



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

**SIGCMA**

San Andrés Isla, nueve (09) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 028

<b>Medio de Control</b>	Nulidad
<b>Radicado</b>	88-001-23-33-000-2020-00074-00
<b>Demandante</b>	Juan Carlos Pomare
<b>Demandado</b>	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sociedad Gallardo y CIA S.A.S. y otros
<b>Magistrada Ponente</b>	Noemí Carreño Corpus

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso en ejercicio del medio de control de nulidad instaurado por Juan Carlos Pomare contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sociedad Gallardo y CIA S.A.S. y otros.

**II. ANTECEDENTES**

**- DEMANDA**

El ciudadano Juan Carlos Pomare, en ejercicio del medio de control de nulidad, presentó demanda con la finalidad que se concedan las siguientes pretensiones:

**- PRETENSIONES**

**PRIMERA:** Declarar la nulidad de la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, la Resolución No. 107 del 11 de enero de 2019 y Resolución No. 7139 de 25 de octubre de 2019 expedidas por la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por ser contrarias al Decreto 363 de 2007.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00  
Demandante: Juan Carlos Pomare  
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.  
Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

## - HECHOS

La parte demandante relata los hechos que dieron lugar a la presentación del medio de control de nulidad, los cuales se resumen de la siguiente manera:

En primer lugar, informa que mediante la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, la Secretaría de Planeación Departamental concedió licencia de construcción en modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento, por una vigencia de 24 meses a la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., identificada con Nit. No. 860.505.026-1, representada legalmente por Ronaldo Andrés Gallardo Buelvas. Lo anterior, por cuanto a juicio de la secretaria de Planeación Departamental, el proyecto cumplía con los usos permitidos dentro de la Unidad de Planificación Insular UPI-U-18 definidos en el Decreto 363 de 2007, mediante el cual se ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial. Sin embargo, para efectos de la altura, en la Resolución No. 4864 de 2016 se señaló que se da aplicación al principio de neutralidad establecido en la Ley 388 de 1997.

El actor explica que mediante Oficio No. 31190 del 11 de octubre de 2018 y Oficio No. 34207 del 07 de noviembre de 2018, la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., presentó solicitud de prórroga de la licencia de construcción, petición que fue respondida por la Secretaría de Planeación mediante Resolución No. 8693 del 09 de noviembre de 2018, negando la prórroga solicitada.

Como consecuencia de la negativa de la solicitud de prórroga de la licencia, el apoderado especial de la Sociedad Gallardo y CIA S.A.S., interpuso oportunamente recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en contra de la Resolución No. 8693 del 09 de noviembre de 2018.

La Secretaría de Planeación resolvió el recurso de reposición a través de la Resolución No. 107 del 11 de enero de 2019. En este acto administrativo repuso la decisión inicial, revocando la Resolución No. 8693 de 2018 y, en consecuencia, concedió la prórroga de la licencia de construcción conforme a lo solicitado por el peticionario.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00  
Demandante: Juan Carlos Pomare  
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.  
Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Posteriormente, dentro del término de prórroga de la licencia No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, la arquitecta Vanessa Suarez, funcionaria de la Secretaría de Planeación departamental, efectuó requerimiento a la sociedad beneficiaria de la licencia de construcción en el curso del trámite de la solicitud de modificación de la mencionada licencia.

El día 11 de abril de 2019, mediante oficio No. 5360 la sociedad Gallardo y CIA S.A.S. dio respuesta al requerimiento de la Secretaría de Planeación departamental, y para el efecto, presentó concepto técnico de memoria de cálculo y planos estructurales.

La Secretaría de Planeación departamental, mediante la Resolución No. 2242 del 24 de abril de 2019, resolvió negar la solicitud de modificación de licencia de construcción elevada por Gallardo y CIA S.A.S. La autoridad de planeación fundamentó su decisión en “que si bien previamente tenían aprobada su licencia de construcción, estos no habían cumplido con el plazo estimado para el pago del impuesto generado y por la indebida aplicación del principio de neutralidad en la Unidad de Planificación Insular, ya que el proyecto incluye una altura no permitida por el Plan de Ordenamiento Territorial y sus normas complementarias.”

Como consecuencia de lo anterior, el día 09 de mayo de 2019, la sociedad Gallardo y CIA S.A.S. presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 2242 del 24 de abril de 2019, que le negó la solicitud de modificación de la licencia de construcción

La parte actora indicó que mediante la Resolución No. 7139 del 25 de octubre de 2019, la Secretaría de Planeación revocó el acto administrativo que había negado la modificación de la licencia<sup>1</sup>, y en su lugar, otorgó la modificación de la licencia vigente amparada bajo la Resolución No. 107 del 11 de enero de 2019, concerniente al proyecto urbanístico de construcción en modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento.

---

<sup>1</sup> Resolución No. 2242 de fecha 24 de abril de 2019

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

El ciudadano demandante precisó que mediante la Resolución No. 7139 de 2019, se concedió una altura máxima de 8 pisos a cambio de una compensación correspondiente a la cesión de tres mil doscientos veinte metros cuadrados con veinticinco centímetros (3.220,25 M2) a favor del departamento, con fundamento en el Acuerdo No. 006 de 1984, lo que en su criterio, desconoce lo señalado en los Decretos 325 de 2003 y 363 de 2007 respecto de las alturas máximas establecidas en el predio objeto de la licencia que se ubica en la Unidad de Planificación Insular UPI-U-18.

### **- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La parte actora señala como vulneradas disposiciones del ordenamiento jurídico relativas a los usos del suelo contenidas en la Ley 388 de 1997, artículo 2.2.6.1.1.1. del Decreto 1077 de 2015, los decretos 325 de 2003 y 363 de 2007, así como el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011.

El concepto de violación fue sustentado mediante el desarrollo de cuatro acápites, a saber: i) el ordenamiento territorial en el sistema jurídico colombiano, ii) los planes de ordenamiento territorial - concepto, alcance y régimen jurídico-, iii) las licencias urbanísticas como forma de control urbanístico y iv) ilegalidad en cuanto al objeto de la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, Resolución No. 107 del 11 de enero de 2019 y Resolución No. 7139 de fecha 25 de octubre de 2019.

El actor inició haciendo referencia a disposiciones de nuestro sistema jurídico relacionadas con el ordenamiento territorial. A ese respecto, recordó que el artículo 5 de la Ley 388 de 1997, señala que el ordenamiento del territorio comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física, concertadas, emprendidas por las respectivas entidades territoriales y áreas metropolitanas en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Indica que, en tal sentido, el ordenamiento del territorio tiene como propósito racionalizar la intervención sobre aquél y propiciar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, de tal manera que la planeación económica y social pueda complementarse desde su dimensión territorial.

El demandante citó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-795 de 2000, en la cual se explica que la función de ordenamiento del territorio comprende una serie de acciones, decisiones y regulaciones que definen de manera democrática participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural.

De igual manera, recuerda que el artículo 8 de la Ley 47 de 1993, dispone que la administración departamental del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través del gobernador y la Asamblea Departamental, ejercerá las funciones a las que se refiere el artículo 4 de esa misma ley y además las funciones de los municipios, mientras estos no sean creados en la isla de San Andrés, en desarrollo del principio constitucional de subsidiariedad. Así pues, le corresponde al Departamento Archipiélago ejercer funciones especiales en materia de regulación de uso del suelo.

Precisa que la Corte Constitucional en la sentencia C-149 de 2010, se refirió a la función de reglamentar los usos del suelo, señalando que dicha función se encuentra desarrollada en la Ley 388 de 1997, entre cuyos objetivos figuran "(i) el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes, (ii) promover la armoniosa concurrencia de la nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado, el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes; (iii) facilitar la ejecución de actuaciones urbanas integrales en

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

las cuales confluyen en forma coordinada la iniciativa, la organización y la gestión municipales con la política urbana nacional, así como con los esfuerzos y recursos de las entidades encargadas de dicha política.”

El actor explica que en la sentencia C-145 de 2015, la Corte Constitucional indicó que la función de determinar los usos del suelo, afecta aspectos axiales de la vida en comunidad en los sectores urbanos y rural, pues el modelo de desarrollo que adopten las entidades territoriales inciden en las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros, de ahí que desde el artículo 313 numeral 7 de la Constitución se haya asignado esta labor a los concejos municipales, cuyo origen democrático implica el acercamiento de sus integrantes con las necesidades de la comunidad y conocimiento de las realidades de cada municipio.

El ciudadano demandante sostiene que los actos administrativos demandados deben declararse ilegales, en tanto que a través de dichos actos se autorizó una licencia urbanística contradiciendo el Plan de Ordenamiento Territorial vigente y sus normas complementarias, infringiendo de esta manera la norma en que debió haberse fundado.

Advierte que el fundamento normativo para la expedición de la Resolución No. 4864 de 2016, por medio de la cual se concede una licencia urbanística de construcción y los demás actos administrativos demandados, fue el derogado Acuerdo No. 006 de 1984 del extinto consejo interdepartamental, el cual a través de su artículo 98 regulaba el área denominada zona hotelera Hansa, sector en el que se encuentra ubicado el proyecto constructivo que fue beneficiado con la licencia de construcción demandada.

Explica que el Acuerdo No. 006 de 1984 establece un máximo de 4 pisos para efectos de altura, señalando en el parágrafo del artículo 98, que para lograr mayores alturas se harían compensaciones según lo establecido en el artículo 101 del citado acuerdo interdepartamental.

En tal sentido, indica que sobre la base equivocada de que el principio de neutralidad establecido en el artículo 100 de la Ley 388 de 1997, permite

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

aplicar la misma normatividad con la que fueron aprobadas las demás edificaciones existentes en el sector en el que se ubica el inmueble objeto de la licencia y que cuenta hasta con edificaciones de 9 pisos, la Secretaría de Planeación decidió erróneamente expedir los actos demandados, permitiendo una mayor altura condicionada a la cesión de tres mil doscientos veinte metros cuadrados con veinticinco centímetros (3.220,25 M2) a favor del departamento en compensación por la aplicación del Acuerdo 006 de 1984.

El demandante sostiene que los actos demandados contradicen lo dispuesto en el plan de ordenamiento territorial vigente complementado a través del Decreto 363 de 2007, en la medida en que concede una altura máxima a cambio de una compensación que no se encuentra establecida en el Decreto 363 de 2007 que como principal instrumento de planificación del desarrollo territorial establece una altura máxima de 6 pisos para la zona en la que se encuentra ubicado el inmueble objeto de la licencia, es por ello que - en su consideración - los actos administrativos demandados violan la norma de superior jerarquía. De esta manera, según lo afirma el demandante, se terminó aprobando un proyecto de construcción que supera la altura máxima permitida en aplicación de una disposición normativa que se encuentra derogada.

El ciudadano accionante concluye afirmando que dejar de aplicar el POT vigente, con la excusa de estar aplicando un principio que tiene como función orientar la expedición de normas urbanísticas de carácter general, se traduce en una grave y manifiesta violación a la ley. A lo anterior agrega que, las licencias urbanísticas deben expedirse con fundamento en las normas urbanísticas vigentes, lo que significa que el principio de neutralidad implica que cada propietario tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, pero de conformidad con las normas vigentes y no atendiendo normas urbanísticas derogadas.

### **- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Sociedad Gallardo y CIA S.A.S. y Sociedad Hitos Urbanos S.A.S.**

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Las sociedades indicadas dieron contestación conjunta a la demanda, señalando como ciertos unos hechos y sobre otros, manifestaron que son apreciaciones subjetivas del demandante. En cuanto a las pretensiones, manifestaron que se oponen a la petición de nulidad, toda vez que los cargos expuestos por el demandante no tienen asidero fáctico ni jurídico.

Se propusieron las siguientes excepciones:

- 1. Indebida escogencia de la acción: la demanda no tiene por propósito tutelar la legalidad en abstracto, sino amparar intereses particulares.**

Las sociedades demandadas sostienen que el señor Juan Carlos Pomare no tiene por propósito tutelar la legalidad en abstracto de los actos administrativos demandados, sino que lo que realmente pretende es amparar los intereses de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues de declararse nulos los actos administrativos demandados, se estaría generando el restablecimiento automático de la condición particular de la entidad el cual es poder revocar sus propios actos, por lo cual esta entidad tiene un interés directo en la suerte de los actos demandados

Advierten que, para el presente caso, la administración no puede por sí sola demandar los actos expedidos por ella mediante acción de lesividad, por consiguiente, se valió de la calidad de ciudadano del señor Juan Carlos Pomare, abogado contratista de la entidad administrativa demandada, para satisfacer sus intereses. Así, al representar el actor los intereses de dicha entidad, tiene por ende un interés directo en el resultado del proceso, por lo que este caso debe analizarse necesariamente bajo los presupuestos procesales y sustanciales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De igual manera, recuerdan que excepcionalmente es procedente el medio de control de nulidad simple contra actos administrativos de carácter particular, como lo es el caso de las licencias urbanísticas. Al efecto citan el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que regula de manera expresa los requisitos de

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

procedencia de la nulidad simple frente a actos administrativos de carácter particular. A ese respecto, explican que tal disposición es la positivización de la teoría de los móviles y las finalidades, en la medida en que la procedencia de la nulidad simple o, de la nulidad y restablecimiento del derecho, no depende de la naturaleza del acto cuestionado, si es general o particular, sino de la finalidad que se busca con la demanda judicial.

### **2. La Secretaría de Planeación aplicó correctamente el principio de neutralidad, de conformidad con el precedente que existe en la isla.**

Las sociedades demandadas sostienen que el reproche del actor en relación con la aplicación del principio de neutralidad es equivocado, ya que se hizo conforme al ordenamiento jurídico. Para sustentar lo pertinente, explicaron el principio de neutralidad citando la norma que lo consagra e indicando que “el legislador señaló que debe dársele el mismo tratamiento normativo a todos los inmuebles que se encuentren en una zona con características urbanísticas iguales, lo cual otorga protección a los propietarios de los inmuebles, quienes a la hora de desarrollar sus predios tienen derecho a recibir un trato igualitario y neutral con respecto de los demás propietarios de su mismo sector.” En esa medida, sostienen que el principio de neutralidad se materializa de la mano del principio de igualdad.

Argumentan que en el caso de aplicársele al predio del solicitante de la licencia una normatividad distinta a las otorgadas a los otros propietarios de los bienes de una zona con características urbanísticas iguales, se estaría vulnerando el principio de neutralidad.

Indican que la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en múltiples licencias y documentos ha reconocido dicho principio. Así, en situaciones donde los propietarios han solicitado desarrollar sus predios en condiciones iguales a las de los otros propietarios que desarrollaron sus inmuebles en la misma zona, la Gobernación procede a hacer una revisión de las normas urbanísticas que se aplicaron a las edificaciones existentes de la unidad de planificación respectiva, para darle el mismo tratamiento normativo en aplicación al principio de neutralidad.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Bajo ese entendido, sostienen que es un comportamiento reiterado de la Secretaría de Planeación, la aplicación de la misma normatividad para el solicitante de la licencia, con la cual fueron aprobadas las demás edificaciones existentes en el sector.

Al efecto, presentan un listado de licencias de construcción que se expidieron sin aplicación literal de las normas urbanísticas vigentes señaladas en la respectiva UPI aplicable a los predios, afirmando que solo era posible a través de la aplicación del principio de neutralidad.

De igual manera, afirman que la Secretaría de Planeación aplicó de manera consistente con su precedente el principio de neutralidad en las resoluciones demandadas, pues, mediante oficio No. SA-2734 del 6 de marzo de 2012, el Director del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de San Andrés, expidió concepto normativo con relación a la normatividad aplicable a los inmuebles localizados en la UPI – U18, en el cual indicó frente a la solicitud de altura máxima lo siguiente:

“Nota: Su solicitud de aplicación de la ley 388 de 1997 es viable, pero solo se podría tener una altura máxima de 8 pisos conforme a los registros fotográficos allegados”.

En tal sentido, concluyen que en las licencias demandadas la Secretaría de Planeación no hizo otra cosa distinta a aplicar de manera sistemática y consistente el principio de neutralidad, motivo por el cual en la Resolución 7139 del 25 de octubre de 2019 ordenó realizar las cesiones necesarias para la construcción de los pisos adicionales. Por lo tanto, de considerarse que la aplicación de dicho principio no debe permitirse, se estarían desconociendo derechos adquiridos con la expedición de las licencias urbanísticas, y se dejarían sin fundamento muchas otras licencias urbanísticas expedidas para el desarrollo de la Isla, vulnerándose el principio de confianza legítima de los isleños.

**3. No se infringen normas de orden superior: la aplicación del Acuerdo No. 006 de 1984 se da con fundamento en la facultad interpretativa de la Secretaría de Planeación que dio aplicación al principio de neutralidad con relación a los inmuebles.**

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Para la sustentación de esta excepción, las sociedades demandadas explican que la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al expedir los actos administrativos demandados, observó los Decretos 325 de 2003 y 363 de 2007 y que al hacer la revisión de dichas normas, advirtió que para el caso en concreto se configuraba un vacío normativo en cuanto a la altura máxima establecida para el predio objeto de licencia, motivo por el cual se vio en la obligación de hacer uso de su facultad interpretativa, reglada legalmente en el artículo 2.2.6.6.1.4 del Decreto Nacional 1077 de 2015 para solucionarlo y decidió dar aplicación al Acuerdo 006 de 1984.

De igual manera sostienen que la Secretaría de Planeación determinó que era viable aplicar a los inmuebles la altura de las edificaciones con los mismos usos que existen en el sector de Punta Hansa, dando aplicación al principio de neutralidad consagrado en el artículo 100 de la Ley 388 de 1997. A ese respecto explican que la aplicación del mencionado principio se efectuó teniendo en consideración los siguientes aspectos: i) La altura de las edificaciones con los mismos usos que se encuentran en el sector Punta Hansa, las cuales cuentan con alturas hasta de nueve (9) pisos. ii) Que el proyecto, por la dimensión de los lotes en que se localiza, no logra aprovecharse de la totalidad de los índices de ocupación y de construcción que le otorga la UPI-U18. Así, frente a la altura máxima permitida se acogió mediante la facultad interpretativa y el principio de neutralidad, un máximo de 8 pisos para el Proyecto Hansa en virtud del Acuerdo 006 de 1984, tras detectar un vacío normativo.

En este orden de ideas, reiteran que el actuar de la Secretaría de Planeación dista de vulnerar los Decretos 325 de 2003 y 363 de 2007, en la medida en que la decisión de dicha entidad fue producto de una interpretación armónica entre el Plan de Ordenamiento Territorial y las normas que lo complementan, pues una vez la entidad advirtió la falta de regulación para el caso concreto, ejerció una competencia reglada en la Ley 388 de 1997 y el Decreto Nacional 1077 de 2015, la cual le atribuye la facultad de interpretar la normatividad ante ausencias de normas exactamente aplicables a una situación, como ocurrió en el presente caso.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Concluyen señalando que la Secretaría de Planeación aplicó lo dispuesto por el Decreto 363 de 2007, cumpliendo todos los índices autorizados por esta norma para la UPI-U-18, y solamente frente a la altura máxima permitida, en el cual no era viable aplicar tampoco el Decreto 325 de 2003, decidió zanjar la controversia y otorgarle el mismo tratamiento normativo que le fue dado a los demás inmuebles con características urbanísticas iguales en la zona de consolidación urbanística Punta Hansa, a los cuales se les había permitido construir hasta nueve (9) pisos, a cambio de unas áreas de cesión, en aplicación del Acuerdo 006 de 1984 y 011 de 1991, sin que se configure una vulneración al POT vigente, ni a sus disposiciones complementarias.

### **4. Excepción genérica**

Proponen la excepción genérica con fundamento al artículo 282 del Código General del Proceso.

### **Alianza Fiduciaria S.A. - vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Complejo Hansa**

La Alianza Fiduciaria S.A. - administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso Complejo Hansa - dio contestación a la demanda, señalando como ciertos unos hechos, de otros indicó que son parcialmente ciertos, otros precisa no constarles y sobre otro advierte que son apreciaciones subjetivas de la parte demandante. Sobre las pretensiones, manifestó su oposición a las mismas.

Propuso las siguientes excepciones:

#### **1. La aplicación del principio de neutralidad realizada por la Secretaría de Planeación no vulnera el ordenamiento jurídico.**

Precisa que, contrario a lo señalado por el actor, el principio de neutralidad fue aplicado conforme al ordenamiento jurídico. Al efecto, explica que el mencionado principio que se consagrado en el artículo 100 de la Ley 388 de 1997, predica igual tratamiento normativo a aquellos inmuebles que se encuentren en una zona con características urbanísticas iguales, para que los propietarios de dichos predios reciban un tratamiento igualitario y neutral respecto del tratamiento dado a los demás propietarios del mismo sector.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

De manera que atendiendo a lo dispuesto en la norma anterior, la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ha dado aplicación a dicho principio, concediéndoles igualdad de tratamiento normativo a aquellos propietarios que solicitan el desarrollo de sus inmuebles, si evidencian que lo solicitado se acompasa con las edificaciones existentes en la unidad de planificación a la que pertenece.

Agrega que tal como como lo mencionaron Hitos Urbanos S.A.S y Gallardo y Cía. S.A.S en su escrito de contestación, la aplicación del principio de neutralidad por parte de la Secretaría de Planeación ha sido un comportamiento reiterado, en aras de procurar la igualdad entre los solicitantes de licencias de construcción, autorizando modificaciones a las condiciones urbanísticas de las unidades de planificación insular.

## **2. La facultad interpretativa de la Secretaría de Planeación habilita la aplicación del Acuerdo No. 06 de 1984.**

Esta excepción la sustenta afirmando que la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dio plena observancia a los decretos 325 de 2003 y 363 de 2007, al expedir los actos administrativos demandados. Lo anterior debido a que al revisar la normatividad aplicable para el desarrollo del predio en cuestión, la autoridad de planeación advirtió la existencia de un vacío normativo respecto de la altura máxima establecida, viéndose en la obligación de utilizar la facultad interpretativa consagrada en el artículo 2.2.6.6.1.4 del Decreto Nacional 1077 de 2015 para resolverlo, tomando como decisión aplicar el Acuerdo 006 de 1984.

La demandada explica que es claro que la Secretaría de Planeación aplicó lo dispuesto por el Decreto 363 de 2007, atendiendo a los índices autorizados en esta norma para la UPI-U18, y solamente en lo que respecta a la altura máxima permitida, decidió solucionar el vacío evidenciado otorgándole el tratamiento normativo aplicado a los demás inmuebles con características urbanísticas iguales en la zona de consolidación urbanística Punta Hansa, que contaban con alturas permitidas hasta de nueve (9) pisos, a cambio de la entrega de

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

unas áreas de cesión, en aplicación del Acuerdo No. 6 de 1984 y No. 11 de 1991. Por tanto, afirma que es claro que en ningún momento se configura una vulneración al POT vigente, ni a sus disposiciones complementarias.

En cuanto al ejercicio de la facultad interpretativa dispuesta en el artículo 2.2.6.6.1.4. del Decreto Nacional 1077 de 2015, explica que la Secretaría de Planeación podía acudir al principio de neutralidad, en aras de garantizar la neutralidad y la igualdad de los propietarios dentro de un mismo sector, sin que de ello se derive una contravención de las normas que regulan los usos de suelos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

### **3. Excepción genérica.**

En virtud del artículo 282 del CGP se propone la excepción a efectos de que se aplique de manera oficiosa cualquier excepción que se halle probada dentro del proceso.

#### **- ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 04 de agosto de 2020<sup>2</sup> y repartida al despacho de la magistrada ponente el mismo día.

Mediante auto No. 088 del 14 de agosto de 2020<sup>3</sup>, fue admitido el medio de control ordenando notificar a las demandadas, la sociedad Gallardo y CIA S.A.S. y la sociedad Hitos Urbanos S.A.S., que dieron oportuna contestación a la demanda. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina guardó silencio.

En auto No. 023 del 24 de febrero de 2021, fueron resueltas las excepciones propuestas, asimismo el despacho ordenó la vinculación como demandada de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., en calidad de vocera y administradora del

---

<sup>2</sup> Ver índice 03 expediente digital.

<sup>3</sup> Ver índice 10 expediente digital.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00  
Demandante: Juan Carlos Pomare  
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.  
Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Patrimonio Autónomo Fideicomiso complejo Hansa<sup>4</sup>, que contestó la demanda dentro del término fijado para ello.<sup>5</sup>

La audiencia inicial fue celebrada el 19 de enero de 2022<sup>6</sup>.

Mediante auto No. 064 del 04 de agosto de 2022 fue cerrado el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión<sup>7</sup>. De manera oportuna presentaron sus alegaciones finales la sociedad Hitos Urbanos S.A.S.<sup>8</sup>, Gallardo y CIA S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A.<sup>9</sup> y el demandante Juan Carlos Pomare<sup>10</sup>. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, guardó silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

#### **- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **Hitos Urbanos S.A.S.<sup>11</sup>**

La sociedad Hitos Urbanos S.A.S. sostiene que la Secretaría de Planeación ha dado aplicación al principio de neutralidad de forma reiterada en la isla de San Andrés en cumplimiento de lo exigido en el artículo 100 de la Ley 388 de 1997.

En relación con el mencionado principio de neutralidad afirma que es claro que el legislador señaló que los propietarios de inmuebles deben recibir el mismo tratamiento normativo que en su momento se dio a los inmuebles que se encuentran en una zona con características urbanísticas iguales. Así, a la hora de desarrollar sus predios tienen derecho a recibir un trato igualitario y neutral con respecto a los demás propietarios de su mismo sector. Es por ello que, a su juicio, el principio de neutralidad se materializa de la mano del principio de igualdad formal consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual “todos los ciudadanos merecen el mismo tratamiento ante la ley

---

<sup>4</sup> Ver índice 24 expediente digital.

<sup>5</sup> Ver índice 26 expediente digital.

<sup>6</sup> Ver índice 55 expediente digital.

<sup>7</sup> Ver índice 87 expediente digital.

<sup>8</sup> Ver índice 89 expediente digital.

<sup>9</sup> Ver índice 90 expediente digital.

<sup>10</sup> Ver índice 91 expediente digital.

<sup>11</sup> Documento 41 Exp digital

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

y por tanto prohíbe cualquier tipo de discriminación o exclusión arbitraria en las decisiones públicas”.

Sostiene que el principio de neutralidad fue aplicado correctamente para la expedición de los actos administrativos demandados, sin infracción del POT y sus decretos reglamentarios. En tal sentido arguye que, contrario a lo señalado por el demandante, los actos administrativos demandados no se expidieron infringiendo normas de orden superior, ni aplicando indebidamente el artículo 100 de Ley 388 de 1997, del POT o de sus decretos reglamentarios.

Además indica que quedó probado dentro del proceso que para la expedición de los actos administrativos demandados, mediante los cuales la Secretaría de Planeación otorgó una mayor altura, aplicando el principio de neutralidad en cumplimiento de los índices de ocupación y construcción señalados en la normativa vigente, se realizó la compensación en espacio público necesaria para ello. Precisa que ello se hizo con el único marco regulatorio que establecía dicho mecanismo en beneficio de la isla, esto es, el Acuerdo 006 de 1984 y Acuerdo 011 de 1990.

Señala que del material probatorio obrante en el proceso, se puede colegir que la Secretaría de Planeación de San Andrés, de manera sistemática e ininterrumpida, ha venido dando aplicación desde hace una década al principio de neutralidad para conceder mayores alturas y aprovechamientos urbanísticos, conforme se ha permitido para otras edificaciones del sector.

A título de ejemplo cita la Resolución No 6015 del 18 de diciembre de 2013, mediante la cual se concedió una licencia de construcción en modalidad de obra nueva a Saida Said de Fakih respecto del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 450-1267. Precisa que en virtud del principio de neutralidad se autorizó la construcción de un edificio multifamiliar de 10 pisos y altillo en la UPI-U18<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> En el acto administrativo que concedió la licencia se indicó: “Al proyecto le es aplicable la circular No. 001 de 2009 por estar en área urbana y consolidada sin posibilidades de adquirir más espacio, cuenta con zona de parqueo en el primer piso equivalente al 60% del área del lote cumpliendo de esta forma con lo establecido en el artículo 65 parágrafo 1 decreto 0363 del 2007 para acceder a otro piso, y teniendo en cuenta el entorno existente con relación a la altura de los demás edificios en la zona le es aplicable además de lo establecido en el artículo 100 numeral 2 de la ley 388/98.”

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Con fundamento en lo anterior, concluye que la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en múltiples licencias, ha reconocido y aplicado el principio de neutralidad, en cumplimiento de la ley y procurando la igualdad entre los solicitantes de licencias de construcción.

Sobre el informe rendido por el ente territorial de fecha 7 de febrero de 2022, en el que se indicó que el principio de neutralidad se aplicó en la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, y que no se otorgaron nuevas licencias dando aplicación a dicho principio, la sociedad Hitos Urbanos S.A.S. reprocha que no se haya explicado de forma clara la aplicación que la Secretaría de Planeación ha hecho del principio de neutralidad en la isla.

A ese respecto, resalta que no es cierto que luego de la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, no se haya expedido ninguna licencia que diera aplicación al principio de neutralidad, habida cuenta que la misma entidad indicó en oficio remitido el 8 de febrero de 2022, que se aplicó el principio de neutralidad en dos licencias, Resolución No. 4483 del 4 de octubre de 2017 y Resolución No. 8384 del 5 de diciembre de 2019. Por lo anterior, sostiene que el Departamento Archipiélago no hizo un estudio juicioso del obrar de la Secretaría de Planeación. Por otra parte, advierte que en el informe mencionado no se explicó la aplicación que la entidad administrativa hizo del principio de neutralidad en lo que respecta a las licencias demandadas, sino que simplemente citó la parte de la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, en la cual se mencionó dicho principio, lo cual ya era de conocimiento de las partes y del tribunal.

De otra parte, respecto del testimonio de Vanessa Suárez, arquitecta servidora de la Secretaría de Planeación al momento de expedirse las licencias demandadas, sostiene que aportó elementos importantes para la discusión del asunto en estudio, como que la decisión de aplicar el principio de neutralidad se fundamenta en un estudio jurídico que se realiza para la expedición de las licencias de construcción, el cual luego es sometido a un estudio técnico a través del cual evalúan que la edificabilidad propuesta corresponda con lo permitido en las Unidades de Planificación. Indica que en su testimonio Vanessa Suarez reiteró que el proyecto *Grand Sirenis* se encuentra ajustado a

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

la normatividad establecida en la unidad de planificación insular y que ello constituía un requisito indispensable para otorgar las licencias demandadas.

Destaca que el testimonio de Vanessa Suarez debe ser considerado a la hora de valorar las pruebas pues, contrario a lo señalado por la parte demandante, en el mismo no se presentan vicios que afecten la imparcialidad de la declarante habida cuenta que: i) La testigo fue citada por su condición de funcionaria de la Secretaría de Planeación, quien conoció el trámite de las licencias demandadas, por lo que es la persona idónea para ilustrar sobre el procedimiento para la aplicación del principio de neutralidad por parte de la entidad, sin que ello implique una cercanía con dicha entidad que le reste objetividad a sus declaraciones, ii) Ella no es representante legal de la entidad pública demandada, por lo que puede rendir testimonio sobre sus labores al interior de la misma sin que esto implique una confesión, iii) Si bien existe una relación laboral o contractual entre la testigo y el Departamento, esto no es óbice para recibir su testimonio pues ello implicaría que nunca pudiera declarar un servidor público en el marco de un proceso judicial si la entidad para la que labora está involucrada, iv) La testigo solamente está narrando de forma clara los trámites internos de la dependencia en la que trabaja, sin que ello implique atribución o exclusión de responsabilidad, v) Que un funcionario público actúe dentro de un proceso judicial en el cual la entidad territorial contratante funge como parte, no implica necesariamente que exista una representación de intereses del primero respecto del segundo.

Respecto del dictamen pericial rendido por la arquitecta Diana García, explicó que se pretendía demostrar que el principio de neutralidad aplicado para obtener la mayor altura concedida en los actos administrativos demandados había observado el índice de ocupación y de construcción dispuesto en el Decreto 363 de 2007 para la UPI-U18. Expresa que en el peritaje se determinó finalmente que la propuesta presentada para la compensación de espacio público, que se concreta en la cesión de 3.220,25 mts<sup>2</sup> y la construcción de un escenario polideportivo sobre ellos, había estado acorde con lo exigido por el Acuerdo 006 de 1984 y Acuerdo 011 de 1990, y que incluso, la misma superaba lo establecido en dichas normas.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Por último, se refiere a un hecho sobreviniente que se dio en el curso del proceso dado que se realizaron las cesiones de zonas con destino a uso público, previstas en el artículo 2° parágrafo 1° de la Resolución No.7139 del 25 de octubre de 2019 aquí demandada. Sostiene que a la fecha ya se encuentra cumplida la obligación de cesión de espacio público impuesta a los titulares de la licencia, de modo que solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda.

### **Sociedad Gallardo y CIA S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A.<sup>13</sup>**

En escrito de alegatos de conclusión, señalaron que la aplicación del principio de neutralidad realizado por la Secretaría de Planeación constituye un comportamiento reiterado de la administración del departamento, en razón de lo anterior, refuerza la idea que el principio de neutralidad ha sido aplicado en la isla de forma recurrente, para el desarrollo armónico del territorio ante los diferentes vacíos que se presentan con la aplicación del POT vigente y sus reglamentaciones.

Bajo ese entendido, afirma que, en los actos administrativos demandados, la Secretaría de Planeación procedió conforme a derecho, al aplicar el principio de neutralidad atendiendo al precedente administrativo y la ley, lo cual llevó a que dicha entidad en la Resolución 7139 del 25 de octubre de 2019 ordenara a los titulares de la licencia realizar las cesiones necesarias para la construcción de los pisos adicionales. Advierte que no haber aplicado el principio de neutralidad en el caso concreto, hubiere derivado en un desconocimiento de una situación jurídica protegida por el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Señala que la autoridad de planeación generó, por un lapso de casi 10 años, un estado de cosas del cual se podía inferir razonablemente que cualquiera de los administrados que solicitara una licencia de construcción, podría confiar que, de conformidad con el precedente sentado por la gobernación, le era aplicable el principio de neutralidad para desarrollar su inmueble de conformidad con la realidad física del sector donde se encuentra.

---

<sup>13</sup> Ver índice 90 expediente digital.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Precisa que en los actos administrativos demandados no se desconocieron las normas urbanísticas vigentes, se respetó el espacio público definido en la UPI-U-18 y se generó un beneficio para la comunidad. Afirma que el proyecto constructivo Complejo Hansa se encuentra debidamente licenciado, a través de un acto administrativo que se ajustó a la normatividad urbanística aplicable. Explica que de acuerdo con lo señalado por la parte actora, el proyecto supuestamente incumple con los parámetros de edificabilidad por exceder el número de pisos, no obstante, tal aseveración se emite sin realizar un análisis juicioso de la norma urbanística aplicable.

Agrega que para el caso de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, las denominadas UPI, según el artículo 3 del Decreto Departamental 325 de 2003 (mediante el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina), constituyen un instrumento de planeación urbana en el que se determina de manera específica los usos e índices de edificabilidad de cada sector, siendo para el sector Punta de Hansa aplicable la UPI-U-18.

Indica que, no obstante, en el caso del proyecto Complejo Hansa, si bien la UPI-U-18 determinó un índice de ocupación (entendido como el área de suelo que puede ser ocupado por la edificación en el primer piso bajo cubierta) y un índice de construcción (constituye el número de veces que la superficie de un terreno puede convertirse por definición normativa en área construida) para ser desarrollado dentro de una altura que, en principio, permitía aprovechar tales índices; su aplicación derivó en que la altura máxima autorizada impidiera el desarrollo total de los metros cuadrados de construcción que en virtud de los índices de edificabilidad tenían derecho a desarrollar.

Como consecuencia de lo anterior, sostiene que era necesario armonizar la altura permitida en consonancia con los índices de edificabilidad. Así las cosas, afirma que como la UPI-U-18 planteaba una contradicción entre el índice de construcción y la altura permitida, la autoridad de Planeación podía mediante un ejercicio interpretativo y, en aplicación del principio de neutralidad consagrado en el artículo 100 numeral 2° de la Ley 388 de 1997, armonizar la altura autorizada con las existentes en el sector, de tal forma que fuera posible

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

desarrollar el índice de construcción autorizado al predio, respetando el índice de ocupación y, sin que en ningún caso, se sobrepasare la altura de los demás edificios existentes en la zona con características urbanísticas iguales.

En ese sentido, pone de presente que se cumplieron los índices de edificabilidad (índice de ocupación y construcción) establecidos en las normas urbanísticas en razón a que:

- El índice de ocupación, establece el área de fachada y linderos de un predio con relación a su proyección frente al espacio público, es decir, constituye la zona que la entidad territorial considera adecuada para que se desarrolle un predio en respeto de lo determinado como zonas de uso y goce para toda la comunidad.

- El índice de construcción, enmarca el número máximo de metros cuadrados que puede soportar el suelo de un edificio específico en una zona del territorio, de acuerdo con las condiciones urbanísticas de vías y espacio público del sector, más allá de la altura que en virtud de este se alcance.

Sobre el dictamen pericial aportado en el proceso, manifiesta que la autoridad de planeación se ciñó a la directriz superior del POT, es decir, a lo dispuesto por este respecto del índice de construcción y de ocupación, por lo que estos no se vieron alterados por el principio de neutralidad, lo cual se deriva en el respeto del espacio público definido para la UPI U-18.

De este modo, precisa que teniendo en cuenta que la altura concedida en los actos administrativos demandados al proyecto Complejo Hansa fue producto de la aplicación del principio de neutralidad y con el propósito de que fuere posible cumplir con el índice de construcción autorizado en el UPI-U-18 sin desconocer el índice de ocupación, concluye que no es cierto que el desarrollo del proyecto contravenga las normas urbanísticas aplicables (índices de edificabilidad). Por otro lado, pone de presente que la mayor altura obtenida, estuvo respaldada por una compensación que se traduce en un beneficio para la comunidad de la isla, toda vez que se generó espacio público, en favor de una entidad territorial, y por ende de sus habitantes.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Por último, menciona que se presentó un hecho sobreviniente en el curso del proceso consistente en la realización de cesiones de zonas con destino a uso público previstas en el artículo 2° parágrafo 1° de la Resolución No.7139 del 25 de octubre de 2019, la cual se encuentra demandada, por lo cual, coadyuvan lo señalado por la sociedad Hitos Urbanos S.A.S en los alegatos presentados, respecto de que sea considerado en este proceso el cumplimiento de la obligación de cesión de espacio público impuesta a los titulares de la licencia, por ser un hecho sobreviniente. En razón de ello, solicitan que sean incorporados al expediente los documentos aportados por dicho extremo procesal, a saber: escritura pública de cesión obligatoria de zonas con destino a uso público No. 284 del 5 de abril de 2022, otorgada en la Notaría Única del Círculo de San Andrés, Isla, y los certificados de tradición de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria Nos. 450-21859, 450-25292 y 450-21858, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA y el artículo 281 del Código general del Proceso.

### **Demandante**

El ciudadano demandante al alegar de conclusión manifiesta que es imposible esperar que los actos viciados de legalidad desde su génesis, con el trasegar del tiempo o con las pruebas decretadas y practicadas, se conviertan en actos legales. Bajo ese entendido, advierte que es palmario el hecho de que, para la emisión de los actos administrativos reprochados (licencia de construcción), era imprescindible que la entidad territorial fijara como base jurídica lo dispuesto en el Decreto 363 de 2007, Plan de Ordenamiento Territorial vigente y no basarse en lo dispuesto en el derogado Acuerdo 006 de 1984 del consejo intendencial.

En tal sentido, recaba que las licencias urbanísticas deben expedirse con fundamento en las normas urbanísticas vigentes; asimismo, la aplicación del principio de neutralidad que pretendía ser utilizado para lograr mayor altura dentro del otorgamiento de permiso o licencia, debió haberse fundado conforme la ley vigente para su aplicación.

En cuanto al testimonio de la señora Vanessa Suarez Carvajal, el demandante expuso que es absurdo esperar que testificaría en contravía al interés del ente territorial por su condición de servidora pública del mismo. Adicionalmente, y

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

por el ejercicio de sus funciones en los otorgamientos de las licencias urbanísticas desde hace más de una década, máxime cuando ella manifiesta haber participado en los estudios previos de la licencia otorgada, no sería imparcial en su testimonio.

El demandante concluye que no es dable escudarse en una mala praxis frente a la interpretación y aplicación de una norma jurídica para proseguir con una costumbre concatenada de emisión y entrega de licencias urbanísticas ilegales.

Finalmente, advierte que a instancias de los alegatos de conclusión se aporten nuevas piezas procesales pretendiendo que estas sirvan de pruebas, lo que no puede ser de recibo, toda vez que no se encuentran en la oportunidad procesal y de tenerse en cuenta se vulneraría el artículo 29 de la Constitución Política.

### **- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

La señora Agente del Ministerio Público guardó silencio.

## **III. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala, decidir el medio de control de nulidad presentado por el ciudadano Juan Carlos Pomare contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las sociedades Gallardo y CIA S.A.S., Hitos Urbanos S.A.S. y Alianza Fiduciaria e Hitos Urbanos

### **- COMPETENCIA, CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

En lo que atañe a los presupuestos procesales de competencia, caducidad y procedibilidad de la acción, debe recordarse que fueron resueltos en la audiencia inicial.

### **- PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala debe determinar si los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, 1107 del 11 de enero de

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

2019 y 7139 del 25 de octubre de 2019, expedidas por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina “por medio de las cuales se otorgó una licencia de construcción en modalidad de obra nueva, construcción y encerramiento, se realiza prórroga de la misma y finalmente se autoriza una compensación”, incurrieron en la causal de nulidad de violación de las normas en las cuales debían fundarse.

Para la resolución del problema jurídico planteado se hace necesario analizar los siguientes temas: (i) La aplicación del principio de neutralidad, (ii) el precedente administrativo, (iii) los derechos adquiridos y la confianza legítima y (iv) el alcance de las facultades interpretativas de las autoridades administrativas y en particular de la oficina de planeación del departamento archipiélago. Todo lo anterior se estudiará a la luz de las pruebas aportadas al proceso para decidir lo que en derecho corresponda.

### **- TESIS**

La tesis que esta Sala sostendrá en esta providencia es que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, por violación de las normas en las cuales debían fundarse, al haberse proferido con fundamento en normas derogadas y desconociendo abiertamente el principio de legalidad al dejar de aplicar las normas urbanísticas vigentes.

### **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Para el análisis y resolución del asunto que nos ocupa, se hace necesario tener en consideración elementos legales y jurisprudenciales, como se indica a continuación.

### **DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL**

La Ley 388 de 1997 en el artículo 3º dispuso que el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de fines asociados a:

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.
2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.
3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.
4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

La Ley 388 de 1997, establece en los artículos 5º y 8º:

**ARTICULO 5o. CONCEPTO.** El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

**ARTICULO 8o. ACCION URBANISTICA.** <Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 2079 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, adoptadas mediante actos administrativos que no consolidan situaciones jurídicas de contenido particular y concreto. Son acciones urbanísticas, entre otras:

1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana.
2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos.
3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas.
4. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

5. Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda.
6. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.
7. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social.
7. <sic> Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria.
8. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes.
9. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley.
10. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística.
11. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados.
12. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.
13. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.
14. Identificar y localizar, cuando lo requieran las autoridades nacionales y previa concertación con ellas, los suelos para la infraestructura militar y policial estratégica básica para la atención de las necesidades de seguridad y de Defensa Nacional.

Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los Planes de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen. En los casos en que aplique deberán sustentarse en estudios jurídicos, ambientales, de servicios públicos, o los demás que se requieran para garantizar el conocimiento pleno del territorio y su viabilidad financiera, con soporte en la infraestructura necesaria para promover el desarrollo de ciudades ordenadas y planificadas, de conformidad con la reglamentación expedida por el Gobierno nacional.

Sobre los planes de ordenamiento territorial, el artículo 9º de la Ley 388 de 1997 dispone:

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

**ARTICULO 9o. PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL.** El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Los planes de ordenamiento del territorio se denominarán:

- a) Planes de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes;
- b) Planes básicos de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes;
- c) Esquemas de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes.

**PARAGRAFO.** Cuando la presente ley se refiera a planes de ordenamiento territorial se entenderá que comprende todos los tipos de planes previstos en el presente artículo, salvo cuando se haga su señalamiento específico como el plan señalado en el literal a) del presente artículo.

En el artículo 20 del mencionado cuerpo normativo, el legislador dispuso la obligatoriedad de los planes de ordenamiento precisando que ningún agente público ni privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementarias del mismo.

En el artículo 36 de la Ley 388 de 1997 se establece:

**ARTÍCULO 36. ACTUACIÓN URBANÍSTICA.** <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 2079 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y construcción de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución con base en las decisiones administrativas contenidas en la acción urbanística, de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 y demás disposiciones de la presente ley.

Los actos administrativos de contenido particular y concreto en firme que autorizan las actuaciones urbanísticas consolidan situaciones jurídicas en cabeza de sus titulares y los derechos y las obligaciones contenidos en ellas. La autoridad municipal o distrital competente deberá respetar los derechos y obligaciones que se derivan de tales actos.

Son actos administrativos de contenido particular y concreto las licencias de parcelación, urbanización, construcción y demás establecidas por la normatividad nacional.

(...)

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Sobre las licencias, la norma en mención dispone:

**ARTICULO 99. LICENCIAS.** Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9ª de 1989 y en el Decreto-ley 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:

1. <Numeral modificado por el artículo 35 de la Ley 1796 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amueblamiento o para la intervención del mismo salvo que la ocupación u obra se ejecute en cumplimiento de las funciones de las entidades públicas competentes.

La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.

El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y sismorresistentes y demás reglamentaciones en que se fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya ejecutado la obra siempre y cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma.

Las modificaciones de licencias vigentes se resolverán con fundamento en las normas urbanísticas y demás reglamentaciones que sirvieron de base para su expedición.

2. Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

3. Las entidades competentes y los curadores urbanos, según sea del caso, tendrán un término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, contados desde la fecha de la solicitud. Vencidos los plazos sin que las autoridades se hubieren pronunciado, las solicitudes de licencia se entenderán aprobadas en los términos solicitados, quedando obligados el curador y los funcionarios responsables a expedir oportunamente las constancias y certificaciones que se requieran para evidenciar la aprobación del proyecto presentado mediante la aplicación del silencio administrativo positivo. El plazo podrá prorrogarse hasta en la mitad del mismo, mediante resolución motivada, por una sola vez, cuando el tamaño o la complejidad del proyecto lo ameriten.

4. La invocación del silencio administrativo positivo se someterá al procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

5. El urbanizador, el constructor, los arquitectos que firman los planos urbanísticos y arquitectónicos y los ingenieros que suscriban los planos técnicos y memorias son responsables de cualquier contravención y violación a las normas urbanísticas, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que se deriven para los funcionarios y curadores urbanos que expidan las licencias sin concordancia o en contravención o violación de las normas correspondientes.

6. Al acto administrativo que otorga la respectiva licencia le son aplicables en su totalidad las disposiciones sobre revocatoria directa establecidas en el Código Contencioso Administrativo.

7. <Numeral modificado por el artículo 182 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional establecerá los documentos que deben acompañar las solicitudes de licencia y la vigencia de las licencias, según su clase. En todo caso, las licencias urbanísticas deberán resolverse exclusivamente con los requisitos fijados por las normas nacionales que reglamentan su trámite, y los municipios y distritos no podrán establecer ni exigir requisitos adicionales a los allí señalados.

Y finalmente, dentro de este estudio normativo, esta Corporación considera necesario citar el artículo 100 de la Ley 388 de 1997, que trata de los principios del régimen normativo en los siguientes términos:

**ARTICULO 100. PRINCIPIOS DEL REGIMEN NORMATIVO.** La adopción de las normas urbanísticas generales y complementarias que sustentarán la expedición de las licencias de que trata el artículo anterior, se deberá fundamentar en los principios de concordancia, neutralidad, simplicidad y transparencia que se señalan a continuación:

1. Por concordancia se entiende que las normas urbanísticas que se expidan para una determinada área o zona del municipio, deben estar en armonía con las determinaciones del plan de ordenamiento territorial, de acuerdo con los niveles de prevalencia señalados en la presente ley.

2. Por neutralidad se entiende que cada propietario tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma zona o área de la ciudad o municipio son iguales.

3. Por simplicidad se entiende que las normas urbanísticas se elaborarán de tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.

4. Por transparencia se entiende que el régimen normativo debe ser explícito y completamente público para todas las partes involucradas en la actuación urbanística y para los usuarios.

## **NORMAS URBANÍSTICAS DEPARTAMENTALES**

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

Mediante el Decreto 325 del 18 de noviembre de 2003<sup>14</sup>, se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial para la isla de San Andrés en el cual se reglamentaron las Unidades de Planificación Insular. Posteriormente, con el Decreto 363 de 2007, estas unidades fueron complementadas y ajustadas.

Sobre las legalizaciones, el Capítulo IX, en el artículo 59, dispone:

*“Artículo 59º. Legalizaciones y Reconocimientos. Las construcciones y loteos existentes antes de la vigencia del Decreto 325 de 2003, se ajustarán para su legalización y reconocimiento a las disposiciones de la Ley 388 de 1.997, al Decreto 325 de 2003, al Decreto 564 de 2006 o aquellas que lo modifiquen o sustituyan, y al presente Decreto”.*

En cuanto a las Unidades de Planificación Insular Urbana y Rural, el citado decreto en su artículo 71 lo clasificó de la siguiente manera:

### “ZONA URBANA UNIDADES DE PLANIFICACION INSULAR URBANA (UPI-U).

Residencial de Consolidación Sarie Bay	UPI-U1
Protección Ambiental Little Cliff	UPI-U2
Residencial de Desarrollo Red Ground y Rock Ground	UPI-U3
Residencial de Mejoramiento Integral Natania	UPI-U4
Espacio Público de Desarrollo Jardín de borde Urbano el Cliff	UPI-U5
Residencial de Recualificación y Conservación Cotton Tree	UPI-U6
Residencial de Consolidación Los almendros	UPI-U7
Residencial de Consolidación Barrio Obrero- el Bight	UPI-U8
Equipamientos de consolidación Centralidad Educativa	UPI-U9
Equipamientos de consolidación Nixon Point	UPI-U10
Equipamientos de consolidación Multifuncional Portuaria	UPI-U11
Equipamientos de consolidación Swamp Ground Deportiva	UPI-U12
Equipamientos de consolidación Black Dog	UPI-U13
Renovación de grandes Equipamientos Rock Hole	UPI-U14
Residencial de Renovación Swamp ground residencial	UPI-U15
Recualificación Comercial Hell Gate	UPI-U16
Renovación Hotel era Comercial Spratt Bight	UPI-U17
Consolidación Urbanística de Punta Hansa	UPI-U18

<sup>14</sup> El artículo 384 del citado decreto señala sobre las derogatorias lo siguiente: “Derogatorias. El presente Plan rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en el Acuerdo No. 006 de 1984 y demás acuerdos y ordenanzas modificatorios.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Consolidación de Equipamiento Aeropuerto	UPI-U19.
--	----------

(...)

El Título II del mismo decreto establece las normas urbanísticas y el control de los usos del suelo y construcción de acuerdo con cada unidad de planificación insular; así, para la UPI-U 18 consolidación urbanística Punta Hansa:

Uso principal	Hotel, vivienda multifamiliar, comercio
Usos complementarios:	Parqueadero y espacio público
Usos prohibidos	Todos los no especificados en los casos principales y secundarios
Área de cesión	
Andenes	4.0 metros
Área mínima de lote	2000m <sup>2</sup>
Frente mínimo de lote	30.00m
Índice de ocupación	0.50 del área del lote
Índice de construcción	3.0
Aislamientos	Frente: 5.00m Lateral: 4.00m Posterior: 10.00m
Voladizos	2.00m
Número de pisos	6 pisos máximo

Otras disposiciones relevantes del Decreto 325 de 2003, son las denominadas disposiciones finales, de las cuales la Sala considera necesario citar las siguientes:

**Artículo 373. Obligatoriedad del Plan de Ordenamiento.** A partir de la publicación de este Decreto y en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 388 de 1997, los particulares y las autoridades competentes no podrán realizar actuaciones urbanísticas que no se encuentren contempladas en el presente Plan de Ordenamiento Territorial o en cualquiera de sus componentes o instrumentos que lo desarrollen o complementen.

**Artículo 374. Reglamentación de Normas Complementarias.** Siempre que en el presente Plan de Ordenamiento Territorial se hayan dejado actuaciones urbanísticas por reglamentar mediante actos administrativos posteriores o sujetas a la realización de estudios técnicos complementarios, el Departamento Administrativo de Planeación no expedirá licencia de ninguna naturaleza para la realización de actuaciones en las áreas sujetas a dichas reglamentaciones posteriores, como tampoco ninguna otra autoridad podrá autorizar, así sea transitoriamente, actuación alguna sobre esas mismas áreas.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

**Artículo 376. Interpretación o Ausencia de normas aplicables a casos concretos.** De conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley 388 de 1997, en los casos de ausencia de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en el conjunto de la normativa urbanística adoptada en el presente Plan de Ordenamiento, la facultad de interpretación corresponderá al Departamento Administrativo de Planeación, quien emitirá sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares.

**Artículo 384. Derogatorias.** El presente Plan rige a partir de la fecha de su publicación y **deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en el Acuerdo No. 006 de 1984** y demás acuerdos y ordenanzas modificatorios. (Negrillas fuera de texto)

## **ESTUDIO JURISPRUDENCIAL**

A continuación, la Sala hará un breve estudio jurisprudencial de los elementos mas importantes del ordenamiento territorial y de la planeación urbana, como insumos esenciales para la resolución del problema jurídico planteado.

Debe iniciarse señalando que la Corte Constitucional se ha ocupado en diversas oportunidades en el estudio del tema del ordenamiento territorial y de la reglamentación de los usos del suelo. En la sentencia C-192 de 2016 la Corte señala que *“El territorio constituye el centro de la interacción humana”* y agrega que *“la ordenación del territorio define la manera en que las personas, el medio ambiente, el espacio y el Gobierno deben vincularse. De esta manera, en la regulación de los usos del territorio se encuentra comprometida no solamente la protección de derechos individuales para el desarrollo de planes de vida sino también la realización de derechos e intereses colectivos.”*

En la sentencia C-145/2015, la Corte Constitucional discurrió en los siguientes términos:

7.3. Los propósitos que persigue la ordenación de los territorios y el explícito reconocimiento constitucional de la obligación de las autoridades de intervenir en el uso del suelo a efectos de amparar el bien común, permite entonces concluir que la planeación urbana constituye una actividad de interés público o social que, en consecuencia, puede tener efectos en la titularidad y ejercicio de determinados derechos como el de propiedad. Ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal que: *“[l]a planificación de las actividades que pueden realizarse en las distintas áreas de los municipios incide en todos los ámbitos: en la protección del ambiente sano (...), en el desarrollo industrial, económico, educativo y cultural de las entidades territoriales.”* (Subrayas fuera de texto)

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00  
Demandante: Juan Carlos Pomare  
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.  
Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

En relación con la función de ordenamiento del territorio, en la sentencia C-051 de 2001, la Corte Constitucional manifestó:

“La función de ordenamiento del territorio comprende una serie de acciones, decisiones y regulaciones, que definen de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural. Se trata, ni más ni menos, de definir uno de los aspectos más trascendentales de la vida comunitaria como es su dimensión y proyección espacial. Pocas materias como esta involucra un mayor número de relaciones y articulaciones entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural; también, por esta misma razón, son innumerables y delicadas las tensiones que subyacen a su regulación y los extremos que deben ponderarse y resolverse justa y equilibradamente.”

El Alto Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia del Plan de Ordenamiento Territorial al indicar que se trata *“del instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal, entendido como el conjunto de directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas que debe adoptar cada municipio para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.”*<sup>15</sup> Afirmó también la Corte que dicho Plan *“define a largo y mediano plazo un modelo de organización y racionalización del territorio municipal o distrital, según el caso, señalando las actividades que debe cumplir la respectiva entidad territorial con miras a distribuir y utilizar de manera ordenada y coordinada el área del municipio o distrito.”*<sup>16</sup>

## - ANÁLISIS PROBATORIO

Una vez analizadas las pruebas obrantes en el proceso, encuentra la Sala que se acreditaron los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1. El 28 de marzo de 2016, el representante legal de la sociedad Hitos Urbanos S.A. solicitó ante la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición total y cerramiento.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Sentencia C-051/01 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>16</sup> Sentencia C-051/01 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>17</sup> Anexos folios 442-611.

## SIGCMA

2. El 02 de junio de 2016, el Secretario de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en respuesta a la solicitud de licencia de construcción señaló “ (...) que los estudios para verificar la viabilidad de su solicitud de licencia de construcción han arrojado un resultado positivo.”<sup>18</sup>
3. El 27 de junio de 2016, el representante legal de Hitos Urbanos S.A., solicitó 60 días adicionales para el pago de impuesto de contribución e impuesto de ventanilla Procultura requeridos para la expedición de la licencia de construcción.<sup>19</sup>
4. El 12 de julio de 2016, el Secretario de Planeación concede el término de 60 días adicionales para que se allegara el comprobante de pago, con el fin de darle continuidad al trámite de licencia de construcción. Se precisa que se requieren los comprobantes de pago, no acuerdos de pago.<sup>20</sup>
5. El 03 de agosto de 2016, el representante legal de la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., manifestó el desistimiento total de la licencia de construcción del proyecto Paradise Tower otorgada mediante Resoluciones 004846 del 18 de septiembre de 2012 y 001335 de 13 de marzo de 2013, prorrogado mediante Resolución 001605 del 17 de abril de 2015.<sup>21</sup>
6. El 03 de agosto de 2016, el representante legal de la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., solicitó la devolución de las sumas canceladas por concepto del otorgamiento de la licencia de construcción del proyecto Paradise Tower y el mismo fuera compensado para el pago parcial de la licencia del Proyecto Hansa.<sup>22</sup>
7. Mediante comunicación interna 03023 del 22 de agosto de 2016, la jefe de la oficina asesora jurídica del departamento archipiélago emitió concepto sobre la compensación/devolución de licencia de construcción, en el sentido que “ (...) resulta improcedente la devolución de lo pagado verificada la efectiva ejecución de la licencia de construcción, sin embargo, si se confirma el no uso o ejecución de la misma (hecho generador) se podría compensar el saldo aplicándolo como pago a otro impuesto respecto del peticionario”<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Anexo. Fl. 612.

<sup>19</sup> Anexo fl. 615.

<sup>20</sup> Anexo. Fl. 616.

<sup>21</sup> Anexo. Fl. 617.

<sup>22</sup> Anexo. Fl. 618-621.

<sup>23</sup> Anexo. Fl. 645.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

8. El 2 de septiembre de 2016, la Secretaria de Planeación efectuó visita técnica al sitio donde se debió desarrollar el proyecto Paradise Tower, con el fin de verificar la existencia de construcción, como hecho generador, de acuerdo a concepto jurídico No. 03023 del 22/08/2016. Los resultados de la visita quedaron consignados en el acta No. 126 en la cual se consignó que *“no se encuentra ninguna clase de construcción, ni hay indicios de que se haya construido anteriormente, como muestran las fotografías digitales anexas como parte integral de la presente resolución”*<sup>24</sup>
9. Con los resultados de la visita técnica como fundamento fáctico y atendiendo el concepto jurídico que había sido emitido, la administración departamental profirió la Resolución No. 003604 del 05 de septiembre de 2016, por medio la cual se efectuó compensación del pago de licencia de construcción. Así se dispuso en el mencionado acto administrativo:<sup>25</sup>

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer la suma de (\$260.680.380) Doscientos Sesenta Millones Seiscientos Ochenta Mil Trescientos Ochenta Pesos, a la Sociedad Gallardo y CIA S.A.S., en calidad de compensación para aplicarlo únicamente a otro pago de impuesto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la compensación por la suma de (\$260.680.380) Doscientos Sesenta Millones Seiscientos Ochenta Mil Trescientos Ochenta Pesos, a través de la deducción por dicho valor del pago del impuesto de construcción – licencia de construcción, del recibo de pago No. 201611472 pendiente por cancelar de la Sociedad Hitos Urbanos S.A., como apoderados de Gallardo y CIA S.A.S. en los predios con folio de matrícula 450-23320 y 450-23332 de la ciudad de San Andrés, por autorización expresa del representante legal de la Sociedad Gallardo y CIA S.A.S.”

10. Mediante Resolución No. 004540 del 24 de octubre de 2016, el Juez de Ejecuciones Fiscales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina concedió a la Sociedad Hitos Urbanos S.A. plazo de 12 meses para la cancelación de deuda por concepto de impuesto de construcción a favor del Departamento Archipiélago. El saldo insoluto de la obligación a cargo de Hitos Urbanos S.A. era de \$527.466.600,00 y se dividió en 12 cuotas por un valor de \$43.955.600 cada una, pagaderas mensualmente desde el 30 de noviembre de 2016 hasta el 30 de octubre de 2017.

---

<sup>24</sup> Anexo. Fl. 660.

<sup>25</sup> Anexo. Fls. 654-657.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

11. Mediante Resolución No. 004864 del 08 de noviembre 2016, se concedió licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición total y cerramiento, en los siguientes términos:<sup>26</sup>

“(…)

ARTÍCULO PRIMERO: Conceder licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento, sobre los predios ubicados en el sector denominado BAYLEY BOAT o PUNTA HANSA de esta localidad, al señor JUAN BERNARDO GALVEZ en calidad de representante legal de HITOS URBANOS, identificado mediante Nit 830.128.461-5, quien cuenta con poder amplio y suficiente otorgado por el señor MAURICIO GALLARDO ARCHBOLD, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.380.899 representante legal de la sociedad GALLARDO Y CIA S. EN C.S. identificada con Nit 860.505.026-1, la cual ostenta la calidad de FIDEICOMITENTE dentro del fideicomiso COMPLEJO HANSA.

ARTÍCULO SEGUNDO: Las características básicas del proyecto según estudio técnico arquitectónico son:

Torre 1 y 2

Primer piso:	1342.94 m2
Mezanine:	1393.18 m2
Segundo piso:	1407.56 m2
Tercer piso:	1407.56 m2
Cuarto piso:	1407.56 m2
Quinto piso:	1407.56 m2
Sexto piso:	1407.56 m2
Séptimo piso:	1407.56m2
Octavo piso:	1387.61 m2
Mezanine:	1387.61 m2
Total área de construcción:	13.956,7 m2
Índice de ocupación:	2.93
Índice de construcción:	0.42
Uso del proyecto:	Hotel

Torre 3

Primer piso:	518.83 m2
Segundo piso:	711.37 m2
Tercer piso:	976.83 m2
Cuarto piso:	976.83 m2
Quinto piso:	976.83 m2
Sexto piso:	976.83 m2
Séptimo piso:	976.83 m2
Octavo piso:	745.28 m2
Índice de ocupación:	2.97
Índice de construcción:	0.26
Total área de construcción:	6859,63 m2
Uso del proyecto:	comercio – vivienda

PARÁGRAFO: La descripción de la construcción objeto de esta licencia, se encuentra en los planos que obran en el expediente y en la parte considerativa de esta resolución.

<sup>26</sup> Anexo. Fls. 726-731.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

(...)"

12. El 28 de septiembre de 2017, se canceló la última cuota del acuerdo de pago al impuesto de delimitación urbana de la licencia de construcción.<sup>27</sup>
13. El 11 de octubre y 07 de noviembre de 2018, el representante legal de Hitos Urbanos S.A.S., solicitó prórroga de la licencia de construcción sobre los predios ubicados en el sector denominado Bayley Boat o Punta Hansa, identificados con matrículas inmobiliarias No. 450-23322, 450-23320 y 450-5306 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés isla.<sup>28</sup> La solicitud de prórroga fue decidida mediante la Resolución No. 8693 del 09 de noviembre de 2018 negando la misma, decisión que fue recurrida en vía administrativa dentro de la oportunidad legal.
14. Mediante Resolución No. 000107 del 11 de enero de 2019, fue resuelto el recurso de reposición contra la resolución No. 8693 del 09 de noviembre de 2018, revocando el acto recurrido y, en su lugar, acogió la petición y se prorrogó la vigencia de la Resolución 4864 del 08 de noviembre de 2016, mediante la cual se otorgó licencia de construcción.<sup>29</sup>
15. El 11 de abril de 2019, los ingenieros que conforman la unidad técnica de la Secretaría de Planeación, rindieron concepto técnico de memoria de cálculo y planos estructurales presentados, manifestando no dar visto bueno a la solicitud de modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición total y cerramiento otorgada mediante Resolución 4864 del 8 de noviembre de 2016 y prorrogada mediante Resolución 107 del 11 de enero de 2019, por no tener los cálculos estructurales en debida forma.<sup>30</sup>
16. El Secretario de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la Resolución No. 002242 del 24 de abril de 2019, negó la solicitud de modificación de la licencia de construcción, por cuanto esta no se encontraba ceñida urbanísticamente al ordenamiento jurídico vigente.<sup>31</sup> Contra esta decisión fueron interpuestos de manera oportuna los recursos en sede administrativa.

---

<sup>27</sup> Anexo.

<sup>28</sup> Anexo. Fls. 786 y 815.

<sup>29</sup> Anexo. Fls. 826-830.

<sup>30</sup> Anexo. Fls. 832-833.

<sup>31</sup> Anexo. Fls. 844-852.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

17. Mediante Resolución No.007139 del 25 de octubre de 2019, el Secretario de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 002242 del 24 de abril de 2019, acogiendo lo solicitado. En consecuencia, otorgó la solicitud de modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento.

Asimismo, se dispuso lo pertinente a la compensación indicando al peticionario que debía hacer la cesión de Tres Mil Doscientos Veinte Metros Cuadrados con Veinticinco Centímetros (3.220.25M2) a favor del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina islas, antes del 31 de diciembre de 2019. Adicionalmente, se dispuso que sobre el predio se debía efectuar la construcción de una cancha polideportiva cancha multifuncional.

18. El 18 de diciembre de 2019, el representante legal de la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., envió al ente territorial minuta de cesión gratuita de los predios señalados en la Resolución No. 7139 de 25 de octubre de 2019 con destino a zonas exclusivamente de uso público.<sup>32</sup>

19. El 30 de diciembre de 2019, el representante legal de la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., mediante derecho de petición elevado al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, solicitó se suscribiera la escritura pública contentiva de la cesión de inmuebles dado que hasta la fecha no se había suscrito.<sup>33</sup>

20. El 08 de agosto de 2020, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dio respuesta al derecho de petición de requerimiento de cumplimiento de la Resolución No. 7139 de 2019 efectuada por la sociedad Gallardo y CIA S.A.S., en el que se precisa que, para proceder a la recepción de las áreas, se requiere la identificación del inmueble objeto de la cesión, para determinar la titularidad del mismo.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Índice 20 Contestación Hitos Urbanos. Fls. 271-291.

<sup>33</sup> Índice 20 Contestación Hitos Urbanos. Fls. 295-297.

<sup>34</sup> Índice 20 Contestación Hitos Urbanos. Fls. 313-315.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

21. En dictamen pericial elaborado por la Arquitecta Diana García Hidalgo, se concluyó entre otras cosas, lo siguiente:<sup>35</sup>

“Verificada las condiciones normativas establecidas en la UPI U 18 para el sector normativo donde se desarrolla el Proyecto Hansa y los decretos reglamentarios: Decreto 325 de noviembre 18 de 2003 “Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial para la isla de San Andrés Decreto 0363 de 2007 “Por el cual se complementan y se ajustan las Unidades de Planificación Insular contenida en el Decreto 325 de 2003”, Acuerdo No. 006 de septiembre 7 de 1984 “Por el cual adopta el Plan de Ordenamiento Territorial de San Andrés isla” y el Acuerdo 011 de 1990 “Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo No. 006 de 1984.”

Conclusiones	
Análisis Normativo	Cumple
Normas Urbanísticas	
Índice de ocupación	Si
Índice de construcción	Si
Altura y compensación	Si

En relación con el dictamen pericial, es necesario precisar que la perito al referirse a los antecedentes urbanísticos del Proyecto Hansa incluyó los Decretos 325 de noviembre 18 de 2003 “Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento territorial para la Isla de San Andrés”, Decreto 0363 de 2007 “Por el cual se complementan y ajustan la Unidades de Planificación Insular contenidas en el Decreto 325 de 2003”; pero de igual manera, incluyó y fundamentó el dictamen sobre normas derogadas como son el Acuerdo N. 006 de septiembre 7 de 1984 “Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento territorial de San Andrés, Isla” y el Acuerdo 011 de 1990 “Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo N. 006 de 1984”.

La anterior circunstancia compromete los resultados de la pericia ya que pasa por alto que se pretende dar aplicación a unas disposiciones derogadas, máxime cuando la perito manifiesta que *“El alcance del presente dictamen perital está estrictamente delimitado a la revisión de la correcta aplicación de las normas urbanísticas para el cumplimiento del índice de ocupación, índice de construcción, altura y mecanismo de compensación.”*

22. En memorial enviado el 07 de febrero de 2022, el Gobernador (E) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa

<sup>35</sup> Índice 60. Fl. 34.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Catalina, isla, dando respuesta al requerimiento efectuado sobre la aplicación del principio de neutralidad, manifestó:<sup>36</sup>

“El principio de neutralidad se aplicó en la Resolución No. 4864 del ocho (8) de noviembre de 2016, adjunta, de la siguiente forma:

"(...) Que efectuada la revisión del proyecto se pudo constatar que el predio objeto de la licencia se ubica en - la Unidad de Planificación Insular UPI-U18 denominada CONSOLIDACIÓN URBANÍSTICA PUNTA HANSA, en la cual se requiere un área mínima predial sea de 2.000 mt<sup>2</sup>. Que los predios objeto de la licencia cuenta con un área de 2.172,45 m<sup>2</sup> y 5.034,92 mt<sup>2</sup> ajustándose a la normatividad vigente; que de los usos principales permitidos en la unidad de planificación insular se encuentra el uso Hotelero, lo cual corresponde a lo presentado por el solicitante; que con relación a la altura la unidad de planificación permite 6 pisos, pero se da aplicación al principio de neutralidad a las edificaciones existentes en la unidad de planificación con los mismos usos que se pretenden dar al proyecto cuentan con alturas hasta de nueve pisos, en tal sentido, los 8 pisos que presenta el proyecto son viabilizados. (...)" (Subraya fuera del texto.)

Es preciso manifestarle que, la presente Administración, no dio aplicación al principio de neutralidad en las licencias posteriormente otorgadas, dentro del actual periodo de Gobierno.”

23.La Arquitecta Vanessa Suarez, funcionaria de la Secretaria de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, rindió testimonio en el proceso del cual se destacan los siguientes apartes:<sup>37</sup>

“(…) Con relación a la licencia a la que hace referencia, sobre la aplicación del principio de neutralidad o no, se basa en un concepto jurídico dado en el estudio del trámite de la licencia, la licencia tiene un estudio jurídico, un estudio técnico, arquitectónico y con base en ese concepto jurídico, se realiza el concepto técnico, básicamente el concepto jurídico hizo fue analizar la petición que se había dado, en la parte técnica se verifica si esas condiciones que está solicitando la persona si se dan dentro de la unidad de planificación dentro del predio objeto de la solicitud.

PREGUNTA: ¿Cuál es la norma con la que se fundamenta principalmente el Departamento para la aplicación del principio de neutralidad? ¿Como lo materializan en el territorio departamental?

CONTESTO: De acuerdo a la solicitud elevada a Secretaria de Planeación, solamente en 3 licencias hablan del principio de neutralidad como de la que es objeto esta audiencia que tiene que ver con las alturas, las otras dos hablan con relación a los aislamientos que se encuentran en la zona. No se de más aplicación del principio. En este caso se verifica lo que para la unidad de planificación dentro del predio.

---

<sup>36</sup> Índice 63 Expediente Digital.

<sup>37</sup> Índice 75 Expediente Digital.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

**PREGUNTA:** ¿Usted participó en alguno de los estudios de la licencia que hoy se encuentra demandada?

**CONTESTO:** Si participé en el estudio técnico, (...) Ese estudio técnico se encarga de verificar cumplimiento de áreas, cumplimiento de retiros, cumplimiento de porcentajes de ocupación y construcción y efectivamente cumplimiento de alturas conforme lo establece la norma, efectivamente no está dada, ese fue viabilizado mediante el estudio jurídico que de ese no hice parte y el estudio técnico aún con esa condicionante de los 2 pisos adicionales a los que establece la norma actual está por dentro de lo que dice la Unidad de Planificación. Si usted verifica los porcentajes de espacios de construcción del proyecto están ajustados a la normatividad urbanística a la Unidad de Planificación está cumpliendo en su totalidad.

**PREGUNTA:** Al expedir el acto administrativo demandado, se expidió concepto técnico. Usted ha señalado que verifica el cumplimiento de los elementos de carácter técnico. Sírvase explicarle al despacho como es que usted aplica índice de ocupación y el índice de construcción para poder saber que el número de metros cuadrados totales en el uso, cumple con la norma urbanística.

**CONTESTO:** El índice de ocupación es la relación que hay entre el lote y lo que puedo ocupar en él y el índice de construcción es la relación del lote con lo que puedo construir en él, en este caso se verifica que la UPI dice que puedes ocupar el 50% o el 0.5 viene siendo el 50% al área de ese lote y por decir algo si te dice que la construcción es el 1.6 haces la operación de multiplicar el lote por 1.6 y eso es lo que puedes construir.

### **De la tacha del testimonio de Vanessa Suarez.**

En el marco de la audiencia de recepción del testimonio de la arquitecta Vanessa Suarez, el demandante manifestó tachar el mismo, toda vez que considera que se encuentra afectada la imparcialidad de la testigo por ser funcionaria de la Secretaria de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y además, por haber participado en el estudio técnico que justificó la aplicación del principio de neutralidad para otorgar la licencia de construcción de la que se debate su legalidad, por lo que en su consideración no debe ser tenido en cuenta este testimonio.

Por su parte, la sociedad Hitos Urbanos expuso que el testimonio de la arquitecta Vanessa Suarez debe ser considerado a la hora de valorar las pruebas pues, contrario a lo señalado por la parte demandante, en el mismo no se presentan vicios que afecten la imparcialidad de la declarante. Esta conclusión la fundamenta en los siguientes argumentos: i) la testigo fue citada por su condición de funcionaria de la Secretaría de Planeación, quien conoció el trámite de las licencias demandadas, por lo que es la persona idónea para

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

ilustrar sobre el procedimiento para la aplicación del principio de neutralidad por parte de la entidad, sin que ello implique una cercanía con dicha entidad que le reste objetividad a sus declaraciones; ii) ella no es representante legal de la entidad pública demandada; iii) si bien existe una relación laboral o contractual entre la testigo y el Departamento Archipiélago, esto no es óbice para recibir su testimonio; iv) la testigo solamente está narrando de forma clara los trámites internos de la dependencia en la que trabaja, sin que ello implique atribución o exclusión de responsabilidad; v) que un funcionario público actúe dentro de un proceso judicial en el cual la entidad territorial contratante funge como parte, no implica necesariamente que exista una representación de intereses del primero respecto del segundo.

Establecidas las dos posturas respecto del testimonio de Vanessa Suárez, la Sala procede a resolver la tacha del testimonio. Para ello, lo primero que debe señalarse es que el testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno a la contención, pues no tiene relación jurídica procesal con las partes, sobre los hechos que le constan por percepción directa.

El artículo 211 del C.G.P., dispone lo siguiente:

**"ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO.** Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo a las circunstancias de cada caso".

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, por sus calidades personales, por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso". El Consejo de Estado, indicó que los motivos de la tacha del testigo se deben analizar en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más*

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

*severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria*<sup>38</sup>

En ese orden de ideas, la Sala una vez valorado el testimonio de la arquitecta Vanessa Suarez, considera que su grado de credibilidad se encuentra disminuido, pero no únicamente por ser funcionaria de la Secretaría de Planeación de donde provinieron los actos administrativos demandados, sino por el hecho de haber manifestado que participó en el estudio técnico que analizó las condiciones para el otorgamiento de la licencia, que es precisamente el elemento central de la demanda presentada.

En este punto ha de señalarse que, si bien a la vista de los documentos revisados por la Corporación, no se encuentran soportes dentro del expediente administrativo que permitan evidenciar que la testigo emitió concepto técnico sobre la aplicabilidad al principio de neutralidad, ella misma afirma que participó en el estudio técnico que se encargó de verificar, entre otros, el cumplimiento de las alturas para conceder la respectiva licencia. Esta es otra circunstancia que le resta credibilidad a la testigo ya que hace afirmaciones que no tienen respaldo en ninguna otra prueba. En este caso, si se afirma la existencia de un estudio técnico de soporte para la concesión de la licencia excediendo la altura permitida por el POT, presuntamente para dar el mismo tratamiento que otras edificaciones del sector, pues extraña a esta Corporación que no se haya aportado copia del aludido estudio técnico en los documentos que conforman el expediente administrativo. De esta manera, la Sala considera que hay razones contundentes y suficientes para tener por seriamente disminuida la credibilidad de la testigo, por cuanto estima que se encuentra afectada su imparcialidad.

Expuestos los hechos probados, es menester para la Sala determinar si los actos administrativos demandados, se ajustan a la legalidad o, si, por el contrario, como lo afirma el actor, violan las normas urbanísticas a las cuales debían sujetarse.

---

<sup>38</sup> Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

## **ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

Para el estudio del caso concreto, esta Corporación debe recordar que el proceso en cuestión se inició por demanda de nulidad presentada por el ciudadano Juan Carlos Pomare contra los siguientes actos administrativos expedidos por el Secretario de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a saber:

- Resolución No. 04864 del 8 de noviembre de 2016, por medio de la cual se concedió licencia de construcción en modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento a la sociedad Gallardo y CIA S.A.
- Resolución No. 0107 del 11 de enero de 2019, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición, que revocó la Resolución No. 8693 del 09 de noviembre de 2018 y en consecuencia prorrogó la vigencia de la Resolución No. 4864 del 08 de noviembre de 2016.
- Resolución No. 07139 del 25 de octubre de 2019, por medio de la cual se revocó la Resolución No. 2242 del 24 de abril de 2019 y, en su lugar, otorgó modificación de la licencia de construcción prorrogada mediante la Resolución No. 0107 de 2019.

A juicio de la parte actora, el ente territorial expidió actos administrativos contradiciendo el Plan de Ordenamiento Territorial vigente – Decreto 325 de 2003 y 363 de 2007 y sus normas complementarias –, infringiendo la norma sobre la cual debía fundarse, pues se aplicó el principio de neutralidad establecido en el artículo 100 de la Ley 388 de 1997 para conceder una licencia de construcción con fundamento en el Acuerdo 006 de 1984 que estaba derogado para la fecha en que se expidieron los actos demandados.

Por su parte, las demandadas coinciden en argumentar que la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dio aplicación a las normas del POT vigentes. En cuanto a la altura concedida en los actos administrativos demandados, explican que el proyecto Complejo Hansa fue producto de la aplicación del principio de neutralidad y con el propósito de que fuere posible cumplir con el índice de construcción autorizado en la UPI-U-18 sin desconocer el índice de ocupación, se permitió la mayor altura, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo No. 006 de 1984 con

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

fundamento en las facultades interpretativas de Planeación Departamental aplicando correctamente el principio de neutralidad.

**Un asunto preliminar: sobre el pago del impuesto para la expedición de licencia de construcción.**

En el estudio del expediente administrativo encontró la Sala que en el curso del trámite de la licencia de construcción del proyecto Complejo Hansa, aquélla fue concedida sin que se hubiera efectuado el pago de la totalidad del impuesto a la construcción. Esta circunstancia quedó acreditada en el proceso por cuanto la última cuota del acuerdo de pago al impuesto de delimitación urbana para obtener licencia de construcción<sup>39</sup> fue cancelada el día 28 de septiembre de 2017, no obstante, la Resolución No. 04564 de 2016, por medio de la cual se concedió una licencia de construcción en la modalidad de obra nueva demolición total y cerramiento para el proyecto fue expedida el 08 de noviembre de 2016. Esta circunstancia desatiende lo dispuesto en el artículo 2.2.6.6.8.2. del Decreto 1077 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, conforme a la cual es necesario el pago de dicho impuesto de manera previa para obtener la licencia. Así dispone la norma:

**“ARTÍCULO 2.2.6.6.8.2. Pago de los impuestos, gravámenes, tasas, participaciones y contribuciones asociadas a la expedición de licencias. Modificado por el Decreto 2218 de 2015** El pago de los impuestos, gravámenes, tasas, participaciones y contribuciones asociados a la expedición de licencias, será independiente del pago de las expensas por los trámites ante el curador urbano.

Cuando los trámites ante los curadores urbanos causen impuestos, gravámenes, tasas, participaciones o contribuciones, los curadores sólo podrán expedir la licencia cuando el interesado demuestre la cancelación de las correspondientes obligaciones, para lo cual contará con un término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del requerimiento de aportar los comprobantes de pago por tales conceptos. Dentro de este mismo término se deberán cancelar al curador urbano las expensas correspondientes al cargo variable.

**PARÁGRAFO 1.** Sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar por el incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, el curador urbano solamente debe verificar que el contribuyente acredite el pago de las obligaciones tributarias que se causen con ocasión de la expedición de la licencia.” (Subrayas de la Sala)

---

<sup>39</sup> Anexo.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Así pues, claramente se evidencia una irregularidad que inicialmente fue puesta de presente por el Secretario de Planeación en la Resolución No. 002242 del 24 de abril de 2019, mediante la cual se negó la solicitud de modificación de licencia, sin embargo, dicho acto administrativo fue objeto de recurso de reposición, resuelto mediante la Resolución No. 007139 del 25 de octubre de 2019 en la que se dijo al respecto del pago extemporáneo del impuesto de construcción lo siguiente:

“En esta instancia, cabe y vale dejar claro que, el pago extemporáneo (en cuotas y después de expedida la licencia), en ningún caso, fue la razón de fondo para negar la solicitud, sino que simplemente fue una anotación de los yerros hallados.”

En ese orden de ideas, la Sala debe advertir que la administración hizo caso omiso a los errores encontrados en los actos que hoy se demandan, circunstancia que merece reproche, por cuanto era el primer llamado a ejercer un control de sus propios actos, sin embargo, el ente territorial no hizo nada al respecto convalidando la actuación irregular.

Precisado lo anterior, la Sala se ocupará a continuación de resolver el problema jurídico, para lo cual efectuará el análisis de cada uno de los cargos formulados por la parte demandante, así como de las excepciones propuestas, de la siguiente manera:

### **Los actos administrativos demandados vulneraron el principio de legalidad al fundamentarse en disposiciones derogadas.**

En la expedición de los actos administrativos demandados se aplicaron disposiciones derogadas, contenidas en el Acuerdo No. 006 de 1984 (antiguo plan de ordenamiento territorial). El artículo 384 del Decreto 325 de 2003 determinó expresamente que el nuevo POT deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las contenidas en el Acuerdo No. 006 de 1984 y demás acuerdos y ordenanzas modificatorios. De esta manera, la autoridad administrativa incurrió en una directa e inocultable causal de nulidad al vulnerar el principio de legalidad, medular en un Estado de derecho, que implica el sometimiento de la administración al bloque de legalidad, el cual a su vez se debe someter a la norma fundamental. Con ello se busca procurar el

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

cumplimiento de los fines estatales, la garantía de los derechos de las personas y la primacía de los intereses generales.

A juicio de este Tribunal, está demostrado que la autoridad administrativa al proferir la Resolución No. 4864 del 08 de noviembre de 2016 y los subsiguientes actos administrativos que también fueron demandados, concedió la licencia por fuera de lo establecido en el plan de ordenamiento territorial – Decreto 325 de 2003 y Decreto 363 de 2007 – autorizando un número de pisos superior al permitido por la norma de ordenamiento urbanístico, al disponer que *“ con relación a la altura la unidad de planificación permite 6 pisos, pero se da aplicación al principio de neutralidad ya las (sic) las edificaciones existentes en la unidad de planificación con los mismos usos que se pretenden dar al proyecto cuentan con alturas hasta de nueve pisos, en tal sentido, los 8 pisos que presenta el proyecto son viabilizados.”*

La presunta aplicación de principio de neutralidad se hizo desconociendo el principio de legalidad al dejar de aplicar la norma vigente del Plan de Ordenamiento Territorial para preferir, en su lugar, el uso de la denominada *facultad interpretativa* de la autoridad administrativa para incluir en la manifestación de la voluntad de la administración una disposición no solo huérfana de soporte normativo sino en clara oposición al ordenamiento jurídico, y de manera específica, al POT vigente.

Para esta Corporación es tan evidente la espuria aplicación del principio de neutralidad contenida en la Resolución No. 4864 de 2016, que la autoridad administrativa en cabeza del Secretario de Planeación, no hizo mención alguna a la presunta norma que tomaba como referencia para aplicar el *mismo tratamiento normativo*, de acuerdo con los precisos términos del numeral 2º artículo 100 de la Ley 388 de 1997. Así, sin siquiera mencionar disposición normativa alguna, la autoridad administrativa sencillamente desechó el cumplimiento del Plan de Ordenamiento Territorial vigente y con un lenguaje que bien puede ser calificado de coloquial, simplemente señaló que había edificaciones en esa misma unidad de planificación con mayor número de pisos, por lo que en este caso era viable autorizar la construcción de ocho pisos. Se evidencia de esta manera la ausencia de un estudio técnico de cuáles eran las edificaciones a las que se refería y, menos aún, la fecha de

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

construcción de las mismas, ya que como se sabe, el anterior POT autorizó mayores alturas, situación que cambió con el nuevo Plan de Ordenamiento Territorial y que era susceptible de ser modificado, no existiendo en manera alguna vulneración de derechos adquiridos ni a la confianza legítima, como tampoco afectación al derecho a la igualdad.

La Sala procede a efectuar el análisis de cada uno de los mencionados puntos de defensa argumentados en el trámite del proceso que nos ocupa.

### De los derechos adquiridos en materia urbanística

Sobre este tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado señalando que en derecho público no es posible hablar de derecho adquirido propiamente dicho. Así lo sostiene en la sentencia C-604 de 2000:

*"La institución de los derechos adquiridos propiamente tales, solamente se aplica en el derecho privado pues en el derecho público la doctrina y la jurisprudencia consideran que es más apropiado hablar de situaciones jurídicas consolidadas. (...) Esta diferencia adquiere mayor relevancia cuanto se trata de disposiciones de carácter tributario. Por ello señaló la Corte en sentencia anterior, (...) que "en este campo no existe el amparo de derechos adquiridos pues la dinámica propia del Estado obliga al legislador a modificar la normatividad en aras de lograr el bienestar de la colectividad en general; en consecuencia, nadie puede pretender que un determinado régimen tributario lo rija por siempre y para siempre, esto es, que se convierta en inmodificable."*

En esa misma dirección la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la sentencia de 20 de marzo de 1970 expresó:

*"Surge de allí una diferencia específica entre las situaciones jurídicas individuales o derechos subjetivos que emanan del derecho privado y las que se derivan de normas de derecho público. Mientras las primeras deben ser respetadas íntegramente a su titular por todos los demás particulares, por la autoridad y por la ley, que no puede vulnerarlos ni desconocerlos sino apenas regular su ejercicio, aquellas que nacen del derecho público son susceptibles de modificaciones en el futuro y aun de ser extinguidas por obra de la voluntad legislativa en aras del interés supremo de la colectividad y de sus necesidades inmanentes de progreso y equilibrio social".<sup>40</sup>*

La Corte Constitucional fue clara en señalar que los derechos de los particulares pueden ser restringidos, delimitados, afectados, cuando se trate de asuntos de derecho público, precisando que en los casos en que correspondan las obligaciones de indemnización así se deberá proceder. En el caso que nos ocupa, referido al ordenamiento territorial y asuntos urbanísticos, no existen

<sup>40</sup> Coincide con el criterio expuesto en las sentencias C-544 de 1993, T-001 de 1992 y C-822 de 2011.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

derechos intangibles, como erradamente consideran los beneficiarios de los actos administrativos demandados. Este punto se explica de manera más amplia de la siguiente manera:

Respecto del asunto en estudio, es pertinente señalar que la norma del POT que debió aplicarse, llevaba vigente 13 años antes de la expedición del acto que concedió la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, demolición y cerramiento. Esto permite concluir que no se trataba de un tema que generara confusión por tránsito normativo, por ejemplo, como tampoco había vacío legal, ni contradicción en las normas del POT como se ha pretendido presentar por la parte interesada beneficiaria de la licencia. Por el contrario, a juicio de esta Sala, eran claras y precisas las normas que se debían aplicar para decidir la petición de la licencia de construcción solicitada.

Se trataba de las disposiciones contenidas en los Decretos 325 de 2003 y 363 de 2007 y demás decretos que fueron citados como fundamentos normativos para la expedición de los actos; las cuales, no obstante, fueron desatendidas, conculcando de esta manera el principio de legalidad, al dar aplicación a una norma expresamente derogada. Sin embargo, debe hacerse notar que en la Resolución 4864 de 2016 no se hizo mención expresa del derogado Acuerdo No.006 de 1984, sino que, como ya se indicó, señaló que era pertinente la aplicación del principio de neutralidad sin dar ningún tipo de justificación ni técnica ni jurídica para tal decisión.

En este orden de ideas, esta Corporación no puede sino reprochar esta conducta de la administración, en la medida en que se evidencia el favorecimiento del interés particular en detrimento del interés general, consignado en los decretos contentivos del Plan de Ordenamiento Territorial vigente, cuya aplicación se pasó por alto, al autorizar la construcción de una edificación con una altura superior a la permitida por la norma del POT. Todo ello, a pesar del alegato de las demandadas, en el sentido que por virtud de la compensación se generó un beneficio para la comunidad de la isla, con espacio público en favor de la entidad territorial y, por ende, de sus habitantes.

Esta Corporación, contrario a lo que sostienen las sociedades Hitos Urbanos y Alianza Fiduciaria S.A., considera que en realidad no se genera un beneficio a

## **SIGCMA**

favor de la comunidad de la isla de San Andrés la cual es meramente aparente, en tanto que, lo que sí queda es un antecedente palpable de la supresión del principio de legalidad en beneficio de intereses particulares. Adicionalmente, debe decirse, la compensación que debió efectuarse comprendía no solo la entrega de un predio sino la construcción de una cancha polideportiva. Se aportaron documentos que demuestran solo la entrega del predio mediante escritura pública – predio que, por demás, fue de propiedad de la antigua Intendencia Especial hoy departamento Archipiélago - pero no hay prueba del más mínimo adelanto para la construcción del escenario deportivo, que también estaban obligados a entregar a título de compensación. Es decir que tal obligación se encuentra parcialmente cumplida, de manera que, el presunto beneficio de la comunidad de contar con espacio público y el uso de una cancha polideportiva no se ha materializado. De todas maneras, la compensación ordenada quedará sin efectos en virtud de la declaratoria de nulidad parcial de esta sentencia.

Adicionalmente a lo expuesto, la Sala debe recordar que a la propiedad privada le es inherente una función social y ecológica que implica obligaciones, una de las cuales es soportar los cambios en los usos del suelo que se hacen en los planes de ordenamiento de territorial y sus modificaciones. Eso fue precisamente lo que sucedió en relación con las normas del POT, dado que fue proferido un nuevo plan de ordenamiento territorial, en virtud, entre otras, de las siguientes razones:

- (i) Darle cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 388 de 1997, que prohibió la expedición de licencias, así como el desarrollo de ninguna de las acciones urbanísticas hasta tanto no fuera adoptado el nuevo Plan de Ordenamiento Territorial.
- (ii) Reconocer y actuar respecto de nuevas circunstancias ambientales, como es el caso, por ejemplo, que el Archipiélago fue declarado Reserva Mundial de la Biosfera por la UNESCO en el año 2000.
- (iii) Atender “Que es obligación del Gobierno Departamental en cumplimiento de los principios constitucionales de la prevalencia del interés general sobre el particular y de la función social y ecológica de la propiedad llevar a cabo procesos de planificación urbanas, rurales y del entorno marino que contribuyan a resolver de manera óptima el desorden urbanístico en que se encuentra la Isla de San Andrés, generado por la

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

ausencia de Plan de Ordenamiento Territorial acorde con la Ley 388 de 1997.”<sup>41</sup>

Entonces, con fundamento – entre otras - en las anteriores razones, fue adoptado el nuevo Plan de Ordenamiento Territorial, derogando expresamente el Acuerdo 006 de 1984, por lo que cualquier aplicación del principio de neutralidad no podía estar basado en una norma derogada como así se ha pretendido, y como de hecho lo hizo la administración departamental, contrariando flagrantemente el ordenamiento jurídico. Debe señalarse que esta tesis de aplicación del Acuerdo 006 de 1984 por el principio de neutralidad, conforme lo alegan las demandadas, llevaría al absurdo de la inaplicabilidad del Plan de Ordenamiento Territorial vigente. Así, cada nuevo proyecto constructivo se terminaría realizando no dentro del marco y límites del interés general ya establecido por la autoridad competente, sino atendiendo al personalísimo interés subjetivo de quienes, en lugar de sujetarse a la norma general que busca amparar el bien común, mediante la intervención en los usos del suelo, deciden llevar adelante proyectos que la autoridad administrativa puede autorizar, siempre que estén dentro de los marcos legales y reglamentarios vigentes.

La Corte Constitucional es inequívoca al sostener al unísono con la ley que la planeación urbana constituye una actividad de interés público o social que puede tener efectos en el ejercicio de determinados derechos como el de propiedad. Ya no es siquiera materia de discusión que el ejercicio de derechos subjetivos no es absoluto, sino que está sujeto a límites. Algunos de estos límites se encuentran en los Planes de Ordenamiento Territorial que establecen el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.

Conforme lo expuesto, puede concluirse que no hay vulneración de derecho adquirido alguno porque resultaba modificable el acto administrativo que adoptó el POT, lo cual sucedió más de una década antes de la presentación del proyecto constructivo del Complejo Hansa. En gracia de discusión, y si se hablara de situaciones jurídicas consolidadas, más propio del derecho público, tampoco sería del caso acoger esta tesis ya que al momento de presentación del proyecto

---

<sup>41</sup> Ver pág. 5 Decreto 325 de 2003.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

para su licenciamiento las reglas de usos del suelo habían cambiado más de 10 años antes, de manera que lo que debió suceder y no ocurrió, era que tal proyecto se ajustara a las disposiciones del POT vigente.

### **De la confianza legítima y la aplicación del precedente administrativo.**

Los anteriores argumentos permiten introducir unas breves reflexiones y análisis respecto de la confianza legítima y la aplicación del precedente administrativo, argumentos expuestos por las demandadas como excepciones.

Un elemento central en el estudio jurídico del caso es que respecto del proyecto constructivo presentado por parte de la Sociedad Gallardo y Cía. e Hitos Urbanos S.A. para su licenciamiento no existen fundamentos jurídicos para considerar que había derechos adquiridos, como ya se dijo; tampoco se puede hablar de situaciones jurídicas consolidadas, de manera que, no había lugar a proteger ninguna relación ni menos era intangible cualquier aspiración que al efecto tuvieran los interesados en el proyecto constructivo que estuvieran por fuera del marco del POT.

Adicionalmente a lo expuesto, el estudio del expediente administrativo, así como de las demás pruebas aportadas al proceso, permite concluir que la administración departamental – Secretaría de Planeación – nunca profirió un acto administrativo general, por ejemplo, una circular, para establecer los lineamientos para la aplicación del principio de neutralidad. Esto permite concluir en sana lógica que la aplicación del principio de neutralidad ha dependido de la voluntad de quien expide y suscribe el acto administrativo correspondiente, es decir, de manera arbitraria.

En cuanto a la facultad de interpretación, las normas del POT de San Andrés, artículo 376, citando el artículo 102 de la Ley 388 de 1997, señala que es procedente la interpretación en los casos de ausencia de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en el conjunto de la normativa urbanística. Para ello, el Departamento Administrativo de Planeación debe emitir conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

En el caso concreto, no se presenta ninguno de los dos supuestos para dar lugar a la facultad de interpretación de Planeación Departamental, ya que no hay ausencia de norma exactamente aplicable al caso ni contradicciones normativas.

Ahora bien, la presunta aplicación de la denominada *facultad interpretativa* de la Secretaría de Planeación no puede constituirse en excusa para inobservar directamente la norma jurídica aplicable al caso concreto. Y esto fue lo que justamente ocurrió con los actos demandados, debido a que la autoridad administrativa pasó por alto el cumplimiento de la norma general – POT – a la cual debía sujetarse y, en su lugar, sobre un inexistente vacío normativo, decidió aplicar una norma ya derogada, haciendo una interpretación por fuera del ordenamiento jurídico vigente para justificar la aplicación del principio de neutralidad. Todo ello sin que mediara siquiera un estudio jurídico como tampoco técnico que determinara la viabilidad de aplicabilidad del mismo.

La idea de desconocer la norma vigente para, en su lugar, aplicar una norma derogada a efectos de dar un supuesto trato igualitario porque en la correspondiente unidad de planificación insular hay otras edificaciones que alcanzaron inclusive los nueve pisos, lleva a la paradoja que la norma del plan de ordenamiento territorial vigente nunca podría actualizarse.

La aplicación del principio de neutralidad con el criterio vertido en los actos demandados conduciría a la petrificación del Plan de Ordenamiento Territorial. Esto por cuanto en lugar de atender la prevalencia del interés general, las nuevas directrices respecto del uso del suelo definidas de manera democrática, participativa, racional y planificada, así como el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural, lo que se haría es justificar las propias razones para mantener un estado de cosas al servicio de intereses personales de quienes ejecutan actuaciones urbanísticas y a su propia idea de desarrollo urbanístico y no a lo que está contenido en el POT vigente.

En este punto, se pregunta la Sala: ¿acaso el POT contenido en el Acuerdo No.006 de 1984, puede ser considerado una cláusula pétrea? Y la única

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

respuesta posible es contundentemente negativa. Resulta extraño en nuestro ordenamiento jurídico siquiera plantear esta cuestión respecto de una norma del POT. Sin embargo, la realidad de lo probado en el proceso permite concluir que esto es justamente lo que han permitido las autoridades de planeación, al expedir actos administrativos fundamentados en una norma – Acuerdo 006 de 1984 – a la que pareciera que se la ha dado el carácter de cláusula inmodificable, porque a pesar de haber sido derogada expresamente sigue siendo aplicada.

De otra parte, la improvisación de la autoridad administrativa al considerar la supuesta procedencia del principio de neutralidad se demuestra en el hecho que el acto primigenio, esto es, la Resolución No. 4864 de 2016 ni siquiera estableció la compensación a que habría lugar en virtud del aumento del número de pisos que se autorizó. Debe hacerse notar que esta situación solo vino a solventarse con la Resolución No. 7139 de 2019 que determinó lo relacionado con la compensación y bajo la dirección de un servidor público diferente a quien inicialmente, en calidad de Director de Planeación, concedió la licencia.

De esta manera, en el caso concreto se pasó por alto que *“la legislación urbana constituye una fuente legítima de relativización del contenido del derecho de propiedad sobre los inmuebles.”*<sup>42</sup> Ello implicaba de parte del propietario y/o desarrollador de proyectos urbanísticos soportar las variaciones del uso del suelo que se hagan mediante los planes de ordenamiento territorial y sus modificaciones, porque, como se ha sostenido, las normas sobre usos del suelo no son intangibles. Bajo ese recto entendimiento fue expedido el nuevo POT, norma general que es de interés público que estableció la ordenación del territorio.

### **Del precedente administrativo**

En este proceso se ha alegado que la autoridad administrativa al autorizar un número mayor de pisos en la unidad de planificación insular UPI – U18, ha dado aplicación del precedente administrativo y por esta vía, salvaguardó la confianza legítima dado que en varios casos fueron expedidas licencias de

---

<sup>42</sup> Sentencia T-422/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

construcción que sobrepasaron el número máximo de pisos. Al respecto de lo anterior, se revisará lo relacionado con el precedente administrativo y la confianza legítima.

En este punto, es necesario precisar que lo que se busca con la utilización del precedente administrativo no es nada distinto a lo que se ha obtenido por medio del precedente judicial. El gran objetivo de esta herramienta es que se le reconozca fuerza vinculante a las decisiones administrativas que resuelven un determinado asunto, generando de este modo que todos los casos que posean una similitud fáctica y jurídica sean resueltos de la misma forma, ya que bajo los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad, nada justificaría que dos casos con rasgos idénticos sean fallados de forma distinta, y no sea aplicada la misma racionalidad jurídica y solución en derecho.

### **Del principio de buena fe y de la confianza legítima**

La Corte Constitucional en la sentencia T- 453 de 2018, respecto del principio de la buena fe indicó que “se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad<sup>43</sup>. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de *“honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”*.<sup>44</sup>

Es claro entonces, siguiendo a la Corte Constitucional, que la buena fe busca erradicar actuaciones arbitrarias, caprichosas o intempestivas y que las actuaciones del Estado y de los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, garantizando que *“las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada”*.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Sentencia T- 722 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>44</sup> Sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido ver las sentencias T-248 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T- 141 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>45</sup> Sentencia T-458 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

Agrega la Corte Constitucional<sup>46</sup> que:

31. Del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar *“situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”*.<sup>47</sup>

De esta manera, el principio de confianza legítima “funciona como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.”<sup>48</sup>

Para esta Corporación, en el caso concreto no existen razones plausibles para proteger unas expectativas sobre el alcance de la licencia de construcción de obra nueva que tenían los interesados. En primer lugar, porque no podría sostenerse que la administración estaba actuando de manera intempestiva ni tampoco que se tratara de una conducta arbitraria, la determinación de dar aplicación a las disposiciones del POT, que estableció límites al número de pisos en la UPI-U18. Una segunda razón para no acoger la tesis de la protección de la confianza legítima, radica en que la ausencia de normas generales sobre la aplicación de las compensaciones para autorizar un mayor índice de construcción o, en el caso concreto, un mayor número de pisos, permitiría concluir que la arbitrariedad de la autoridad se ha dado, pero por la vía del desconocimiento de la norma a la que debía sujetarse y no que hay un cambio intempestivo de parte de la administración que requiriera otorgar un período de transición para que los particulares pudieran ajustar su comportamiento a una nueva situación jurídica.

---

<sup>46</sup> Sentencia T-453 de 2018

<sup>47</sup> Sentencia T-180 A de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>48</sup> T-453 de 2018

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

En este punto, la Sala estima necesario referirse al principio de neutralidad, debido a que es respecto de este que se argumenta que hay lugar a la aplicación de la confianza legítima.

### **De la aplicación del principio de neutralidad**

Frente al argumento de la parte demandada en el sentido que el principio de neutralidad ha sido aplicado en la isla de forma recurrente, para el desarrollo armónico del territorio ante los supuestos vacíos que se presentan con la aplicación del POT vigente y sus reglamentaciones, la Sala considera pertinente efectuar algunas precisiones, a saber:

La Secretaría de Planeación remitió los siguientes actos administrativos:

- Resolución 4864 de 2016, que es uno de los demandados en este proceso.
- Resolución 4483 de 2017
- Resolución No. 8384 de 2019
- Resolución No. 1625 de 2014, en la que se alude a la aplicación del principio de neutralidad. Se indica que la ocupación que presentan los lotes en esa área es superior al 50%. En total fueron 2 pisos con área total construida de 4.218 Mts<sup>2</sup>
- Resolución 4215 de 2015, corresponde a la UPI-U16. Es un hotel de 5 pisos.
- Resolución No. 4483 de 2017, que concedió licencia de construcción de un edificio de vivienda de cinco (5) pisos, el peticionario solicitó dar aplicación al principio de neutralidad en una UPI diferente a las del asunto que nos ocupa.

Además, se encuentra que, si bien la sociedad Hitos Urbanos enlista varias licencias de construcción solicitadas desde el año 2009 hasta el año 2019, en las que se aplica el principio de neutralidad, no obstante, no todas son de la misma zona Punta Hansa UPI-U18, por lo tanto, no se puede realizar una comparación sobre supuestos diferentes. Este es el caso de la Resolución No. 003099 del 28 de julio de 2014, mediante la cual se autorizó una obra nueva en el sector de Hell Gate (UPI-U19), pero sólo fueron 6 pisos. No obstante, la Sala no pasa por alto que en la UPI-U18 se encuentra construcción que fue

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

autorizada mediante la Resolución No. 006015 del 18 de diciembre de 2013: edificación de 10 pisos y altillo y no se ordenó compensación alguna en el acto administrativo que concedió la licencia. Esta Corporación debe precisar que no puede afirmarse que no se hubiera ordenado compensación ya que no cuenta con el expediente administrativo de cada uno de los casos que se mencionan, sino que únicamente se conoce el acto administrativo que dispuso el otorgamiento de la licencia de construcción y en tal acto administrativo nada se dice acerca de la compensación.

De otra parte, no es posible pretender que se tenga en cuenta como precedente administrativo un concepto emitido por el Secretario de Planeación donde se estudió la viabilidad de la aplicación del principio de neutralidad dentro de un trámite de solicitud de licencia de construcción, por cuanto no reposa prueba alguna dentro del expediente que este haya sido tenido en cuenta en los actos administrativos que se encuentran demandados en el presente caso. Además, no se trató de un concepto general y, en honor a la verdad, debe decirse que se trata de una apreciación escueta que no presenta ningún tipo de fundamentación técnica ni jurídica que lo respalde.

### **Del caso en que se negó la aplicación del principio de neutralidad**

Esta Sala considera necesario señalar que existe, al menos un caso, en que la Oficina de Planeación Departamental negó la aplicación del principio de neutralidad. En efecto, se trata del asunto por el cual el ciudadano Camilo Juan Areiza Taylor presentó un proyecto constructivo de tres pisos en el barrio Simpson Well, el cual fue negado por la autoridad de planeación, mediante actos administrativos que fueron demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 88-001-33-33-001-2018-00030-01.

En la demanda, el Sr. Areiza Taylor alegaba esencialmente que la Gobernación Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, notificó el acta de observaciones de la licencia de construcción, en la que expuso que el inmueble no contaba con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Resolución 006955 del 26 de diciembre de 2011, a través de la cual se legalizó el barrio Simpson Well. Sin embargo, a su juicio, tal norma no le era aplicable dado que

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## SIGCMA

su inmueble ya estaba legalizado, mediante escritura pública inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos el 04 de enero de 1983, esto es, veinte (20) años antes de la entrada en vigencia de la Ley 810 de 2003. De igual manera, argumentó que la entidad territorial concedió licencia de construcción al Sr. Nayib Omar Fakh Said sobre un inmueble ubicado en Sarie Bay, advirtiendo que el ente territorial no dio aplicación a los principios de neutralidad, transparencia, simplicidad y concordancia, alegando que el se encontraba en las mismas condiciones de aquél para que le fuera aprobada la licencia de construcción solicitada.

La gobernación del Departamento Archipiélago al contestar la demanda manifestó que en el trámite administrativo adelantado se constató que es un predio ubicado en el barrio Simpson Well, el cual cuenta con una normatividad específica de conformidad con la Resolución N° 006955 del 26 de diciembre de 2011, que establece que la altura máxima de las edificaciones es de dos (2) pisos, por lo que no se hacía viable conceder dicha licencia al tratarse de una construcción de tres pisos. La entidad territorial también agregó consideraciones sobre el rol del Estado en la promoción de uso equitativo y racional del suelo, en la garantía de la función social de la propiedad privada y en la distribución equitativa de cargas y beneficios.

Surtido el trámite procesal en primera instancia ante el Juez Único Administrativo de este distrito judicial, fueron negadas las pretensiones, por lo que el demandante interpuso el recurso de apelación ante esta Corporación.

Al resolver el recurso<sup>49</sup>, esta Sala efectuó el estudio probatorio, encontrando que en la inspección judicial el secretario de planeación de la época manifestó que: "El principio de neutralidad lo aplica el manejo normativo dentro de la legalidad, entonces uno aplicarlo en un evento que está en contra de lo establecido en la norma urbanística no sería la mejor decisión (...)"

En el análisis del caso concreto esta Corporación discurrió:

De acuerdo con la normatividad previamente expuesta se tiene que, para la obtención de licencia de construcción, debe hacerse con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial. Así las cosas, en cumplimiento de lo

---

<sup>49</sup> Sentencia No. 0028 del 18 de mayo de 2021

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

dispuesto en la Ley 388 de 1.997, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina emitió los Decretos 325 de 2003, 106 de 2004 y el Decreto 363 de 2007 por los cuales se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial, en el que se reglamenta y adopta las Unidades de Planificación Insular, respectivamente.

Estas Unidades de Planificación Insular fueron discriminadas de acuerdo a diferentes zonas, correspondiéndole al sector de Simpson Well, entre otros, la UPI-R7, denominada Zona Sub Urbana de Grandes Equipamientos, cuya área mínima de lote es de 300m<sup>2</sup> y altura máxima de 2 pisos. En la misma caracterización se estableció que para equipamientos y usos secundarios como (vivienda rural aislada, institucional, comercio y vivienda), se estableció un área mínima de 3.000m<sup>2</sup> y una altura máxima de 3 pisos. Posteriormente, mediante la Resolución 006955 del 26 de diciembre de 2011, por medio de la cual se legalizó el barrio Simpson Well, se establecieron las normas específicas para el sector, donde el uso principal es la vivienda, determinando como área mínima de lote el de 150m<sup>2</sup> y altura máxima de 2 pisos.

En relación con la aplicación del principio de neutralidad, este tribunal indicó que la mera existencia de edificaciones que superan la altura permitida no puede ser el parámetro para considerar que hay lugar a conceder la licencia por aplicación del principio de neutralidad. Esto por cuanto es necesario analizar en primer lugar, los supuestos fácticos, que en el caso concreto eran disímiles dado que en el caso del Sr. Nayib Fakhri correspondía a una unidad de planificación insular diferente; además, la edificación de aquel se encuentra construida en el área urbana mientras que la del señor Areiza Taylor se proyectaba construir en la zona sub urbana. Pero, adicionalmente, se señaló que las disposiciones normativas aplicables también eran diferentes por cuanto, además del POT, existe una reglamentación de usos del suelo específica para el sector de Simpson Well que fue la correctamente aplicada por parte de la Oficina de Planeación Departamental en su momento.

El proceso citado culminó con sentencia confirmatoria de la de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. La razón no fue otra que haber acreditado que la autoridad administrativa profirió los actos en cuestión con apego a la legalidad, habiendo sido categórica en señalar que la existencia de una construcción que supere la altura permitida no puede ser atendido como el requisito para acoger una presunta aplicación del principio de neutralidad sino que se requiere constatar que el acto se ajusta a la normatividad vigente.

### **Del precedente aplicable al caso en estudio**

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

Esta Sala debe recordar que el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse en un proceso de nulidad de similar contorno fáctico al que en esta oportunidad le ha correspondido a este Tribunal conocer. Se trata del proceso con el radicado No. 76001 23 31 000 2004 02807 01 en el que el municipio de Santiago de Cali solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. C. U. 1 - 0493 de 22 de agosto de 2002, “Por medio de la cual se expide una licencia de construcción para desarrollar un proyecto de construcción nueva”. De igual manera solicitó el restablecimiento del orden jurídico respecto del número de pisos permitidos para edificaciones construidas en esa zona.

Los hechos se resumen fundamentalmente en que la Curaduría Urbana No 1 de Santiago de Cali expidió a favor de los ciudadanos Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda Trujillo, licencia de construcción para adelantar un nuevo proyecto de construcción, en un predio ubicado al frente del “Parque del Corazón o del Perro” y que se consideró que desconocía el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Cali.

En la sentencia, el Consejo de Estado estudió el tema de la naturaleza jurídica de la licencia de construcción y la procedencia de la acción, concluyendo que aquella “constituye un acto de contenido particular y concreto en tanto comporta la autorización que se otorga a unos particulares para que desarrollen una obra privada o construcción en un inmueble determinado, que crea una situación jurídica concreta y vinculante para el administrado lo que da lugar, en principio, a promover en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.” No obstante, citando jurisprudencia del Consejo de Estado, así como de la Corte Constitucional conforme a la cual, en aras de garantizar el restablecimiento de la legalidad en abstracto, consideró que procede la acción de nulidad contra actos de contenido particular.

En cuanto al estudio de la legalidad del acto demandado, el Consejo de Estado concluyó que la licencia de construcción fue expedida contrariando lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial lo que daba lugar a la declaratoria de nulidad parcial de la misma, por haber autorizado la construcción de cuatro pisos y no tres como lo establece el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Cali, por encontrarse ubicado frente al recinto denominado Parque

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

del Perro. Además de la nulidad parcial, se ordenó a la alcaldía municipal de Cali adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar para restablecer el patrimonio urbanístico de la ciudad previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, acorde con lo dispuesto en la Ley 388 de 1997.

Con el estudio precedente, esta Sala considera que está debidamente acreditado que los actos demandados fueron proferidos contrariando el ordenamiento jurídico vigente, por lo que hay lugar a su declaratoria de nulidad.

### **Reconvención a las autoridades de planeación departamental**

El estudio normativo y probatorio efectuado por esta Corporación fundamentan con suficiencia, la decisión de la Sala de elevar una enérgica reconvención a la administración departamental – Oficina de Planeación – a fin de ajustar sus procedimientos a la legalidad, para la realización de todos los trámites que se adelantan ante tal dependencia y, de manera específica, en lo que a las actuaciones urbanísticas se refiere. Lo anterior para desechar el ejercicio de trámites administrativos que contradicen directamente el supraprincipio de legalidad. Ello por cuanto, con alarma, constató esta Corporación y tal como se demostró en el proceso, se tomaron decisiones administrativas respecto de actuaciones urbanísticas basadas, por ejemplo, en opiniones, que no en conceptos debidamente fundamentados, pasando por alto claras disposiciones que de haber sido atendidas a la luz de los principios que rigen la función administrativa, otras hubieran sido las decisiones proferidas.

Esta Corporación comprende que puede considerarse necesario llevar a cabo compensaciones, para efectos de aumentar la edificabilidad de los proyectos de construcción, pero ello solo podrá hacerse siguiendo los procedimientos constitucionales y legales para que sea adoptado por la autoridad que tiene la competencia para ello; con fundamento en estudios técnicos, ambientales y de toda otra índole que se consideren necesarios y que estén acordes con los objetivos propuestos en el Plan de Ordenamiento Territorial para la isla de San Andrés, a la luz que es reserva de biosfera Seaflower y luego de surtir los procesos democráticos y participativos correspondientes.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

De igual manera debe manifestar esta Sala que, resulta lamentable constatar que el archipiélago, y de manera específica la isla de San Andrés que, en virtud de la declaratoria por la UNESCO en el año 2000 de Reserva de Biosfera, debería ser un escenario de desarrollo sostenible, con preservación de servicios ecosistémicos y conservación del patrimonio natural y cultural, en realidad se encuentra en verdadero riesgo de conservación. Sin duda que procurar el delicado balance que se requiere entre el legítimo desarrollo de las actividades económicas y el cuidado del ambiente y de los ecosistemas de este frágil territorio insular, no es sencillo. Es evidente que requiere esfuerzos sostenidos no solo de parte de las autoridades administrativas y ambientales, por supuesto, sino también de toda la comunidad, pero especialmente de las autoridades, aunque parezca una perogrullada. No de otra manera se podrían alcanzar los objetivos de la Reserva de Biosfera como son: (i) la conservación de paisajes, ecosistemas, especies y la variación genética; (ii) el fomento de un desarrollo económico y humano sostenible y sustentable desde los puntos de vista sociocultural y ecológico; (iii) brindar apoyo logístico a proyectos de educación y capacitación sobre medio ambiente, y de investigación y observación permanente en relación con cuestiones locales, regionales, nacionales y mundiales de conservación y desarrollo sostenible.

Es por ello que se reitera la reconvención a la autoridad departamental para ejecutar sus funciones atendiendo que la Constitución Política de 1991 incluye postulados básicos referidos a una buena administración comenzando por el artículo 2º que establece como fines del Estado “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”, además de otras disposiciones como es el caso de lo dispuesto en los artículos 11, 29, 83, 121, 125 y 209, que determina que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

También, y como bien lo sabe la autoridad departamental, la Ley 1437 de 2011 contiene disposiciones que deben ser atendidas por la autoridad administrativa, como la del artículo 1º, que dispone que las normas relacionadas con el procedimiento administrativo “tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales,

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”

Esta Sala considera pertinente hacer el cierre de este acápite citando al reconocido profesor y tratadista, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien sobre el principio de legalidad nos enseña:

“Retomando el concepto material de Estado de derecho, el principio de legalidad implica una doble proyección: tanto para gobernantes como para gobernados. En cuanto a los primeros, en la medida en que los circunscribe para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones a un régimen de derecho que debe ser entendido en sus vertientes formal y teleológica: la primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido, y la segunda en cuanto que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general.”<sup>50</sup>

## **CONCLUSIONES**

1. El estudio de legalidad de los actos demandados conduce a decretar su nulidad parcial, por haber sido expedidos contrariando claras disposiciones vigentes. La administración departamental al proferir los actos demandados presuntamente hizo uso de facultades interpretativas para dar aplicación al principio de neutralidad, sin embargo, el ejercicio de las facultades de interpretación no cumplía los presupuestos exigidos en el artículo 102 de la Ley 388 de 1997, que señala que es procedente la interpretación en los casos de ausencia de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en el conjunto de la normativa urbanística. Tampoco se demostró en el proceso que el Departamento Administrativo de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina hubiera emitido conceptos mediante circulares que tuvieran el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares.

---

<sup>50</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tomo I. 3ª edición. 2003. Pág. 366

2. Esta Corporación tiene la certeza que los actos demandados incurrieron en flagrante violación de la norma en la cual debían fundarse ya que el Decreto 325 de 2003, de manera expresa derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y, en especial las contenidas en el Acuerdo No. 006 de 1984, norma que conforme lo indicado, ya no tiene existencia en el ordenamiento jurídico; no obstante, se tomó como sustento para autorizar una construcción que se encuentra por fuera de lo establecido en el POT, así como para ordenar unas compensaciones por superar el número máximo de pisos en la denominada UPI-U18.
  
3. A juicio de esta Corporación, la aplicación del principio de neutralidad en los términos expuestos por las demandadas, petrificaría las disposiciones del ordenamiento territorial desatendiendo nuevas condiciones o cambios relevantes de orden ambiental, demográfico, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural, que precisamente deben ser considerados de manera democrática y participativa en el nuevo POT que, por supuesto, no se limita a los intereses subjetivos de determinadas personas o gremios, por fuera del marco del interés general para el territorio insular. Las pruebas son diáfanas en demostrar que la aplicación del principio de neutralidad se estaba realizando de manera arbitraria – que no discrecional – por parte de la autoridad de planeación y por fuera del marco de legalidad.
  
4. En cuanto a la buena fe y el principio de confianza legítima, alegados por las demandadas como fundamento para justificar los actos proferidos, esta Corporación considera que los propietarios del denominado proyecto complejo Hansa no podían tener expectativas legítimas bajo una actuación de honestidad, confianza y rectitud dado que tenían conocimiento de la derogatoria de las normas cuya aplicación se pretendía a su favor, lo cual finalmente se logró. Ha de decirse que el solo trámite de la licencia que fue autorizada sin haber hecho la previa cancelación de los derechos correspondientes al impuesto a la construcción, conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.6.6.8.2 del Decreto

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

1077 de 2015, es una muestra más de la serie de inocultables irregularidades para la expedición de los actos demandados.

5. El ordenamiento territorial es un tema de interés público que se define de manera democrática, participativa y planificada, que puede tener efectos sobre los derechos de los particulares, restringiéndolos y delimitándolos en aras del interés general; por lo que se hace necesario reiterar que en materia urbanística y de ordenamiento territorial, no existen derechos intangibles.

### **De las decisiones a adoptar**

Esta Corporación, acogiendo el precedente del Consejo de Estado<sup>51</sup>, y dado que el objeto de la demanda de nulidad radica en la tutela del orden jurídico en abstracto, tomará las decisiones que en derecho correspondan. A ese respecto, se debe precisar que la tutela del orden jurídico en el caso concreto impone – a juicio de esta Sala – establecer una serie de órdenes subsecuentes que de ninguna manera pretenden un restablecimiento del derecho como se podría interpretar ya que no hay ningún restablecimiento a favor de la entidad territorial.

En el caso concreto, se demostró que la entidad territorial expidió actos administrativos que vulneraron el ordenamiento jurídico por lo que deben ser expulsados del mismo. No obstante, y sin desconocer la aplicación de la “Teoría de los Móviles y Finalidades”, pero vista la afectación del interés general causado con los actos demandados, y a pesar de no haberse elevado como pretensiones por parte del demandante, esta Sala considera que deben aplicarse los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, esto es, efectos *ex tunc*, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. Así pues, se debe tomar como si la norma viciada no hubiese tenido existencia jamás para volver las cosas al estado anterior a su vigencia.

Como ya fue indicado, atendiendo el estudio normativo y el análisis probatorio vertido en esta providencia, se concluye que los actos demandados deben ser

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. No. 76001 23 31 000 2004 02807 01

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

## **SIGCMA**

parcialmente anulados, los cuales concedieron licencia de construcción sobre los predios ubicados en el sector denominado Bayley Boat o Punta Hansa, identificados con matrículas inmobiliarias No. 450-23322, 450-23320 y 450-5306 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés isla.

Como consecuencia de ello, se ordenará la suspensión inmediata de las obras que correspondan a los pisos que superen el máximo permitido, esto es, los pisos séptimo y octavo. En caso que ya se hubiere culminado la obra de construcción, se deberá efectuar la demolición de los pisos que excedieron la altura permitida por el POT, de manera voluntaria por el constructor y/o responsable de la obra o, en su defecto, por la administración departamental. Entre tanto se haga la demolición, se deberá asegurar el cierre y la no utilización de los pisos séptimo y octavo autorizados por los actos administrativos viciados de nulidad.

La Sala debe advertir que para la realización de la demolición se deberán adoptar las medidas para el adecuado manejo de los residuos sólidos y escombros para evitar afectaciones del medio ambiente y de la salud pública.

Así mismo, se dejará sin efectos la escritura pública de Cesión Obligatoria de zonas con destino a uso público No. 284 del 5 de abril de 2022, otorgada en la Notaría Única del Círculo de San Andrés, Isla, y los certificados de tradición de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria Nos. 450-21859, 450-25292 y 450-21858, ordenando remitir copia de esta providencia judicial a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia para lo de su competencia respecto de los folios de matrícula inmobiliaria ya indicados.

### **Costas**

Por tratarse de una acción pública no habrá condena en costas.

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,

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

## **V.- FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial** de la Resolución No. 4864 del 8 de noviembre de 2016, la Resolución No. 107 del 11 de enero de 2019 y Resolución No. 7139 de 25 de octubre de 2019 expedidas por la Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el entendido que la nulidad se limita a la autorización para la construcción de pisos adicionales a los permitidos por la norma vigente del POT que solo autoriza un máximo de seis (6) pisos en la UPI U-18, complejo constructivo que se encuentra en los predios ubicados en el sector denominado Bayley Boat o Punta Hansa, identificados con matrículas inmobiliarias No. 450-23322, 450-23320 y 450-5306 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés isla, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En virtud de lo anterior, se ordena al beneficiario de la licencia de construcción la suspensión inmediata de las obras que correspondan a los pisos que superen el máximo permitido, esto es, los pisos séptimo y octavo de cada una de las torres que conforman el complejo constructivo ya identificado. En caso que ya se hubiere culminado la obra de construcción, se deberá efectuar la demolición de los pisos que excedieron la altura permitida por el POT, de manera voluntaria por el constructor y/o responsable de la obra o, en su defecto, por la administración departamental. Entre tanto se haga la demolición, se deberá asegurar el cierre y la no utilización de los pisos séptimo y octavo autorizados por los actos administrativos viciados de nulidad.

**TERCERO:** Ordénese dejar sin efectos la escritura pública de Cesión Obligatoria de zonas con destino a uso público No. 284 del 5 de abril de 2022, otorgada en la Notaría Única del Círculo de San Andrés, Isla, y los certificados de tradición de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria Nos. 450-21859, 450-25292 y 450-21858, ordenando remitir copia de esta providencia judicial a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia para lo de su competencia respecto de los folios de matrícula inmobiliaria ya indicados.

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00074-00

Demandante: Juan Carlos Pomare

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Gallardo y CIA S.A.S.

Medio de control: Nulidad

**SIGCMA**

**CUARTO: EXHORTAR** a la entidad territorial Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a revisar los procedimientos que están llevando a cabo en la Secretaria de Planeación para ajustarlos a los principios de la función administrativa, tal como lo ordenan la Constitución Política de 1991 y demás disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano.

**QUINTO:** Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** No hay condena en costas.

**SÉPTIMO:** Ejecutoriada esta providencia, se procederá al archivo del expediente.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**NOEMÍ CARREÑO CORPUS**

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

**JOSE MARÍA MOW HERRERA**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-23-33-000-2020-00074-00)

**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: **d57fb3b9020553314a1f1eee69215b5640087c96447f1d7de3b342f33b6e1ef0**

Documento generado en 14/06/2023 03:35:37 PM

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