



GOBERNACIÓN

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

Notificar al señor
• Kassem Darwiche
• Taisir Mohamad
Ali Abdallah

RESOLUCIÓN NÚMERO

001665

27 MAY 2020

"Por medio de la cual se declara la caducidad de la Facultad Sancionatoria."

EL SECRETARIO DE PLANEACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS ISLA, en uso de las facultades legales y reglamentadas, en especial las que le confiere la Ley 388 de 1.997, la Ley 810 de 2003, el Decreto 1077 de 2015, la Ley 1437 de 2011, demás normas concordantes y con el fin de resolver lo que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES

Que el día 24 de agosto de 2016, la Secretaría de Planeación realizó visita técnica en el sector del centro Avenida Costa Rica Edificio Big Point, donde se evidenció presunta infracción urbanística en el predio que los vecinos colindantes identificaron como propietario al señor **MOHAMED KAMEL SALEH**, encontrándose "...remodelaciones de unos apartamentos en el segundo piso...", lo que consta en el acta de visita N° 114.

Que mediante oficio ENT. 18368 30 de agosto de 2016, el señor **SAMIR DARWICH** presenta denuncia como copropietario del bien inmueble denominado Edificio Big Point, manifestando que el señor **MOHAMED KAMEL SALEH**, adelanto de manera arbitraria obras de adecuación en el segundo piso para cambio de uso y ha efectuado modificaciones de fachadas sin su consentimiento.

Que mediante oficio identificado con el radicado SAL. 19204 del 6 de septiembre de 2016, la Secretaría de Planeación, dispuso la medida policiva contemplada en el artículo 103 Parágrafo 3° de la Ley 388 de 1997, Modificado por el Artículo 1° de la Ley 810 de 2003 y por tanto ordeno la **SUSPENSIÓN INMEDIATA** de las obras antes descritas, por haberse realizado sin contar con la respectiva licencia.

Que, a través de dicho oficio, se conminó a los señores **SAMIR DARWICHE**, **MOHAMED KAMEL SALEH** y **KASSEM DARWICHE** como presuntos infractores, para que el día viernes 9 de septiembre de 2016, a las 10:00 am, se presentara ante este despacho y versara sobre los hechos antes referidos, citación que fue notificada el 1 de septiembre de 2016.

Que a la citación asistieron los señores **SAMIR DARWICHE** y **MOHAMED KAMEL SALEH** adelantándose la audiencia de versión libre en día 7 de septiembre de 2016.

Que mediante oficio ENT. 20445 del 20 de septiembre de 2016 el señor **KASSEM DARWICHE**, allega poder otorgado al señor **TAISIR MOHAMAD ALI ABDALLAH**, para que presente versión libre escrita ante este despacho.

Que mediante Auto N° 044 del 12 de diciembre de 2016 se da inicio al proceso sancionatorio administrativo por presuntas infracciones urbanísticas. Notificado personalmente el 28 de junio de 2018.

Que mediante Auto N° 004 del 17 de enero de 2017, se da apertura al periodo probatorio dentro del proceso sancionatorio. Notificado personalmente el 17 de enero de 2017, al señor MOHAMED KAMEL SALEH.

Que mediante Auto N° 031 del 12 de mayo de 2017 se da traslado a las partes para que presentes los alegatos dentro del proceso sancionatorio administrativo. Notificado personalmente a las partes.

Que mediante Resolución N° 6107 del 4 de diciembre de 2017, se expide el acto administrativo que resuelve el proceso sancionatorio, notificado al señor MOHAMED KAMEL SALEH el 9 de diciembre de 2017.

Que mediante oficio N° 30201 del 22 de diciembre de 2017, el apoderado del señor Kamel Saleh, el Doctor ANDRES LUIS BRANDT MC'NISH, interpone recurso de apelación en contra de la resolución sanción.

Que mediante Resolución N° 6365 del 8 de agosto de 2018, la oficina del Gobernador emite resuelve al recurso de apelación declarando la nulidad de todo lo actuado a partir de la expedición del auto N° 044 de fecha 12 de diciembre de 2016, ordenando la vinculación al proceso del señor JHON CARLOS CORTES MEJIA.

Que el mediante oficio 4886 del 17 de julio de 2019, se citó al señor Cortes Mejía para que versara sobre los hechos del presente proceso sancionatorio, para el día 24 de julio de 2019, a la cual asistió el conminado.

Que mediante Auto N° 121 del 21 de agosto de 2019, por medio del cual se ordena el inicio de proceso sancionatorio administrativo por presunta infracción urbanística al señor MOHAMED KAMEL SALEH.

CONSIDERACIONES

Las normas urbanísticas se pretende la organización territorial de la vida en sociedad y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes a través de un desarrollo urbanístico ordenado, sostenible y armónico, propendiendo a que puedan convivir y ejercer sus derechos tranquila y pacíficamente bajo la Ley. Es este el sentido de la función social y ecológica de la propiedad, así como la prevalencia del interés general sobre el particular como lo dispone la Constitución Política Arts. 1 y 58; Ley 388 de 1997 Arts. 2 y 3.

Es importante establecer que la infracción urbanística se presenta cuando mediante determinada actuación de obras de construcción y/o intervención se contravienen las normas urbanísticas en la medida que no se obtienen licencias o permisos que la Ley exige, y/o una vez obtenidos estos, se transgrede su contenido realizando obras por fuera de lo autorizado, lo que da lugar a medidas correctivas y sanciones.

Atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley 810 de 2003, que en su artículo 9° señala que:

"(...) El curador urbano o la entidad competente encargada de ejercer la función pública de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, serán la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional. La licencia de ocupación temporal del espacio público sobre los bienes de uso públicos bajo jurisdicción de la Dimar será otorgada por la autoridad municipal o distrital competente, así como por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. (...)"

De lo anterior se deduce que corresponde a los alcaldes y gobernadores, conocer de los procesos relacionados con la violación de las normas sobre construcción de obras y urbanismo e imponer las sanciones correspondientes, entre otras atribuciones, en

concordancia con las normas especiales que regulan lo concerniente al régimen urbanístico y de obras.

La Ley 388 de 1997, por medio de la cual se modifica la Ley 9ª de 1989 y 3 de 1991 y se dictan otras disposiciones, prescribe:

"(...) ARTICULO 99. LICENCIAS.

1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso. (...)"

De igual forma, la Ley 810 de 2003, por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos, dispuso frente a las sanciones urbanísticas lo siguiente:

"Artículo 1°. El Artículo 103 de la Ley 388 de 1997 quedará así: Infracciones urbanísticas. Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas "los responsables, incluyendo la demolición de las obras. Según sea el caso (...)"

Concordante a lo anterior, el Decreto 1469 de 2010, "Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas, al reconocimiento de edificaciones, a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones", establece en su artículo primero que:

"Artículo 1°. Licencia urbanística. Es la autorización previa para adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y para realizar el loteo o subdivisión de predios, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal competente, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial"

Se infiere con claridad que la obligación de quien construya, sin obtener previamente licencia de construcción que soporte la viabilidad urbanística, técnica y jurídica de las obras a realizar, será las sanciones que la misma ley ha establecido, en atención a la aplicación del derecho administrativo sancionador que reposa en cabeza de la Administración.

Doctrinalmente el tratadista Jaime Ossa Arbeláez en su libro Derecho Administrativo Sancionador, Segunda Edición. Páginas 96 y 97, lo denomina como *"(...) La atribución propia de la administración que se traduce en la viabilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aun a los funcionarios que infringen sus disposiciones, pues sería incomprensible la administración sin un régimen represivo o correctivo que no penara las desobediencias a la estructura interna del Estado o a su esquema normativo externo (...)"*

Es así, que le corresponde al ente competente realizar un estudio previo, para proceder a la imposición de las sanciones, ejerciendo necesariamente para ello el agotamiento de unos elementos que no permitan ni siquiera una duda razonable, entre ellos:

1. Determinar la existencia de un hecho generador de sanción urbanística;
2. Establecer si la potestad sancionatoria de la Administración se encuentra vigente;
3. Encuadrar dicho hecho en uno de los cinco numerales establecidos en artículo segundo de la Ley 810 de 2003; y
4. Tasar la multa y/o fijar la demolición de acuerdo a los metros cuadrados en que se presente la contravención y el numeral que se determinó como aplicable al caso en concreto.

En el caso bajo estudio, se ha comprobado mediante visita practicada por los funcionarios adscritos a esta Secretaría y su correspondiente informe técnico, visto a folio tres (03) del expediente, que, en el inmueble ubicado en el sector de centro avenida las Costa Rica Edificio Big Point, se realizaron unas obras sin la correspondiente licencia de construcción y de acuerdo con la visita de fecha 24 de agosto de 2016, las mismas eran recientemente iniciadas a la fecha de la visita.

La obligación del ente sancionador consiste en producir el acto administrativo ejecutoriado dentro del lapso establecido por la ley para ejercer la actividad sancionatoria; Mientras la sanción no se halle en firme lo que existe es el trámite del proceso sancionatorio.

Debe producirse el trámite completo para la ejecutoria de la decisión que comprende la notificación del acto que pone fin a la actuación administrativa y las decisiones ulteriores para que el acto quede en firme.

En este orden de ideas, desde la fecha de la visita de inspección (24 de agosto de 2016), han transcurrido más de tres (3) años, (venció 24 de agosto de 2019) desde que la administración conoció de la presunta infracción urbanística, sin que se haya proferido una decisión de fondo.

Así las cosas, corresponde a este Despacho establecer sí en el presente asunto, se puede declarar infractor del régimen urbanístico y de obras, al responsable de las obras efectuadas sin la correspondiente licencia de construcción, imponiendo las sanciones a que haya lugar ó en su defecto, determinar si en la presente actuación administrativa se configura el fenómeno de la caducidad frente a la facultad sancionatoria de la Administración.

Para resolver el asunto, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), dispuso:

"(...) Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria. (...)"

Se precisa que dentro de toda actuación administrativa tendiente a imponer una sanción, además de observar los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución política), debe prestarse especial atención al desarrollo del principio de seguridad y certeza en las actuaciones de las autoridades, lo que implica que la administración dentro del término de caducidad establecida en el artículo 52 del C.P.A.C.A. deberá adelantar todos los trámites tendientes a obtener un acto administrativo ejecutoriado. 

En este punto, se cita lo manifestado por el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Concepto 1632 de 2005:

"(...) El régimen sancionador, como expresión del poder punitivo del Estado, encuentra fundamento constitucional en los artículos 29 y 209 Superior, que disponen la aplicación a toda clase de actuaciones administrativas, del "debido proceso", en virtud del cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y, el desarrollo de la función

administrativa, conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Estos principios, así como el debido proceso, son aplicables a las diferentes modalidades de regímenes sancionatorios administrativos, tales el fiscal, tributario, cambiario, financiero, disciplinario, contravencional, etc., como lo ha destacado de manera reiterada la Corte Constitucional, al señalar:

"Así ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Como lo ha señalado la jurisprudencia¹⁰, este derecho es una disciplina completa que recubre diferentes regímenes sancionatorios con características específicas, pero sometidos todos a unos principios de configuración claros destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso."

En otra providencia anotó:

"Estos principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el *ius puniendi* del Estado ¿legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*-, resultan aplicables a los diferentes regímenes sancionatorios establecidos ¿penal, disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario-, o que se establezcan por el legislador para proteger los diferentes bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas" C-233/02.

Comparando la actividad sancionadora en lo administrativo con el proceso penal, la jurisprudencia señala que son expresiones de la facultad punitiva del Estado y aunque persiguen fines diferentes, como el adecuado funcionamiento de la administración pública y el restablecimiento del orden social, en ambos casos deben respetarse las garantías del debido proceso. En este sentido expresa:

"El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva ¿*nulla poena sine culpa*-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in idem* y de la analogía *in malam partem*, entre otras." T 145/93."

Dentro de las garantías constitucionales del debido proceso sancionatorio, cobran especial importancia los principios de igualdad, celeridad y caducidad de la acción, que imponen a la administración el deber de actuar diligentemente y preservar las garantías de quienes se encuentren sometidos a investigación.

La caducidad, tiene por objeto fijar un límite en el tiempo para el ejercicio de ciertas acciones, en protección de la seguridad jurídica y el interés general, pues, la expiración del plazo fijado en la ley da lugar al fenecimiento del derecho de acción.

Si se entendiera que la interrupción de la caducidad ocurre por la actuación discrecional de la administración, dictando en unos casos la resolución con la sanción, mientras que en otros agota las etapas de la vía gubernativa, se vulnerarían los principios de celeridad e igualdad al prolongar, a su arbitrio, la situación jurídica del investigado. Se desconocería, también, la garantía de la caducidad, en virtud de la cual "*los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios*" (C-233/02).

En materia de caducidad de la sanción administrativa, el artículo 52 del C. P.A.C.A., al prever como norma general un término de tres años para imponer la sanción, el que se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho que dio lugar a la investigación; se está refiriendo a la decisión ejecutoriada mediante la cual la administración ejerció la facultad sancionadora, pues, únicamente el acto en firme permite su ejecución, ya que los recursos, conforme al artículo 55 *ibidem*, se conceden en el efecto suspensivo.

Por tanto, no puede separarse el acto que pone fin a la actuación administrativa, del que decide los recursos en la vía gubernativa, para concluir que la sola expedición y notificación de la primera decisión es suficiente para interrumpir la caducidad de la

acción, pues en este momento procesal aún no hay decisión en firme constitutiva de antecedente sancionatorio.

En definitiva, una vez el acto administrativo adquiere firmeza, es suficiente por sí mismo para que la administración pueda ejecutarlo, (art. 89 C.P.A.C.A.) y sólo entonces puede afirmarse que el administrado ha sido "Sancionado", con las consecuencias que de ello se deriven.

Por otro lado, es procedente traer a colación el concepto No. 313 de 1989, en el que ésta Sala precisó las diferencias entre las nociones de caducidad y prescripción, que resultan útiles para definir la viabilidad jurídica para que la administración declare de oficio la caducidad en los procesos sancionatorios que dentro de los tres (3) años previstos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no cuenten con una decisión ejecutoriada.

"(...) La diferencia esencial entre la caducidad y la prescripción consiste en que la primera atañe a la acción y la segunda a la pretensión; aquella se refiere al término prescrito por la ley para acudir a la jurisdicción y ésta al necesario para adquirir o extinguir un pretendido derecho.

El término de caducidad es de orden público. Dispuesto por la ley, se cumple inexorablemente y no puede ser suspendido, renunciado o prorrogado por voluntad de un particular.

La prescripción por el contrario, puede o no ser alegada; es posible renunciarla, suspenderla o interrumpirla y, en cuanto al fondo, su finalidad consiste en adquirir o extinguir un derecho. La prescripción, a diferencia de la caducidad, no es procesal ni de orden público, sino particular y relativa al fondo de la controversia.

En los procesos disciplinarios sólo es posible la caducidad de la acción, comúnmente conocida como prescripción, que se cumple con la terminación del plazo prescrito por la ley para adelantar y definir la investigación disciplinaria.

En otros términos, los procesos disciplinarios tienen exclusiva finalidad de interés social y mediante ellos no se controvierten sobre derechos particulares que pudieren prescribir. En ellos sólo es posible la caducidad de la acción. (...)" (Resalta la Sala).

La caducidad es una actuación de orden público, a través de la cual, el legislador establece un plazo máximo para el ejercicio de la facultad sancionadora de la administración, que tiene como finalidad armonizar dicha potestad con los derechos constitucionales de los administrados, no hay duda de que su declaración procede de oficio. No tendría sentido que, si en un caso específico, la administración advierte que ha operado el fenómeno de la caducidad, no pudiere declararla de oficio, y a sabiendas continúe con la actuación que finalmente, culminará en un acto viciado de nulidad por falta de competencia temporal de la autoridad que lo emite.

De conformidad con lo previamente anotado y bajo el deber de las entidades para aplicar en los procedimientos administrativos las normas que favorezcan al administrado, considera este Despacho que con la aplicación de la tesis restrictiva, se da cumplimiento a dicho principio constitucional, como quiera que la Administración solo podrá ejercer su facultad sancionatoria en un término no mayor de tres años, contados a partir de la ocurrencia del último o acto constitutivo de sanción hasta la firmeza del acto administrativo por el agotamiento de la vía gubernativa.

En el caso bajo estudio, se tiene entonces que se ejecutaron unas obras consistentes en "...remodelaciones de unos apartamentos en el segundo piso...", sin embargo, esta entidad concluye que de dicha conducta se tuvo conocimiento a partir de la fecha de visita de inspección que fue llevada a cabo el día 24 de agosto de 2016, motivo por el cual a la fecha de expedición de este acto administrativo se encuentra configurado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración frente a la infracción urbanística por la construcción realizada en el predio ubicado el sector del centro Avenida Costa Rica Edificio Big Point.

En consecuencia, es procedente declarar la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la infracción al régimen y de obras, por la construcción adelantada en el inmueble referido, en aplicación de la tesis que mejor garantiza los derechos fundamentales de los interesados en la actuación, como quiera que es la posición

jurídica adoptada por la Secretaría de Planeación Departamental, como se explicó anteriormente.

Y en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la infracción al régimen urbanístico por las obras ejecutada presuntamente por el señor **MOHAMED KAMEL SALEH**, ubicado en sector centro Avenida Costa Rica Edificio Big Point.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNÍQUESE, el presente acto administrativo a la parte interesada y los terceros determinados e indeterminados de conformidad con los artículos 37 y 38 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición y/o apelación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de conformidad a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Se insta al señor **MOHAMED KAMEL SALEH**, que se abstenga de realizar cualquier actuación urbanística en el inmueble ubicado en el sector centro Avenida Costa Rica Edificio Big Point, o cualquier otro sector de esta isla, sin contar previamente con la licencia correspondiente o en contravención a la misma, acogiéndose a los lineamientos de las normas urbanísticas.

ARTÍCULO QUINTO Una vez en firme la presente decisión, ordenar el Archivo de la actuación Administrativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en San Andrés Isla, a los

27 MAY 2020


BARTOLOME TAYLOR JAY
Secretario de Planeación

Proyectó: J. Amaris
Revisó y Aprobó: Taylor Jay
Archivó: A. Brackman.

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

En San Andrés Isla, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a los _____ () días del mes de _____ de 20__ siendo las __: __ de la _____, se notificó personalmente al señor (a) _____ identificado (a) con la cédula No. _____ expedida en _____, del contenido del **Acto administrativo** _____ No. _____ De fecha _____ () del mes de _____ del año 20___. De la cual se le entrega copia autentica en _____ folios útiles y escritos.

EL NOTIFICADO

EL NOTIFICADOR

2000

10