

# Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho

## La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de licencia urbanística

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. La problemática en el contexto del derecho urbanístico y territorial. A. Principio de la función social y ecológica de la propiedad. B. El principio de interés general y el concepto de prevalencia de éste sobre el interés particular. C. Principio de participación democrática. D. Principio de la función pública del urbanismo. II. La ruptura individualista en la decisión urbanística. A. El procedimiento administrativo y la decisión administrativa de contenido individual, clásico, como desarrollo de los derechos subjetivos individualistas. B. La ruptura de los conceptos clásicos de procedimiento administrativo y de decisión administrativa subjetiva e individualista, y su consolidación bajo consideraciones del Estado social y democrático de derecho en razón del respeto y la sujeción a los intereses colectivos y difusos en materia urbanística. 1. Los primeros pasos hacia

1 Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

la ruptura. 2. La doctrina jurídica y el abandono del individualismo. Forsthoff y Duguit. 3. La consolidación de la ruptura bajo consideraciones del Estado social y democrático de derecho. Sus efectos frente al derecho urbanístico. a. El principio de la solidaridad en la base del modelo. b. El principio del orden económico y social justo en la base del modelo c. El respeto y la sujeción a los intereses colectivos y difusos en materia urbanística para la construcción de un concepto de procedimiento y de decisión o licencia urbanística, como desarrollo del modelo. III. La consolidación de un concepto de licencia urbanística, entre la decisión subjetiva y la de efectos colectivos en el ámbito de la aplicación de las reglas establecidas en el derecho territorial y urbanístico. A. La licencia: un concepto complejo. B. La licencia y la autorización administrativa. C. La licencia: limitaciones normativas, autorización. D. Aproximación a un concepto de licencia. 1. Presencia de la administración pública ordenadora. 2. Ejercicio de la función pública administrativa de control previo y decisorio reglado, discrecional. Conceptos jurídicos indeterminados. 3. Efectos del acto de licencia. E. El concepto de licencia urbanística. F. La licencia en el derecho urbanístico y territorial colombiano. 1. Carácter participativo y democrático del procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas. a. La licencia como verificación de reglas. b. La licencia urbanística y el debate entre los derechos subjetivos y los colectivos o difusos. c. La licencia como un acto de intervención y verificación previa. d. Licencias urbanísticas y legalidad. Sujeción a los planes de Ordenamiento Territorial y a las normas ambientales. e. La licencia urbanística: simple autorización o generadora de derechos. IV. Conclusiones

Problema jurídico: Mediante el presente escrito se pretende responder al interrogante de si las consideraciones clásicas que sustentaban el procedimiento administrativo y el acto administrativo de contenido personal, individual o concreto en razones de interés subjetivo individualista subsisten bajo las condiciones y los parámetros del Estado social y democrático de derecho, frente a las decisiones administrativas otorgantes de licencias urbanísticas. Lo anterior, en el entendido de que constituyen presupuestos insoslayables de la concepción social y democrática del Estado, que irradian y permean al derecho urbanístico y territorial, el reconocimiento de derechos colectivos e intereses difusos de la comunidad y sobre todo la posibilidad de participación en la conformación de las grandes decisiones rectoras de lo urbano y territorial, al igual que en las determinaciones concretas y específicas mediante las cuales se materializan y hacen efectivas aquellas, como en el caso del otorgamiento por las autoridades administrativas de licencias urbanísticas. En este sentido, se busca determinar el estado de cosas, no solo frente a la decisión urbanística en sí misma, en cuanto a sus contenidos y efectos frente a sus titulares, vecinos, terceros y comunidad en general, sino también en relación con los procedimientos que se deban adelantar para llegar a la correspondiente decisión.

## I. LA PROBLEMÁTICA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

El urbanístico es un derecho vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado<sup>2</sup>, mas allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio<sup>3</sup>, a la prevalencia imperativa, preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a ésta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio. El concepto de ordenamiento territorial se torna, entonces, en un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos de interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos que le permitan una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno.

El concepto de ordenamiento territorial comprende no solo el problema urbano y sus contenidos clásicos, sino también todo el conjunto de temas y acciones propios del contexto territorial y que influyen en el entendimiento y la conformación del mundo de la simple ciudad, para lo cual deben ser establecidas reglas de usos y convivencia adecuadas, oportunas y coherentes. El ordenamiento del territorio es comprensivo, general; constituye la dimensión espacial de toda actividad pública y privada, individual o colectiva, que se pretenda sobre este. El concepto de lo urbano es ante todo específico y concreto, aunque vinculado uno y otro concepto en aras de la integración sistemática de la ciudad y lo rural y de estos con el contexto general del territorio<sup>4</sup>.

2 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, Mendoza, Ciudad Argentina, 1986, pp. 42 y ss.

3 TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Abella-El Consultor, 1995, p. 16. El concepto de lo *urbanístico*, sostiene este autor, resulta a todas luces confuso frente a las realidades de los fenómenos que pretende abarcar. Lo urbano se refiere a la ciudad, sin embargo la ciudad no es el objeto único del fenómeno urbano frente a los adelantos conceptuales y normativos de la actualidad. Desde el punto de vista naturalístico y de la normatividad reciente, el objeto del urbanismo se ha reconducido a la problemática territorial, a las relaciones de la ciudad y del campo. En consecuencia, el urbanismo no puede ser otra cosa que un concepto englobador e integrador del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra y del suelo su eje operativo.

4 SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. *Urbanismo y ordenación del territorio*, Navarra, Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2004, p. 27. De manera concreta, este autor, acudiendo a las concepciones depuestas en los diferentes ordenamientos jurídicos territoriales de las comunidades españolas y sobre todo a partir de los trabajos jurisprudenciales constitucionales de aquel país, propone como concepto genérico en esta materia el de ordenación del territorio y específico el de urbanismo. En este sentido, se indica lo siguiente: "[...] La ordenación del territorio persigue fijar los destinos y usos del espacio físico en su totalidad, así como ordenar y distribuir

Reconducido en estos términos, el derecho urbanístico o territorial propiamente dicho adquiere profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara estirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado social de derecho, esto es, comprometido mediante la acción administrativa propia del ejercicio de poder público en la realización de los cometidos indispensables para garantizar los intereses colectivos y sociales sobre los estrictamente individualistas, los cuales son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio.

En esta dirección, el urbanismo parte del hecho evidente de que el Estado, en especial las autoridades locales, tiene un papel estelar y sustancial para la satisfacción de los intereses generales sustentadores de los derechos colectivos e intereses difusos comprometidos en su objeto, para lo cual se reconoce al orden estatal facultades y poderes de ordenación de carácter económico interventor bajo razones de equidad social e intervención sobre todos los factores incidentes en la realización plena de los propósitos de convivencia equilibrada y ponderada en el territorio. Dicha convivencia se concreta en materias como la intervención sobre la propiedad, las actividades particulares mediante la exigencia previa de licencias y permisos, la acción pública y la planeación, la enajenación forzosa en pública subasta, la enajenación voluntaria y expropiación judicial o administrativa y la imposición de sanciones urbanísticas a los infractores del orden jurídico, entre otras acciones públicas en la materia.

Desde la perspectiva del Estado democrático, es connatural al derecho urbanístico la intervención material de la comunidad en los procesos públicos y administrativos de conformación de las normas urbanísticas de planeación y en trámite de las licencias y permisos de esta misma naturaleza. El derecho surgido de la intervención y la ordenación administrativa respeta profundamente la participación, la concertación, el pluralismo y las diferencias sociales de todo género para efectos de alcanzar los niveles adecuados para la convivencia sobre el territorio. Es característica del derecho territorial la presencia de veedores ciudadanos resguardando los intereses públicos y en fin de agentes ciudadanos defendiendo los derechos colectivos y difusos, al igual que de titulares de intereses meramente subjetivos que puedan verse afectados con las resultas de los trámites administrativos urbanísticos.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, reconocemos que el ordenamiento del territorio se sustenta en los siguientes principios: función social y ecológica de la propiedad y distribución equitativa de las cargas y los

beneficios; prevalencia del interés general sobre el particular; participación democrática y función pública del urbanismo.

#### A. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

La garantía constitucional de la propiedad<sup>5</sup>, retomada históricamente en los contenidos normativos del clásico orden constitucional de estirpe liberal e individualista, protector de un orden subjetivo abstracto, indeterminado, libertario y absoluto, simplemente limitado por otros intereses subjetivos individualistas, en donde la intervención del legislador se limitaba simple y llanamente a asegurarla y protegerla, coordinando el actuar de sus diferentes titulares –articulador de intereses subjetivos recíprocos– con miras a evitar colisiones e interferencias lesivas<sup>6</sup>, sufre en el devenir social y económico de la humanidad, y a favor de la comunidad, transformaciones sustanciales, a partir de la configuración del orden normativo superior, fundador y sustentador del estado social de derecho.

Este nuevo orden revoluciona las viejas y abstractas estructuras absolutas de la garantía, en un instrumento material, concreto y objetivo de carácter social, volcado en torno de los derechos de la colectividad, esto es, sacrificado ahora en favor del interés público.

La magnitud de este nuevo orden de ideas y de cosas constitucionales se mantiene y consolida en la actualidad, no obstante las tendencias restauradoras de las viejas estructuras individualistas amparadas en las concepciones económicas neoliberales. El factor social constituye un elemento vinculante para la administración, que la torna en el instrumento del Estado atemperador de la presencia de estas novedosas ideas, que sutilmente imponen al mercado y a sus volátiles reglas en las bases de la sociedad.

5 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., pp. 78 y ss.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993. “[...] Lo anterior ha permitido a la doctrina construir un núcleo esencial de la propiedad como situación activa de poder abarcadora de todas las posibles ventajas derivadas del libre goce y disposición del bien, elementos que, en los términos de la definición legal, integran genéricamente el concepto de propiedad y que, dada su abstracción e indeterminación, remiten a una entelequia metafísica –innata al hombre y anterior al estado– que coloca al ordenamiento positivo ante la única alternativa de reconocerla o abjurar de la *libertad* y de la *persona*. La indeterminación de las facultades concretas que emanan de la situación de propiedad, en la práctica conduce a obtener la definición de su contenido sólo por la vía negativa, lo que equivale a decir que el propietario podrá hacer con su bien todo lo que no le esté expresamente prohibido por la ley. Es precisamente esta indeterminación, originada en la conformación de la *propiedad* como *libertad*, la que resulta protegida y reconocida por el derecho, cuyas determinaciones concretas no contribuyen a fijar el contenido de la propiedad sino sus límites, entendidos como restricciones externas y excepcionales provenientes de la esfera pública, por definición separada de la privada a la cual se atribuye la titularidad y gestión de los bienes [...]”.

El legislador, otrora pasivo en la estructuración clásica de la garantía, adquiere funciones estelares de configuración reservada bajo la concepción clásica al propietario<sup>7</sup>. La ley se ocupa ahora, dentro del nuevo marco garantístico de ascendencia social, de definir aspectos tales como las destinaciones y finalidades de los bienes y demás asuntos que le den prevalencia a la función pública y social de la propiedad; al interés general sobre el particular; y, bajo los senderos del Estado social de derecho, hacer operantes los principios de solidaridad e igualdad, en dirección al cumplimiento de la aspiración social de la distribución equitativa de cargas y beneficios frente a los propietarios.

En esta clara dirección ideológica, podemos sostener, adicionalmente, que la garantía en su configuración legal y en su ordenación y concreción administrativa conlleva un componente de orden e intervención económica, que implica, por lo tanto, entender que las decisiones legislativas y administrativas en torno a la propiedad implican la construcción de un orden socioeconómico claramente determinado constitucionalmente, en dirección a la satisfacción de los intereses de la comunidad, obviamente sin vulnerar el núcleo privado subsistente en la propiedad.

Lo anterior como resultado del reconocimiento histórico de la responsabilidad social del Estado y de su papel interventor en la economía en aras de consolidar la convivencia y el bienestar humano dentro de un orden social justo, y la aceptación de que las condiciones y exigencias socioeconómicas de la comunidad definitivamente condicionan la vigencia de la garantía de la propiedad en el modelo constitucional del Estado social de derecho.

En este contexto, la garantía constitucional de la propiedad en su versión clásica sufre una profunda ruptura en favor de lo colectivo y social, pasando a estructurarse como un concepto restringido, limitado y ordenado normativamente frente al propietario en aras del interés público y general. Nos encontramos, por lo tanto, dentro del constitucionalismo social, frente a una garantía determinada en aras de la consolidación de un sistema justo y equitativo en las relaciones entre propiedad y sociedad, en donde la labor estructuradora del legislador en esta dirección adquiere papel estelar y determinante, en cuanto condicionante normativo de las funciones ordenadoras de la administración para estos efectos.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993. “[...] No se postula una función social que deba cumplir la propiedad; ni se ordena sacrificio alguno en aras de la comunidad. Simplemente, se introduce la regla del uso racional del derecho, con el objeto de dirimir los conflictos que se suscitan entre propietarios. Hasta aquí la propiedad sigue siendo un derecho potencialmente ilimitado. De admitirse que estas regulaciones tengan el carácter de límites a la propiedad, éstos son externos a la misma, y a lo sumo reducen el ámbito o esfera en cuyo interior el sujeto sigue actuando libremente con miras a la satisfacción de sus intereses y deseos, sin necesidad de asumir una cierta conducta o perseguir determinados objetivos, pues los límites, a diferencia de las obligaciones, se sitúan en la periferia del derecho [...]”.

En este sentido, sobre las bases constitucionales explicadas, el legislador configura la garantía, y la administración, en ejercicio de las atribuciones y competencias legales, cumple el papel trascendente de ordenarla y concretarla. Así las cosas, se puede entonces sostener que la materialización real de la garantía depende de los términos y medidas que la ley concrete para la solidificación de los propósitos sociales de la misma por parte de la administración.

Ahora bien, el trabajo configurador del legislador y la operación propias de la actividad ordenadora de la administración en desarrollo de la garantía constitucional de la propiedad, dentro del modelo de Estado constitucional y social de derecho, no implican en manera alguna la consolidación de un Estado arbitrario, ni un modelo de administración desbordado en la ordenación de la propiedad, ni resulta admisible que conlleven a ello.

El trabajo legislativo en esta materia y los desarrollos operativos ordenadores de la administración se ciñen de manera estricta a los postulados del derecho, la legalidad, y fundamentalmente, a la articulación de los derechos fundamentales, tanto del propietario como de la comunidad, bajo criterios de ponderación, proporcionalidad, igualdad y, sobre todo, interdicción a cualquier posibilidad de arbitrariedad. De no entenderse en este sentido, sencillamente estaríamos ante la postulación del abuso del derecho y el reino de las vías de hecho, lesivas y desfiguradoras, todas ellas, del concepto mismo de Estado de derecho<sup>8</sup>, el cual reconocemos y admitimos sustancialmente como la base indiscutible del Estado social institucionalizado en el moderno constitucionalismo.

Como efecto directo de esta actividad ponderada y negativa de la arbitrariedad en la configuración y ordenación de la garantía de la propiedad, se deben reconocer los ámbitos de acción de los intereses estrictamente privados de los titulares de derechos de propiedad y los colectivos o titularidad general. El primero, orientado a la satisfacción del interés individual y contiene, por

8 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 102 y ss.: “[...] lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de ‘Estado de derecho’ y no Estado legal (como también el preámbulo: el ‘imperio de la ley’ es un instrumento para ‘consolidar un Estado de derecho’). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho [...] La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal [...] Esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal”.

tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia; el segundo, coincidente con la función social y determinante del carácter comunitario y solidario de la propiedad.

La construcción del sistema de la propiedad bajo el modelo del Estado social de derecho se hace precisamente sobre la base y en el entendido de la proyección social de ésta, esto entendiéndola en lo sustancial como una función social de la cual emanan multiplicidad de deberes y obligaciones de sus titulares frente a la comunidad. Es decir, se entiende la propiedad en cuanto a su vinculación con la sociedad y no ya sumida bajo contornos individualistas absolutos e inexplicables respecto de las problemáticas económicas de la sociedad, lo cual en materia urbanística adquiere especiales connotaciones<sup>9</sup>.

Así las cosas, en el nuevo marco conceptual, la propiedad, subyacente y determinante del modelo, se caracteriza por subsistir bajo el contexto atemperador del orden constitucional de lo social. Por lo tanto, el concepto de función social de la propiedad se materializa ahora en el principio de la solidaridad que llama y proclama la ruptura a la desigualdad a partir de las acciones u omisiones individualistas sobre la propiedad, que puedan enriquecer a unos y empobrecer a otros.

Por lo tanto, el concepto solidarista de función social de la propiedad invita a que se le entienda sujeta de manera permanente al contexto de la utilidad pública y al interés común por encima de razones subjetivas individualistas, esto es, constituyéndose en la columna vertebral de la garantía constitucional, en su piedra angular determinante de su alcance, lo que implica que comprenda entonces la cadena sistemática de facultades, deberes y obligaciones establecidos por la ley, para adecuarla a las necesidades comunales al igual que los valores, intereses y finalidades sociales que sus titulares deben cumplir como premisa de la atribución del correspondiente derecho y de su ejercicio.

En esta perspectiva, el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido, alcance y vincularidad al derecho de propiedad. En este sentido, el entendido de la propiedad en el contexto de lo social implica para sus titulares un régimen de coacción, y por lo tanto, la imposibilidad de realizar u omitir conductas impuestas por el derecho objetivo con miras a tutelar un interés social que trasciende al individuo. En este evento, la inobservancia de la conducta ordenada adquiere el cariz de incumplimiento y enfrenta al propietario a variadas sanciones, casi

9 Ley 388 de 1997. "Art. 38. Reparto equitativo de cargas y beneficios. En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados. Las unidades de actuación, la compensación y la transferencia de derechos de construcción y desarrollo, entre otros, son mecanismos que garantizan este propósito."

siempre inspiradas en la pérdida de legitimación social de su titularidad, que puede llevar inclusive a su extinción<sup>10</sup>.

#### B. EL PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL Y EL CONCEPTO DE PREVALENCIA DE ÉSTE SOBRE EL INTERÉS PARTICULAR

Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado de derecho, y en estrecha relación con el carácter social y económico del Estado, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de los poderes públicos, en especial de la función administrativa, el llamado principio de la prevalencia del interés general. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico responde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece, sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema, lo cual implica que la garantía de la propiedad esté sujeta de manera irreversible a este contexto doctrinal imperativo y determinante.

En esta perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Sin embargo, como se reconoce doctrinalmente, y en esto resulta fundamental para entender el papel ordenador de la administración, si bien se trata de un concepto indeterminado legislativamente, en cuanto que el legislador cuenta con una gran libertad configurativa del contenido de la cláusula de la propiedad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo, y en particular la administración pública, interviene ya –como regla general– sobre la base de la concreción legislativa del interés general, luego la actividad de ordenación es esencialmente normativa, esto en aras de la seguridad jurídica que el tema amerita.

Por esta razón, consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad. Igualmente, sus propósitos podemos encontrarlos en muchas de las expresiones que el constituyente em-

10 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

plea en el texto constitucional para referirse a las finalidades o compromisos teleológicos del Estado. Al fin y al cabo, la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

Bajo este entendido, la garantía de la propiedad implica una sujeción permanente de los intereses subjetivos a los propósitos generales e intereses de la comunidad, de manera tal que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social, esto como consecuencia inevitable de la sujeción de los poderes públicos y de los particulares al marco del interés general. De aquí se concluye que el modelo del Estado social de derecho desarrolla una garantía constitucional de propiedad que reconoce que la intangibilidad de la propiedad y de los demás derechos adquiridos con justo título no es absoluta, en cuanto que el interés público puede desplazar el derecho, lo que deja ver su anotada relatividad. Con todo, la garantía se asocia igualmente a la necesidad de que el *statu quo* sólo es modificable en virtud de una ley —no de otro acto— de las características mencionadas y a que, en principio, el sacrificio del derecho o su supresión debe suscitar el procedimiento expropiatorio y el pago de una previa indemnización<sup>11</sup>.

### C. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

En ejercicio de las diferentes actividades que conforman la acción urbanística, las administraciones municipales, distritales y metropolitanas deberán fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y sus organizaciones. Esta concertación tendrá por objeto asegurar la eficacia de las políticas públicas respecto de las necesidades y aspiraciones de los diversos sectores de la vida económica y social relacionados con el ordenamiento del territorio municipal. La participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la acción de cumplimiento, la intervención en la formulación, discusión y ejecución de los planes de ordenamiento y en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

#### D. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL URBANISMO

El derecho urbanístico, en cuanto estructura jurídica vinculada indiscutiblemente a las actividades económicas del Estado, se conserva sustancialmente como un derecho vinculado en la teoría y en la práctica a la acción pública, esto es, de los agentes estatales, para su efectiva realización. En desarrollo de este principio se pretende ante todo lograr los siguientes objetivos:

- 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;

- 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;

- Propender al 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. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

La función pública del ordenamiento del territorio se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y con la intervención en los usos del suelo. Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen<sup>12</sup>.

12 Ley 388 de 1997. Art. 8.º: “[...] Son acciones urbanísticas, entre otras: Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. 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. 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. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. 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. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente ley. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. 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.

## II. LA RUPTURA INDIVIDUALISTA EN LA DECISIÓN URBANÍSTICA

Ahora bien, sobre las anteriores bases, las autoridades administrativas deben autorizar, mediante decisiones administrativas o actos administrativos, el desarrollo y ejercicio de diversas actividades sobre el territorio. Decisiones que, como se observa, están sujetas a un marco normativo y conceptual de Estado interventor con propósitos específicos de garantía y efectividad imperativa de los límites necesarios a la acción plena de los derechos subjetivos, en aras del respeto y la prevalencia de los derechos colectivos e intereses difusos comprometidos en la actividad territorial.

Sin embargo, el asunto no resulta de un tratamiento pacífico en nuestros ordenamientos. El desarrollo del derecho urbanístico y territorial ha estado signado por connotaciones políticas, sociales y económicas que no se reflejan muchas veces en las estructuras procesales administrativas, e incluso, en el contenido mismo de los actos administrativos bajo concepciones tradicionales, lo que eventualmente genera un claro distanciamiento entre los propósitos del derecho urbanístico y la actividad efectiva de las autoridades, problema que debe ser resuelto a la luz de los fundamentos constitucionales del Estado social de derecho, aceptando definitivamente para el derecho administrativo la ruptura histórica de la concepción individualista del derecho a favor de los derechos colectivos y de los intereses difusos de la comunidad.

### A. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTENIDO INDIVIDUAL, CLÁSICO, COMO DESARROLLO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS INDIVIDUALISTAS

El acto administrativo de contenido como figura y columna central del derecho de la administración pública resulta ser, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando<sup>13</sup>, y que se consolidan en la práctica revolu-

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. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. 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. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio."

13 JOHN LOCKE. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid Espasa-Calpe, 1991.

cionaria francesa<sup>14</sup> condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789<sup>15</sup>, que sirvió de preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan, a título imperativo para la nueva conformación política<sup>16</sup>, los intereses de la clase burguesa triunfante<sup>17</sup>.

El naciente derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica<sup>18</sup>.

Definitivamente el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses<sup>19</sup>, situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determina el sentido y la necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuviesen un campo fructífero e ideal frente al despotismo y la arbitrariedad de la administración frente a esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios<sup>20</sup>.

En este contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y luego del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa<sup>21</sup>, estuvo signado por los destinos de los derechos subjetivos

14 GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 41 y ss.

15 Declaración Francesa de 1789. Art. 2: "[...] El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión [...]"

16 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 75 y ss. Puede consultarse en igual sentido y sobre todo por la proyección y el análisis sistemático del individualismo en las grandes revoluciones en especial la estadounidense, a ALLAN R. BREWER-CARIAS. *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992.

17 JOSÉ GUILHERME MERQUIOR. *Liberalismo viejo y nuevo*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 30 y ss.

18 MICHAEL E. TIGAR y MADELEINE R. LEVY. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Río de Janeiro, Zahar, 1977, pp. 185 y ss.

19 JOHN STUART MILL. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2005, pp. 126 y ss.

20 ADOLFO MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, pp. 272. Puede consultarse igualmente a MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 118 y ss.

21 ALEJANDRO NIETO. "El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas", en RAP, n.º 32, mayo-agosto de 1960, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos mediante la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales fruto de las influencias jurídico-positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones

de raigambre individualista<sup>22</sup>, lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática<sup>23</sup>.

sobre la materia en Polonia en 1926 y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. ELOÍSA CARBONELL PORRAS. "Los procedimientos administrativos en Estados Unidos", en *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, obra conjunta con JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo estadounidense: en 1946 el Congreso expidió la Federal Administrative Procedure Act (APA), aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (Model State Administrative Procedure Act) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. La idea del procedimiento aplicable a la actividad administrativa, como garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto a la legalidad y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración en procura de decisiones sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con las últimas evoluciones del Estado de derecho. Antes, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento en cuanto pugnaba con las concepciones absolutistas que enmarcaban el ejercicio de la función administrativa. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba, dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa, con la administración, por parte de las personas que pudieren resultar afectadas con sus decisiones de carácter individual. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La administración se ponía en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente al ejercicio de sus propias razones, ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones.

- 22 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., pp. 47 y ss.; 181 y ss. "[...] El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su vientre una revolución completa del derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes-y correlativamente, como se desprende, en la sociedad y en el Estado [...]"
- 23 JOSEPH LAJUGIE. *Los sistemas económicos*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 59 y 60. "[...] Preparada en Francia por los trabajos de los filósofos y de los fisiócratas, y en el extranjero por las doctrinas de MANDEVILLE y de DAVID HUME, este movimiento culminara durante la revolución Francesa, que introducirá un fermento de liberalismo y de individualismo aun en los países en donde no llegara a extender sus concepciones políticas. Los artículos principales del dogma revolucionario serán la libertad individual, la libertad de las convenciones, los derechos del hombre y del ciudadano. El régimen económico instaurado por la revolución francesa esta inspirado por estos principios liberales e individualistas. Proclamando una libertad absoluta en materia económica, cree asegurar, a la vez, la salvaguardia de todos los intereses particulares y el triunfo del interés general que sería la ruina de aquellos [...]"

Para estos efectos es importante resaltar que no obstante que en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho, surgido de la revolución, esto es el característico de finales del siglo XVIII y hasta bien entrado el siglo XX se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias<sup>24</sup>, dada la presencia de concepciones económicas individualistas que fundadas en concepciones filosóficas y económicas libertarias –*laissez-faire*<sup>25</sup>– propugnaban la libertad económica absoluta, en consecuencia la ausencia de intervención pública en los procesos propios del intercambio, comercio y las actividades productivas, lo cual tuvo incidencia directa en la construcción y concepción jurídica de los denominados derechos subjetivos, que pasaron a constituir la esencia jurídica material, por lo menos en la primeras épocas del derecho de la administración pública, del procedimiento y de la decisión administrativa.

Aunque la consolidación del individualismo, como lo explica KEYNES<sup>26</sup>, tanto en lo político como en lo económico, es definitivamente el resultado de múltiples causas, lo cierto resulta ser, desde la perspectiva doctrinal, que el trabajo que definitivamente marcó la pauta histórica para su consolidación fue la obra de ADAM SMITH<sup>27</sup> *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza*

24 PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM D. NARWHALS. *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 2002, p. 22.

25 JOHN MAYNARD KEYNES. "El final del *laissez-faire*" (1926), publicado en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Orbis, 1987, pp. 63 a 89. "[...] La máxima *laissez-nous faire* se atribuye tradicionalmente al comerciante Legendere, dirigiéndose a Colbert poco antes de finalizar el siglo XVII. Pero no hay duda de que el primer escritor que uso la frase, y lo hizo en clara asociación con la doctrina, es el marqués de Argenson, hacia 1751. El marqués fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas de los gobiernos que dejan en libertad el comercio. Para gobernar mejor, dijo, se debe gobernar menos. La verdadera causa de la decadencia de nuestras manufacturas, declaró, es la protección que les hemos dado. 'Dejad hacer, tal debiera ser la divisa de todo poder público, desde que el mundo está civilizado' [...]"

26 *Ibíd.*, p. 63.

27 ADAM SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Los sustentos de estas posiciones económicas con incidencia en el accionar de la administración pública tienen sus orígenes en los trabajos de este autor, quien propugnó el individualismo, el interés personal como motor de la economía, en consecuencia la libertad de comercio y de los negocios. La economía en su concepción se funda en la sistemática de la libertad natural, es decir se regula por su propia virtud y fuerza. Como lo expresa el profesor GABRIEL FRANCO ("Estudio preliminar" a la edición citada) al analizar este aspecto de la filosofía económica de SMITH, "[...] Es suficiente que dejemos al hombre abandonado a su iniciativa, para que al perseguir su propio interés promueva el de los demás. La naturaleza encomienda a cada uno de nosotros el cuidado de sus negocios en la inteligencia de que nadie es más capaz que el propio interesado para juzgar lo que le conviene en cada caso concreto [...]". Desde esta perspectiva, no les corresponde a los poderes públicos interferir ni regular esta libertad. El buen gobierno es el que menos interviene en la economía; por lo tanto, el que deja fluir naturalmente la iniciativa privada. En lo político-administrativo, esta premisa es traducida como el "dejar hacer y dejar pasar" (*laissez-faire, laissez passer*), conservando el Estado, en algunos casos, entre otros, tan solo

*de la naciones*, publicado en marzo de 1776, en los preludios mismos de la revolución francesa. Desde la perspectiva del ejercicio del poder estatal sobre la sociedad, la obra de Smith es clara en restringir el papel de los poderes públicos en aras de consolidar la libertad como base del individualismo y fuerza motora de las actividades económicas y sociales.

[...] Según el sistema de la libertad natural, el soberano únicamente tiene tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remunerados para el gran cuerpo social [...]<sup>28</sup>.

El soberano, entiéndase el Estado, según SMITH, debe dirigir sus actividades, funciones y atribuciones básicamente a lo anterior, que no son otra cosa que las ocupaciones más ventajosas para la sociedad, debiéndose abstener de imponer restricciones o fomentar preferencias que puedan perturbar el natural comportamiento del mercado y de las actividades humanas.

[...] En definitiva, cualquier sistema que pretenda atraer con estímulos extraordinarios hacia cierta especie particular de actividad económica una porción más importante de capital de una sociedad de la parte de la que, de una manera natural, gravita hacia ella, o con extraordinarias restricciones, desplazar violentamente a cierto género de actividad económica particular una porción del capital que, de

servicios fundamentales, defensa, policía, impuestos, en lo que se ha dado en denominar por la doctrina como el Estado simplemente gendarme. Este modelo hizo crisis y obligó a la reacción del Estado, lo que generó el modelo de Estado Social o benefactor. JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en estas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publicación del derecho, con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad. Sobre la evolución del modelo individualista y su replanteamiento en torno a modelos intervencionistas puede consultarse a ÉMILE JAMES. *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 113 a 163.

28 SMITH. Ob. cit., pp. 612 y 613.

no proceder así, se emplearía en la misma, es en la realidad subversivo o ruinoso para su principal propósito [...] <sup>29</sup>.

En cuanto a los hombres respecta, su dirección y comportamiento no puede estar determinado entonces por el Estado, sino por las fuerzas de la naturaleza y la libertad, con el propósito de lograr sus cometidos, y proporcionar de manera imperceptible y muchas veces sin saberlo satisfacciones a los intereses generales. Mediante la iniciativa privada y la competencia sin fronteras, los mercados proporcionan el mayor número de bienes y servicios útiles al hombre y la sociedad. El interés privado se transforma en la teoría de SMITH en el gran motor y promotor de la vida económica de la comunidad.

[...] Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público, ni sabe cuanto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, solo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo [...] <sup>30</sup>

[...] Proscritos enteramente todos los sistemas de preferencias o de restricciones, no queda sino el sencillo y obvio de la libertad natural, que se establece espontáneamente y por sus propios méritos. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la justicia, debe quedar en perfecta libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus capitales en concurrencia con cualquier otro individuo o categoría de personas [...] <sup>31</sup>.

La teoría del acto administrativo de contenido individual según los trabajos de los teóricos franceses del derecho administrativo <sup>32</sup> y luego la del proce-

29 *Ibíd.*, p. 612.

30 *Ibíd.*, p. 400.

31 *Ibíd.*, p. 612.

32 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y ss. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye su origen, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad individualista, de la cual es impregnada por los trabajos en esta dirección de los autores alemanes. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso-administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación fue, paradójicamente, utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y luego a la justicia

dimiento administrativo surgen, por lo tanto, en este escenario económico, que no puede desconocerse en cuanto determina las razones filosóficas y de principios que se exponen por los juristas para el desarrollo y la consolidación de estas figuras trascendentes para el derecho administrativo bajo los designios de un individualismo acentuado.

[...] Numerosas disposiciones –de acuerdo con la idea individualista en que, junto con rasgos sociales acentuados, funda el orden económico actual– ordenan la convivencia humana para atribuir al individuo una esfera de señorío sujeto a su voluntad. El interés del Estado se satisface enteramente por el hecho de que el individuo esté en condiciones de obrar sin trabas para alcanzar sus fines egoístas o, al menos, autónomos. Por consiguiente, el orden jurídico cuida de que, en principio, en esta esfera de señorío puedan verificarse modificaciones únicamente por voluntad del sujeto; solo de manera excepcional se permite la intromisión arbitraria de terceros [...] Cuando los intereses del individuo están protegidos de este modo, es decir, de acuerdo con su voluntad, tenemos un derecho individual [...]<sup>33</sup>.

El concepto de acto administrativo de contenido individual, no así el de contenido general<sup>34</sup>, surge, por lo tanto, según lo reiterado, como esencialmente

especializada de lo contencioso-administrativo. Aparece en consecuencia como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.

33 ANDREAS VON TUHR. *Derecho civil*, vol. 1, Buenos aires, Depalma, 1946, pp. 73 y ss.

34 El problema surge para la teoría del acto administrativo de manera tangencial, a partir del tratamiento de los criterios en cuestión en relación con el concepto de ley, que bajo el entendido de la existencia de leyes formales y materiales acepta que en ciertas hipótesis las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta. Por regla general, la producción legislativa, en cualquier Estado de derecho, le es atribuida por la Constitución al órgano representativo por excelencia, como lo es el parlamento o el congreso, según el caso, el cual mediante las ritualidades procesales correspondientes dicta actos legislativos generales, que son considerados por la forma como leyes en estricto sentido. Sin embargo, se acepta pacíficamente que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma Constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad; es decir que materialmente se podrían considerar leyes, pero que en razón del criterio orgánico y la ausencia de representación de quienes los profieren se les considera como mecanismos excepcionales al concepto de ley y de naturaleza administrativa; por lo tanto, actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicista denomina reglamentos, en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional,

protector de los derechos subjetivos individuales, lo cual se acentúa con los aportes de la doctrina alemana al acudir para su consolidación sustancial a los desarrollos del negocio jurídico<sup>35</sup>.

Lo anterior implica que los conceptos de procedimiento administrativo y de acto o decisión administrativa de carácter individual, personal o concreta estén arraigados a elementos jurídicos restrictivos que hacen que el mundo del proceso y de la decisión se circunscriban al contexto exclusivo del sujeto directamente interesado en las resultas de la actuación, en cuanto titular de un derecho subjetivo característicamente individualista, según las construcciones civilistas sobre la materia<sup>36</sup>, sin que se admita, en manera alguna, la presencia

no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta. Bajo estos presupuestos, la doctrina administrativista moderna sostiene que los actos de la administración pueden ser normativos y no normativos, entendiendo por los primeros el reglamento y por los segundos el acto administrativo tradicional, típica expresión o manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos individuales que no reviste las características del reglamento. En el derecho administrativo colombiano, tanto el reglamento como el acto individual son modalidades del concepto más amplio de acto administrativo; así lo ha entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Por otra parte, aunque al reglamento en cuanto instrumento para el desarrollo de la Constitución o de la misma ley se le considera también una importante fuente o fundamento sustentador del sistema administrativo.

35 ALFREDO GALLEGO ANABITARTE y otros. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 41 y ss. La doctrina alemana vincula a la determinación del contenido del acto administrativo el concepto de negocio jurídico, de aquí que se sostenga que es a partir de estas elaboraciones como debe iniciarse cualquier aproximación a esta materia. El acto administrativo, con independencia de las razones procesales de su surgimiento en el derecho francés, tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivativos francogermanos, quienes se basaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por KANT en *Fichte-Grundlagen des Naturrechts*. La teoría del acto administrativo se forma a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que le traslada al concepto elementos sustanciales como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado, es decir, fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa, respetando en todo caso el orden normativo, teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.

36 Derechos subjetivos individualistas: derechos reconocidos en la norma a un sujeto determinado y por lo tanto objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva civilista podemos destacar la conceptualización del tema a partir de los siguientes autores: LUDWING ENNECCERUS y HANS CARL NIPPERDEY. *Derecho civil*, vol. I, Barcelona, Bosh, 1953, pp. 280 y ss. "[...] El derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, según su fin es un medio para la satisfacción de intereses humanos [...]". Para FRANCESCO MESSINEO (*Manual de derecho civil y comercial*, tomo II, Buenos Aires, Ejea, 1954, pp. 8 y 9), el derecho subjetivo debe entenderse como "[...] un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto. Poder implica posibilidad de dirigir la propia voluntad de ciertas maneras determinadas; implica por lo tanto, relevancia de la voluntad del sujeto. El poder se puede manifestar: a) o como un señorío (sobre un objeto del mundo exterior), o bien, b) como una pretensión a que otro

deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

Lo máximo que se alcanza a desarrollar bajo la estructura subjetiva individualista del proceso administrativo y de la decisión administrativa es la presencia de terceros, pero con intereses directamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión, esto es, no propiamente terceros portadores de derechos subjetivos diversos, como podrían ser los de carácter

(sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de modo determinado [...]. El concepto jurídico de derechos subjetivos, bajo los parámetros del pensamiento individualista, debemos admitirlo, no ha tenido un desarrollo pacífico. Esta construcción jurídica ha estado signada por los desarrollos de diversas concepciones en torno de su naturaleza". El profesor SIMÓN CARREJO (*Derecho civil*, tomo I, Bogotá, Temis, 1972, pp. 151 y ss.) señala entre las principales posiciones y críticas doctrinales a los derechos subjetivos las siguientes: 1. *Teoría de la voluntad*: expuesta en los trabajos de los trabajos de los profesores SAVIGNY y WINDSCHEID. Concluyen que el derecho subjetivo es "[...] el poder correspondiente a una persona en virtud del ordenamiento jurídico para obrar en la esfera en la cual reina la voluntad de la misma [...]" (SAVIGNY. *Pandectas I*, 37). Para WINDSCHEID, es "[...] el poder o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico [...]" (citado por BERNARDINO CICALA. *Il rapporto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1959, p. 69). Para este autor, la voluntad en el sujeto debía ser decisiva para el nacimiento de los derechos subjetivos o para su modificación o extinción. En estos autores, el elemento de la voluntariedad de los sujetos es determinante para la existencia de los derechos subjetivos. El profesor CARREJO destaca cómo a esta línea de pensamiento se la ha criticado, en el sentido de replicar, por ejemplo a SAVIGNY que no es exacto que la voluntad sea una determinante de los derechos subjetivos en cuanto que "[...] hay seres carentes de voluntad o deficientes psicológicamente, que a pesar de ello son destinatarios de derechos subjetivos, los cuales actúan sin relación necesaria con lo volitivo [...]" (p. 152). Por otra parte, frente a WINDSCHEID, CARREJO alega que la tesis puede ser relativa, en cuanto es una verdad innegable el que "[...] en ocasiones el titular no desea ejercer su derecho, sin que este desaparezca por ello, y que hay derechos de esta índole cuya renuncia carece de efectos [...]". 2. *Teorías no voluntaristas*: entre las principales teorías en esta línea interpretativa de los derechos subjetivos encontramos la expuesta por el profesor VON IHERING (*El espíritu del derecho romano*, tomo IV), quien a partir de la noción de interés define el derecho subjetivo como "[...] intereses jurídicamente protegidos [...]", en cuanto que el "[...] derecho es la seguridad jurídica del goce [...]". Se le criticó en la medida en que para apartarse de las teorías voluntaristas utilizó el concepto de interés que tiene un vínculo directo con el de voluntad, en cuanto que toda "[...] tendencia volitiva de la persona se dirige a aquello en lo que tiene interés [...]". 3. *Teorías eclécticas*: se trata de planteamientos doctrinales sobre la materia que retoman los conceptos de voluntad e interés para definir el concepto de derechos subjetivos. Entre los exponentes más característicos de esta postura jurídica encontramos al profesor JELLINEK. 4. *Teorías positivistas*: Se desprenden de los trabajos de la teoría pura del derecho formulada por HANS KELSEN, quien propugna un concepto de derechos subjetivos, entendido como una atribución de un derecho que conlleva atribución de un poder o competencia vinculado a la idea de deber jurídico, esto es, admitiendo que "[...] la conducta de un individuo prescrita en un orden social es aquella a la que este individuo está obligado. En otras palabras: un individuo tiene el deber de comportarse de determinada manera cuando esta conducta es prescrita por el orden social [...]. El derecho subjetivo envuelve un interés jurídicamente protegido, se trata de un permiso positivo de la autoridad" (*Teoría pura do direito*, Sao Paulo, Martin Fontes, 2000, pp. 140 y ss.).

colectivo o difuso que eventualmente hubieren entrado en conflicto con el interés subjetivo principal de la discusión.

Esta última hipótesis, a la luz del individualismo jurídico, en nuestra opinión, es bastante difícil de concebir, de aquí que los desarrollos normativos en la materia, sobre todo los contenidos en las normas rectoras de los procedimientos administrativos, nos muestren estructuras procesales y de la decisión administrativa radicalmente impregnadas de la idea motora de un proceso y una decisión tendiente a la creación, adición, modificación, alteración, revocación, etc., de derechos subjetivos y no de otra naturaleza.

El gran avance en la materia, bajo esta concepción ideológica jurídica, es la del tercero interesado en el derecho subjetivo central que pueda resultar afectado por las resultas del proceso, y esto es así en la medida en que el subjetivismo individualista que caracterizó los primeros momentos de la disciplina del derecho administrativo no avanzó en torno a la identificación y aceptación de intereses y derechos colectivos o difusos en cabeza de la generalidad de los asociados, que pudieran eventualmente entrar en conflicto con los intereses subjetivos del individuo; de ahí esta caracterización cerrada y excluyente de los procedimientos y de las decisiones administrativas.

Las normas de procedimientos y de decisiones administrativas personales y concretas, sumidas en esta forma del pensamiento jurídico, se hartan de proclamar principios tendientes a defender conceptos como los de legitimidad, parte interesada, interés personal, terceros interesados directos en las resultas del litigio subjetivo, particulares afectados de manera directa, notificación personal al interesado, etc.

En esta medida, a título de conclusión parcial del presente estudio, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que la decisión administrativa relativa a licencia urbanística en los anteriores escenarios doctrinales no podía ir más allá del derecho sustancial en discusión dentro de un procedimiento administrativo como lo era el subjetivo individual. Esto es, la decisión urbanística debía guardar lógica con la naturaleza del derecho subjetivo, entendiéndose entonces la decisión urbanística o licencia como un acto eminente subjetivo relacionado con los derechos individuales del interesado, mas de manera alguna relativo a los asuntos e intereses de la comunidad, la cual para estos efectos no era un sujeto actuante procesalmente, ni mucho menos una parte reconocida como portadora de derechos e intereses como los colectivos o difusos. Así las cosas, intentar operativamente una conceptualización de licencia urbanística bajo los conceptos individualistas nos llevaría tener que aceptar que ella sería ante todo una manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas urbanísticas, tendiente a la producción de efectos jurídicos individuales y concretos en los derechos subjetivos del sujeto interesado en la actividad urbanística.

**B. LA RUPTURA DE LOS CONCEPTOS CLÁSICOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE DECISIÓN ADMINISTRATIVA SUBJETIVA E INDIVIDUALISTA, Y SU CONSOLIDACIÓN BAJO CONSIDERACIONES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN RAZÓN DEL RESPETO Y LA SUJECCIÓN A LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN MATERIA URBANÍSTICA**

**1. Los primeros pasos hacia la ruptura**

Las concepciones individualistas del derecho administrativo sustentadas en la defensa radical de los derechos subjetivos, desde sectores doctrinales anteriores a la misma revolución, sufrieron sus primeras arremetidas<sup>37</sup> en aras de un Estado y en consecuencia de un derecho con vocación en lo social, en donde, si bien es cierto, no se abandonara al individuo como centro de la acción pública, sí se le diera al hombre los suficientes instrumentos para garantizar su supervivencia, lo que en épocas posrevolucionarias se retoma, reconociéndosele a la administración suficientes poderes para acudir en su ayuda y asistencia, lo cual evidentemente influye en la motivación y razón de ser de las decisiones administrativas, que ahora se justifican en la medida en que logren los propósitos de interés general que determinan sus finalidades. Desde la perspectiva urbanística, se comienza de esta manera a vislumbrar la posibilidad de que los asuntos relativos a esta materia puedan involucrarse desde la perspectiva de lo social.

El paso histórico que lleva al abandono del exceso de individualismo y, por lo tanto, a la revisión de las concepciones limitativas del papel interventor del Estado y, en consecuencia, de la administración en la problemática social, se produce al reconocer al Estado como administrador de servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a otras necesidades sociales no cubiertas por el hombre individualmente considerado, ni mucho menos por la iniciativa privada. Surge de esta manera la seguridad social a cargo del Estado, haciendo de éste el gran responsable de respuestas a la problemática social. En la realidad de las cosas, de un simple Estado inactivo en lo social y prestacional, se pasó en poco tiempo a uno administrador de servicios públicos y con el mismo impulso y motivación a otro administrador, prestacional y asistencialista, es decir, como lo identifica algún sector doctrinal, se llegó por obra de la dialéctica social a un verdadero Estado administrativo<sup>38</sup>, en virtud

37 JEAN JACQUES ROUSSEAU. *El contrato social*, Madrid, Tecnos, 1998.

38 SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, Turín, Einaudi, 1991, pp. 10 y 11. Si bien es cierto que la doctrina alemana desarrolló el concepto de Estado administrativo para identificar el papel estelar y principal que el poder ejecutivo había adquirido en el régimen intervencionista, CASSESE se opone rotundamente a tal denominación con argumentos estrictamente gramaticales y jurídicos. Los primeros, en cuanto a la carencia de un concepto cierto y adecuado de Estado, y los segundos, en la medida en que la administración no está incorporada como tal en el derecho positivo.

de su ostensible crecimiento y fortalecimiento de las responsabilidades de esta función pública ejecutiva<sup>39</sup>.

Lo anterior fue así en la medida en que lo que se evidencia de la evolución del sistema capitalista de frente al Estado de derecho es que la realidad social, política y económica que siguió al surgimiento de la institucionalización del poder se caracterizó por sus altos grados de conmoción, decadencia y crisis del capitalismo burgués clásico y de su sistema político. La explotación desmedida de los trabajadores, el crecimiento desordenado de los conglomerados urbanos, los índices de pobreza y desatención a todos los niveles de la población, la expansión incontrolable del capitalismo industrial en detrimento de las condiciones de vida de los trabajadores y el rápido aumento de la población en condiciones de miseria motivaron la reacción del Estado, que asumió un papel protagónico<sup>40</sup> ante la crisis, fortaleciendo su aparato administrativo, en

39 BRUNO SOGGIA. "Capitalismo", en NORBERTO BOBBIO e INCOLA MATTEUCCI. *Diccionario de política*, México, Siglo Veintiuno, 1985, tomo 1, pp. 210 y ss. La posición política y funcional pasiva y neutral del Estado liberal de derecho correspondió en lo económico a la consolidación del capitalismo de la revolución industrial radicalizado en sus concepciones de libre mercado y competencia, regulados exclusivamente por las leyes de la oferta y de la demanda, fenómeno que en el caso inglés comprende el periodo de 1783 a 1802; en Francia, entre 1830 y 1860; en los Estados Unidos, entre 1843 y 1860; y en Alemania, entre 1850 y 1873. LUCIANO PELLICANI. "Estado de bienestar", en BOBBIO y MATTEUCCI. *Diccionario de política*, cit., p. 614. El surgimiento del Estado de bienestar constituyó la natural reacción política y jurídica en defensa de la igualdad frente al inhumano mercado autorregulado, donde no existían hombres, valores morales ni sentimientos, sino mercancías, en consecuencia generador de pobreza, miseria, desocupación y alineación. El Estado, en consecuencia, se transforma en garante y en actor de una justicia distributiva, de la seguridad, del pleno empleo y regulador de los abusos en el mercado.

40 La crisis del capitalismo monopolista se dio indistintamente en todos los continentes y fue enfrentada con claras e indiscutibles medidas de intervención económica mediante la acción estatal. Uno de los países ejemplo en adopción de estas medidas fue Estados Unidos de América. Para el seguimiento de las políticas de intervención en este país puede consultarse: JAMES. *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, cit., pp. 113 a 163. Ejemplo indiscutible del papel actuante que debió asumir el Estado se puede observar en la gran crisis estado-unidense de los años veinte y treinta del siglo XX, que llevó a la adopción de decisiones políticas y económicas dentro del denominado *New Deal* del presidente ROOSEVELT y que tuvo como fundamento los trabajos del economista y profesor JOHN MAYNARD KEYNES. El gran compromiso del ex gobernador de Nueva York al asumir la presidencia de aquel país consistió en sacarlo de la peor depresión de su historia, para lo cual el sistema económico de la libertad no le brindaba mayores instrumentos. Acudiendo a los trabajos económicos de KEYNES, decidió abandonar las ideas del *laissez faire* y del Estado limitado e inactivo, postulando principios económicos que proponían en su reemplazo una administración activa, actuante, gestora, interventora en la economía en procura de la estabilización y mejora de los intereses generales. En concreto, el autor resume así los procedimientos o propuestas keynesianos de intervención (pp. 279 a 284): 1. intervención del Estado mediante una política de expansión de la economía, es decir, dictar las normas suficientes para garantizar suficiente circulación de dinero y mantener la tasa de intereses lo más baja posible; 2. aumento de las inversiones públicas, ejecutando grandes obras que promuevan el empleo y

consecuencia poniéndose en una posición de prestador de servicios y benefactor, garantizando condiciones mínimas de existencia<sup>41</sup>, haciendo presencia y asistiendo a todos aquellos sectores sensibles de la sociedad, interviniendo, regulando, controlando la economía, actuando ante la ausencia de gestión mediante las decisiones administrativas<sup>42</sup>.

La administración, que hasta ahora había mantenido un perfil de simple garantizadora del orden, se transforma en un sujeto actuante y decisivo para el bienestar público: crea, en consecuencia, los mecanismos institucionales indispensables para cumplir con estos nuevos cometidos, y refleja en sus decisiones esta nueva dirección de su actividad finalística. Como consecuencia, crece no solo orgánica, sino también funcional y laboralmente; penetra sectores hasta entonces inexplorados y en muchos casos reservados a la iniciativa privada; desarrolla mecanismos empresariales e industriales y adopta figuras societarias mediante de las cuales se orientan recursos públicos para satisfacer las crecientes necesidades de la comunidad, buscando de esta forma acercarse al sector productivo de la sociedad incentivando el beneficio general y asumiendo incluso la prestación directa de servicios generales a los

que en consecuencia garanticen el poder de compra de los contratados para estos efectos; 3. redistribución del ingreso en beneficio de las clases más gastadoras, rompiendo de esta manera con los rentistas y agiotistas; 4. intervención del Estado mediante políticas proteccionistas de la economía. Puede consultarse igualmente a FRANÇOIS CHATELET y EVELYNE PISIER-KOUCHNER. *As concepções políticas do século XX. História do pensamento político*, Río de Janeiro, Zahar, 1983, pp. 151 y ss.

41 ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 61, 63 y 65. Por otra parte, debemos agregar que históricamente el primer país que introdujo responsabilidades benefactoras o de Estado de bienestar fue Alemania, en la época de OTTO VON BISMARCK, donde a finales de los años ochenta del siglo XIX creó un amplio sistema de seguridad social.

42 KEYNES. "El final del *laissez-faire*", cit., pp. 81 a 86. "[...] Creo que, en muchos casos, la medida ideal para la unidad de control y organización esta situada en algún punto entre el individuo y el Estado moderno. Sugiero, por tanto, que el progreso radica en el aumento del reconocimiento de los cuerpos semiautónomos dentro del Estado —cuerpos cuyo criterio de acción dentro de su propio campo es únicamente el bien público, tal como ellos lo entienden, y de los cuales están excluidos los motivos de reflexión de interés privado; aunque todavía pueda ser necesario dejarles algún lugar, hasta que el ámbito del altruismo de los hombres se amplíe al interés de grupos particulares autónomos dentro de sus limitaciones prescritas, pero que están sujetas en ultimo termino a la soberanía de la democracia expresada a través del parlamento [...]. Debemos tender a separar aquellos servicios que son técnicamente sociales de aquellos que son técnicamente individuales. La agenda del estado más importante no se refiere a aquellas actividades que los individuos privados ya están desarrollando, sino a aquellas funciones que caen fuera de la esfera del individuo, aquellas decisiones que nadie toma si el estado no lo hace. Lo importante para el gobierno no es hacer cosas que ya están haciendo los individuos, y hacerlas un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquellas cosas que en la actualidad no se hacen en absoluto [...]"

cuales la doctrina termina denominando servicios públicos, en virtud de su carácter prestacional y de interés de la comunidad <sup>43</sup>.

Las alteraciones políticas y sociales generadas por el capitalismo industrial y por la economía de mercado circunscrita exclusivamente a las leyes del mercado repercutieron en el ámbito del derecho, generaron reacciones profundas en las consideraciones y percepciones jurídicas de los fenómenos económicos y sociales, esto es, suscitaron, como lo habíamos advertido, transformaciones jurídicas inevitables, principalmente para el derecho público administrativo, que tuvo que asumir la elaboración de novedosos conceptos, principios y reglas frente a las responsabilidades atribuidas a las administraciones públicas.

## 2. La doctrina jurídica y el abandono del individualismo.

### FORSTHOFF y DUGUIT

No en vano autores como DUGUIT en Francia y FORSTHOFF en Alemania proclamaron y reivindicaron para el objeto del derecho administrativo y por lo tanto de sus decisiones o actos generales y particulares, todas aquellas materias acrecidas por la administración pública, en razón de la problemática económica y social y que la vinculaban de manera directa con el cumplimiento de los propósitos estatales, en especial el de la atención y asistencia al interés general. “[...] *Allí donde hay Estado* –declara FORSTHOFF en su tratado de derecho administrativo– *hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, también una ciencia del derecho administrativo* [...]”<sup>44</sup> De esta manera, se abrían las puertas en el derecho público alemán a lo que vino a ser la teoría jurídica sociológica de la procura existencial, en cuya base estaban sin lugar a dudas prestaciones básicas de la población<sup>45</sup>.

43 FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 65. La administración moderna, sostiene este autor, traspasó los límites tradicionales de la soberanía y del funcionalismo propio del ejecutivo del Estado liberal clásico, asumiendo sectores económicos y productivos en nombre del interés general y para brindarle respuestas claras y efectivas a una comunidad desprotegida. En este sentido, nos encontramos ante “[...] *un cometido político de la más alta importancia* [...]”, que debe ser mantenido con el fin de afirmar a la administración como un cuerpo eminentemente de acción.

44 *Ibíd.*, p. 70.

45 *Ibíd.*, pp. 61 a 68; 96 a 119; 473 a 480. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, en *RAP*, n.º 38, mayo-agosto de 1962. Puede consultarse así mismo JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, tomo I, pp. 97 a 101. La administración, explicada desde la perspectiva de la procura existencial, va mucho más allá de las simples estructuras liberales del Estado clásico de derecho. El concepto de libertad garantizada es otro: el del hombre en comunidad, retribuido en su espacio vital. La administración y el Estado se explican mediante conceptos de participación y prestación, que superan incluso el de intervención. La administración no se agota en simples intervenciones, sino que debe procurar acciones

Desde la perspectiva doctrinal, el más destacado constructor de las bases para la construcción de un derecho administrativo marcado por tendencias sociales y no estrictamente individualista fue el profesor LEÓN DUGUIT<sup>46</sup>, quien a partir de la teoría de los servicios públicos estructuró las bases de un derecho social. En su densa obra<sup>47</sup> avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación de la ruptura al individualismo jurídico, desarrollando toda una concepción ideológica de amplias repercusiones jurídicas, políticas y sociales, frente a los derechos subjetivos, a la economía clásica y principalmente a las concepciones de poder público<sup>48</sup>

mucho más directas y decisivas en la solución de las deficiencias sociales y en el restablecimiento de los espacios vitales rotos por la complejidad del mundo moderno. FORSTHOFF ejemplariza este nuevo contexto que debe enfrentar el Estado a través de la administración, enfatizando la incidencia de la conmoción social sobre el mismo. La fuerza irresistible de los acontecimientos sociales provocada por la expansión técnico industrial, el desarrollo casi sin transición al régimen de gran ciudad; el rápido aumento de la población multiplicada en el curso de un siglo; los movimientos migratorios; la aglomeración de grandes masas de población en espacios reducidos, todos estos factores han influido consecuentemente y necesariamente en el Estado, llevándolo a afrontar una penosa realidad sociológica: la ostensible reducción de los niveles de vida y la imposibilidad de sus ciudadanos de subsistir tanto en sus espacios vitales individuales como en los comunitarios, que se degradan cada vez más.

46 GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", en *Reda*, n.º 26, julio-septiembre de 1980. Los servicios públicos, como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor LEÓN DUGUIT, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del derecho público francés —indica GARCÍA DE ENTERRÍA— constituyó la más brillante de la historia. La época de "[...] madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes ballazgos, sobre todo jurisprudenciales del siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado". DUGUIT significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que "[...] desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público [...]". En este sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de GASTÓN JÉZE el que consolida la teoría del "servicio público" en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

47 En diferentes textos, LEÓN DUGUIT mantiene su línea expositiva e ideológica sobre el concepto de poder, soberanía y servicios públicos. En diversas ediciones pueden consultarse tanto su *Manual de derecho constitucional* como el *Tratado de derecho constitucional*. Ahora bien: en donde se profundiza sobre las razones de sus planteamientos es en los escritos conocidos como las "transformaciones", que constituyen un conjunto de libros sobre las transformaciones del Estado, el derecho público y el derecho privado, obras traducidas al español por el tratadista español ADOLFO POSADA y públicas por la famosa librería de FRANCISCO BELTRÁN de Madrid en los inicios del centenario pasado. Las dos últimas obras fueron recogidas en un solo tomo por la editorial Heliasta de Buenos Aires en 1975 bajo el título de *Las transformaciones del derecho (público y privado)*.

48 Sobre las características y el alcance de la concepción del derecho administrativo bajo el criterio de "poder público" desarrollada principalmente por MAURICE HAURIUO (*Précis de*

como determinantes del derecho público administrativo. Su propuesta parte de entender al hombre como un fenómeno social, vinculado y obligado en consecuencia frente a la comunidad, en contraposición evidente y clara a las teorías individualistas:

[...] La doctrina individualista no puede admitirse, a nuestro juicio, porque reposa sobre una afirmación a priori e hipotética. Se afirma, en efecto, que el hombre natural, esto es, el hombre considerado como un ser aislado retirado de todos los hombres, se halla investido de ciertas prerrogativas, de ciertos derechos que le pertenecen por el solo hecho de ser hombre, "a causa de la eminente dignidad de la persona humana", según la expresión de HENRI MICHEL. Y esta es una afirmación puramente gratuita. El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia, respecto de los demás hombres, y en posesión de derecho fundados en esta misma libertad, en esta independencia misma, es una abstracción sin realidad alguna. De hecho, el hombre nace ya miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad, y no puede vivir más que en sociedad, y el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del derecho, aunque sea, como debe ser, el hombre natural, no es el de ser aislado y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo ligado, desde su nacimiento, con los lazos de solidaridad social. Lo que se debe, pues, afirmar, no es que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sino más bien que nacen miembros de una colectividad y sujetos, por este solo hecho, a todas las obligaciones que implican el mantenimiento y el desenvolvimiento de la vida colectiva [...]<sup>49</sup>.

*droit administratif et droit public*, Sirey, París 1933), puede consultarse a JEAN RIVERO. *¿Existe un criterio de derecho administrativo? Páginas de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, Temis, 2002, p. 27. Igualmente, a PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1984, pp. 99 y ss.; SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, tomo I, p. 100. "El criterio de las prerrogativas públicas como conceptualizador de la administración y del derecho administrativo, e incluso del derecho público en general, se estructura a partir de los trabajos del profesor y decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, Maurice Hauriou. En un plano histórico, sus ideas significaron, desde una perspectiva eminentemente jurídica, la negación de los fundamentos teóricos finalísticos de la Escuela de Burdeos. Como lo indicamos en su oportunidad, mientras que para Duguit la administración pública era un fenómeno de servicios, para Hauriou, edificador del criterio *puissance publique*, lo era de poder público. La concepción sociológica y solidarista de Duguit justificaba el Estado y el derecho público sobre la base del concepto de servicios públicos; la tesis de su contemporáneo Hauriou lo hacía sobre la base del poder público. Mientras la primera vinculaba el servicio público a las finalidades propias del Estado (comunidad organizada); la segunda enfatizaba que lo importante y trascendental para la administración y su derecho no era tanto el fin mismo, sino los medios utilizados para alcanzarlo (medios portadores de la *puissance publique*, que en últimas determinaban, por lo menos en derecho francés, el régimen jurídico y la jurisdicción aplicable)".

49 DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 5 y 6.

[...] Los hombres, lejos de ser iguales, son, en realidad, esencialmente diferentes los unos de los otros, y estas diferencias se advierten y resaltan tanto más cuanto las sociedades presentan mayor grado de cultura. Los hombres deben ser tratados diferentemente, por que son diferentes [...] <sup>50</sup>.

[...] Una doctrina que conduce lógicamente a la igualdad absoluta, matemática, de los hombres, es, por esto mismo, contraria a la realidad y debe rechazarse [...] <sup>51</sup>.

[...] Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes [...]. Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades y no puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres [...]. Así, pues, diremos que el hombre está unido a los demás hombres por lazos de la solidaridad social. Para evitar la palabra solidaridad, puede decirse la interdependencia social [...] <sup>52</sup>.

Frente a estos postulados, DUGUIT sustenta una concepción objetiva y social del derecho. Ideas fuerzas determinantes sujetas a los preceptos de solidaridad y de hondo contenido finalístico social, que dejan entrever todo el contenido sustancial de sus trabajos con una profunda consistencia social de efectos jurídicos inimaginables, al derivarse de toda la teoría la necesidad de reconocer la función social del Estado y de los asociados que se concreta en la prestación de servicios públicos, lo cual implica desconocer el fundamentalismo individualista y el concepto extremo de libertad y sobre todo retomar por contrario a lo social el concepto de derechos subjetivos individualizados, los cuales son disueltos prácticamente por el autor a partir del concepto de función social.

[...] ¿En que consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la

50 *Ibíd.*, p. 6.

51 *Ídem.*

52 *Ibíd.*, p. 8.

función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantizados [...] <sup>53</sup>.

[...] Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del derecho público, es en el fondo la noción de servicio público [...] <sup>54</sup>.

Ahora bien, los desarrollos doctrinales de DUGUIT se expusieron en abierta contraposición a las directrices ideológicas de los teóricos liberales. Precisamente al ocuparse de estos aspectos y criticar estas posturas sostuvo el autor lo siguiente:

[...] Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabinete de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurará normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia [...] <sup>55</sup>.

Esta construcción teórica, de cara al derecho administrativo, avanza en torno a su entendimiento como un derecho social, edificante de los principios, criterios y mecanismos para satisfacer el interés general mediante la ejecución directa, continua, ininterrumpida y en muchos casos gratuita de los servicios públicos, en la medida en que le correspondería a la administración pública asumir los costos de estos, con cargo a los impuestos públicos, en aras de la consolidación de la solidaridad o interdependencia social característica de todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo. Esta formulación objetiva del derecho que consolida una administración pública fortificada funcionalmente y, por lo tanto, un derecho administrativo objetivo, que abandona lo meramente formal para tornarse en fuente de derechos subjetivos sociales, se sustenta en los siguientes términos por DUGUIT:

53 *Ibíd.*, pp. 180 y 181.

54 DUGUIT. *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 31

55 DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., p. 35.

[...] Doctrinas del derecho social. Así calificamos a todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo, del derecho objetivo para llegar al derecho subjetivo, de la regla social para llegar al derecho individual; todas las que afirman la existencia de una regla impuesta al hombre que vive en sociedad y que hacen derivar sus derechos subjetivos de sus obligaciones sociales; todas las doctrinas que afirman que el hombre, ser naturalmente social, se halla, por eso mismo, sometido a una regla social, que le impone obligaciones respecto de los demás hombres, y que sus derechos no son otra cosa que derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libremente y plenamente sus deberes sociales [...]<sup>56</sup>.

Por otra parte, sobre la base de lo expuesto, la doctrina administrativista de la época recogió estos postulados desarrollándolos y determinando en consecuencia que admitida la existencia de un servicio público, surgían de inmediato reglas jurídicas especiales y procedimientos de derecho público, tendientes a facilitar su funcionamiento regular, continuo, rápido y completo para de esta manera satisfacer los intereses generales, bajo la premisa de que el interés particular debe ceder ante el interés general<sup>57</sup>.

Bajo estas consideraciones socio-jurídicas, desconocedoras del derecho subjetivo individual y edificadoras más bien de un derecho subjetivo de carácter social, la decisión administrativa evidentemente adquiere connotación e importancia alejada de los marcos del individualismo jurídico. Para DUGUIT, definitivamente el acto administrativo de carácter unilateral de la administración es un acto vinculado a los propósitos del servicio público, por lo tanto, sujeto a las reglas y principios propios de lo público y social. Lo social, o más propiamente, la noción social genera para el derecho, en especial para el acto administrativo, un sistema que reconoce y protege la actividad de servicio público<sup>58</sup>.

### **3. La consolidación de la ruptura bajo consideraciones del Estado social y democrático de derecho. Sus efectos frente al derecho urbanístico**

La evolución estatal hacia el modelo del Estado social de derecho corresponde a una respuesta doctrinal a la evolución anormal y crítica del capitalismo dominante en la Europa de mediados del siglo XIX, que alteró radicalmente las condiciones sociales de los pobladores del viejo continente. La industrialización, el crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción,

56 DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 7.

57 JESÉ. Ob. cit., pp. 4 a 7.

58 DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 91 y ss.

la ruptura de la capacidad de subsistencia autónoma de los individuos, el crecimiento demográfico, aunados al rompimiento de las reglas económicas del liberalismo puro, hicieron inevitable el apresurado despertar de la intervención estatal, en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema respecto de sus pobladores, situación con incidencia directa en la concepción de una garantía institucional a la propiedad, la cual no podía admitirse más como protectora de un individualismo exacerbado y absoluto, contrario a los intereses y derechos de la sociedad.

Aparecen entonces las primeras medidas de orden económico tendientes a solucionar los principales conflictos advertidos en la llamada "cuestión social". En este sentido, los primeros pasos hacia el Estado social de derecho se deducen de las iniciales actitudes intervencionistas del Estado contemporáneo, que obviamente tocan con los contenidos del clásico modelo de propiedad reconduciéndolo por los senderos de lo social.

Según lo señala PAREJO ALFONSO en las diferentes obras donde se refiere a esta materia<sup>59</sup>, la idea del "Estado social" surge y se afianza a lo largo del siglo XIX en la corriente de los pensadores socialistas democráticos europeos (no marxistas), especialmente inspirados en la obra de HERMANN HELLER (1891-1933), quien formuló su tesis por primera vez en 1930 en el trabajo titulado *¿Estado de derecho o dictadura?*, en donde plantea la necesidad para el Estado liberal de asumir un papel central y principalísimo en la atención de los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída en manos de las dictaduras despóticas.

HELLER predicaba la necesidad de que el Estado liberal de derecho se transformara en un verdadero Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido verdaderamente material que abarcara la totalidad de la "cuestión social", dentro de la cual su piedra angular era sin duda el asunto de la propiedad, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implica reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos<sup>60</sup>, por lo tanto, reconducir

59 Sobre el surgimiento y alcance de la cláusula del Estado social de derecho, tanto en Alemania como España, puede consultarse a PAREJO ALFONSO, quien doctrinalmente ha desarrollado el asunto: *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 181 y ss.; ÍD. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 21 a 118.

60 CARL SCHMITT. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 136. El concepto de Estado social de derecho implica romper las fronteras entre Estado y sociedad, trasladando al primero un papel protagónico en la "autoorganización" de esta última: "El Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello, todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo". En este sentido, para este pensador, los problemas económicos, culturales, de

derechos como los de propiedad a sus justas y proporcionales medidas, esto es, en relación directa con los intereses de la comunidad.

En esta dirección, el Estado social se configura, sin lugar a dudas, como función del orden constitucional de carácter jurídico y social, de naturaleza estabilizadora, que pretende fundamentalmente compensar las desigualdades sociales o estabilizar el Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Como función estabilizadora, el modelo es esencialmente interventor frente a los conflictos sociales. Esta posición interpretativa implica una función de progreso y reforma social en cabeza del Estado, el cual goza de una cierta autonomía para configurar su función ofensiva de constitución de la sociedad. Y ello a partir de los principios y valores consagrados en la Constitución y de su ponderación en conjunto.

De los anteriores planteamientos se pueden deducir tres situaciones importantes de la cláusula del Estado social de derecho: la primera de ellas es que, como principio, el concepto vincula cualquier interpretación que se pretenda del ordenamiento jurídico, esto es, de la totalidad de elementos integrantes del bloque de la legalidad. Estructura, a no dudarlo, un principio de hermenéutica constitucional.

En segundo lugar, que el concepto, en cuanto principio del ordenamiento y del constitucionalismo, genera fuerza vinculante directa para los poderes públicos: para el legislador, en cuanto le crea la necesidad de determinar lo que propiamente constituya el contenido de todos aquellos elementos predicables de lo social. Para la administración, en nuestra opinión, no solo la obligación de cumplir la legalidad determinada para lo social, sino que le hace nacer una clara facultad normativa, reguladora y ordenadora de todo aquello que le pueda competir en cuanto a la función social del Estado. Esto es, que la administración, en razón de su poder central y decisivo en la ejecución de las finalidades estatales, adquiere, en virtud del postulado del Estado social de derecho, competencia suficiente ordenadora para asumir las responsabilidades propias de lo social<sup>61</sup>.

previsión de la sociedad son también del Estado, que debe por lo tanto generar y facilitar soluciones efectivas a ellos, por cuanto le pertenecen.

61 PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 52 y 95: "En definitiva, pues, la posición real actual de la administración no es la que resulta evocada por el significado tradicional del principio de legalidad, conforme al cual aquella se limita a precisar en el caso concreto supuestos definidos con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal. La administración es una organización servicial y vicaria, ciertamente, pero con contenidos, tareas y responsabilidades propias desde el orden constitucional (cuya actuación no se explica por impulsos derivados de habilitaciones o mandatos emanados en cada caso o en bloque de la legislación o de la actividad gubernamental, sino por decisión directamente constitucional, que —sin embargo— la sujeta y subordina a estas últimas), y que debe cumplir y satisfacer a partir del mismo, con las inevitables consecuencias que de ello se siguen para la interpretación del principio de legalidad".

En tercer lugar, tiene relación con el elemento finalístico en la cual se encuentra incursa la cláusula del Estado social de derecho, que hace que el Estado deba procurar hacer efectivas sus decisiones sociales, esto es, debe ser eficaz en la materialización de las finalidades propuestas. De aquí que se plantee dentro del Estado social de derecho la necesidad de medir y cuantificar su eficacia.

El desarrollo y la consolidación del Estado social de derecho han estado salpicados de múltiples dificultades. La idea de la integración entre conceptos aparentemente antagónicos, como los de sumisión al derecho y responsabilidad social en procura del bien común, se ha visto enfrentada a múltiples dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta, conforme a lo expuesto, que en la práctica constituye el motor impulsor de todo el ordenamiento jurídico. De aquí que PAREJO ALFONSO, al analizar sus relaciones con el derecho administrativo, prefiera hablar de un "Estado social administrativo", en cuanto que la administración constituye su punto o centro de gravedad para su operatividad: "El Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución [...] de las políticas públicas formalizadas legislativamente." De aquí que tradicionalmente la presencia de la administración en todos los sectores de la sociedad se considere como un síntoma importante de la efectividad del Estado social de derecho<sup>62</sup>.

Sin embargo, la crisis del sector público, en cuanto portador y depositario de las funciones naturales de asistencia y prestación a las necesidades de la comunidad, y el surgimiento de las concepciones económicas y neoliberales que ubican la asistencia a la comunidad bajo conceptos del mercado, han puesto a dudar sobre el futuro del Estado social de derecho.

Al respecto, la doctrina administrativista ha sostenido la inexistencia del conflicto, y más bien la matización de los papeles en la consolidación del Estado social. PAREJO ALFONSO, quien con profundidad se ha ocupado del tema, sostiene precisamente que "El Estado social no es, en efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad. Y la apuntada crisis no afecta tanto a la idea de imbricación –confusión de Estado y sociedad, es decir, de la responsabilidad del primero por las condiciones de la segunda–, cuanto a la forma de cumplimiento de ésta y, por tanto, los procedimientos de dirección y control de los procesos sociales [...] En todo caso, la reducción del papel del Estado no significa eliminación de dicho papel; significa solo, como regla general, su transformación: abandono de la actividad estatal directa (servicio, préstamos, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control. No puede dejarse de tener en cuenta que si en el plano social la intervención estatal garante de la libertad (a través de la imposición de sus límites inherentes, precisados de redifusión constante) sigue

62 PAREJO ALFONSO. "El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", en *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 220.

siendo evidente en el plano económico, la necesidad de tal intervención se muestra con parecida evidencia en el sometimiento universal de toda actividad económica, en último término, a la política de la libre competencia<sup>63</sup>.

En este sentido, el Estado siempre conserva un papel central y garante en la consolidación del Estado social de derecho. Incluso en hacer viable la libre competencia en el tráfico jurídico del mercado.

#### **a. El principio de la solidaridad en la base del modelo**

La cláusula del Estado social de derecho implica un correlativo sistema de asistencia mutua, tendiente a la solución de los conflictos que atentan contra la vida en comunidad, en especial para solucionar los conflictos latentes entre propietario y comunidad. Este sistema se materializa en la existencia del fenómeno de la solidaridad, el cual no es otra cosa que la relación recíproca o de interdependencia que debe existir entre el Estado y sus asociados, e incluso entre los miembros de la misma sociedad. La solidaridad implica la interrelación respetuosa y ponderada de los intereses enfrentados en la sociedad; al ser establecida en el texto constitucional, se traslada del ámbito de los imperativos éticos "para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad [...] compromete a la sociedad entera y al Estado"<sup>64</sup>. Así las cosas y frente a lo urbanístico, significa que las obligaciones que emanan respecto de ella en el Estado social de derecho se fundan en razones solidaristas: "La dignidad humana y la solidaridad son principios fundamentales del Estado social de derecho [...]. Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social [...]. El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados"<sup>65</sup>.

#### **b. El principio del orden económico y social justo en la base del modelo**

La cláusula del Estado social de derecho inspira la idea de la redistribución y de la ruptura de las desigualdades sociales que se observan en la sociedad, sobre la base de equilibrar al ser humano en el contexto económico y social. Esto es, que el restablecimiento de un orden normal de la sociedad implica la penetración y la presencia del Estado en todos los aspectos estelares de su vida: así sea interviniendo directamente en los fenómenos económicos,

63 *Ibíd.*, p. 221.

64 Corte Constitucional. Sentencia T-533 del 23 septiembre de 1992.

65 *Ídem.*

políticos, culturales y de otros géneros que puedan verse afectados, o creando las condiciones para que la misma sociedad sea la que lleve la iniciativa en ese equilibrio de convivencia que se espera. Equilibrio que el constituyente asimila al concepto de justicia o de orden justo.

**c. El respeto y la sujeción a los intereses colectivos y difusos en materia urbanística para la construcción de un concepto de procedimiento y de decisión o licencia urbanística, como desarrollo del modelo**

Los principios de solidaridad y de orden económico y social justo bajo el esquema del Estado social de derecho implican necesariamente el respeto a la diversidad de derechos e intereses que puedan eventualmente entrar en conflicto dentro del modelo. Es de su esencia reconocer que lo individual no es la columna vertebral del sistema, y que lo social conlleva la diversidad en todos los sentidos posibles, hay la necesidad de incorporarla a la juridicidad, con el fin de ofrecer las garantías necesarias para su articulación adecuada, evitando la segregación y, por lo tanto, el conflicto que la misma conlleva. En este sentido, resulta de la esencia del Estado social de derecho el reconocimiento de los derechos colectivos e intereses difusos.

No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos urbanísticos<sup>66</sup>, que son el ámbito donde se observan conflictos entre principios antagónicos vinculados con la actividad urbanística, que, como lo sosteníamos, dan lugar a la formulación de reglas imperativas de esta naturaleza, es posible operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos sostener que los derechos colectivos, vinculados al concepto en estudio, son aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional y que se predicán como propios del Estado social de derecho.

Este planteamiento nos acerca al concepto de derechos e intereses difusos<sup>67</sup>, que, como lo admite la Corte Constitucional, se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen un concepto y un tratamiento unitario y común, pues la imposibilidad de la división de su

66 NICOLÁS LÓPEZ CALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168.

67 MANUEL LOZANO-HIGUERO Y PINTO. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, Rufino García Blanco, 1983, p. 148.

objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos<sup>68</sup>,

- 68 Corte Constitucional. Sentencia C- 569 del 8 de junio del 2004 (M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES). "[...] Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, *mutatis mutandi*, al concepto de "bien público", que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro. Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente. Así, el hecho de que en una determinada comunidad una persona goce del aire puro no rivaliza con el uso de ese bien por otras personas; y si el aire es puro, todas las personas pueden gozar de él. Por todas las anteriores razones, los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen una conceptualización y un tratamiento procesal unitario y común, pues la indivisibilidad del objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos. 46-Dentro del marco de estos derechos o intereses colectivos indivisibles, algunos sectores de la doctrina distinguen entre intereses difusos y colectivos. Así, el titular de un interés difuso es una comunidad más o menos determinada según las circunstancias fácticas en que ésta se encuentre y el tipo de interés difuso objeto de protección; en cambio, el titular de intereses colectivos, será una comunidad de personas determinada e identificable bajo algún principio de organización<sup>19</sup>. La existencia de ese principio de organización es lo que, según ciertos sectores de la doctrina, permite diferenciar entre un interés difuso y un interés colectivo, aun cuando el asunto no es pacífico, puesto que el criterio de clasificación dista de ser claro y otros autores proponen otros criterios de diferenciación entre interés difuso y colectivo. Así, la doctrina brasileña considera que lo decisivo es la presencia o no de un vínculo jurídico entre los miembros o integrantes del grupo, de suerte que si dicho vínculo existe, estamos frente a un derecho o interés colectivo, mientras que si el grupo carece de un vínculo jurídico, entonces se trata de un interés difuso. Ahora bien, en el caso colombiano, la distinción entre derechos o intereses difusos y colectivos tiene un interés doctrinario y podría tener desarrollos legales, pero carece en sí misma de relevancia constitucional, tal y como esta Corte lo ha indicado anteriormente. En efecto, la sentencia C-215 de 1999, al referirse a la naturaleza de las acciones populares y al objeto de su protección, descartó cualquier interpretación restrictiva a partir de dicha distinción, e indicó que las acciones populares protegían igualmente intereses difusos y derechos colectivos. Precisó entonces la Corte lo siguiente: *'Cabe anotar, la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término 'colectivos'. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común'* ".

diferencia que en nuestro derecho es reconducida al concepto genérico de derechos o intereses meramente colectivos<sup>69</sup>.

Son, en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o los beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista<sup>70</sup>. Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva, desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección mediante la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, mediante las actuaciones administrativas tendientes a una decisión positiva de habilitación o autorización urbanística<sup>71</sup>, previa la verificación de las reglas desarrolladas por el legislador o las autoridades municipales competentes, a través de procesos de ponderación, donde se suponen han resuelto los conflictos entre los diversos principios involucrados en la actividad urbanística.

Con la licencia urbanística se garantiza principalmente el disfrute por igual de los bienes protegidos, frente a contingencias que los pongan en peligro, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales. No existe la menor duda de que asuntos como los relativos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así mismo, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las reglas jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, son asuntos que involucran derechos e intereses de la colectividad y su protección debe ser garantizada para el común mediante el cumplimiento estricto de las reglas que les sirven de fundamento jurídico a las licencias urbanísticas.

En este contexto, la licencia se convierte en el instrumento estelar y central para articular, en casos concretos y específicos, toda actividad relativa al uso del suelo y del espacio, edificabilidad, urbanización, y demás requeridas

69 Corte Constitucional. Sentencia C-21531 del 14 de abril de 1999 (M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ): "La Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término "colectivos". Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común".

70 JUAN CARLOS HENAO. "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés", en *Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudio homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo III, p. 2746.

71 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., (2004), p. 747.

por el legislador, a la legalidad territorial y urbana<sup>72</sup>, garantizando de esta

- 72 Retomando el tema relativo a las diferencias entre urbanismo y ordenamiento territorial, debemos agregar que “[...] el concepto de urbanismos, se colige de la ley 388 de 1997 como un concepto específico, referido a la dinámica de la urbe o ciudad pero en clara función al territorio en general, determinando todo un conjunto normativo de acciones y limitaciones para la convivencia en este espacio reducido y siempre carente como es la ciudad. Estas apreciaciones se obtiene de la lectura de los artículos 3 y 8 de la ley 388 de 1997 que al respecto señalan lo siguiente: “[...] El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: 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 [...]”. En el artículo 8 de la ley se incorporan o que correspondería a acciones generales propias del urbanismo dentro del ordenamiento territorial, determinando que las mismas deben quedar establecidas de manera clara en los componentes urbanos de los planes de ordenamiento territorial en los términos del los artículos 13 y 15 de la ley. Estas acciones se fundamentan en una regla general en cabeza de la administración para que las configure de acuerdo a sus realidades locales, de todas maneras se destacan por el legislador entre otras las siguientes: 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 y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. 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. 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. 8. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. 9. 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. 10. 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. 11. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. 12. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la

manera la convivencia y el respeto a los diferentes elementos en conflicto surgido como consecuencia de las relaciones humanas en conglomerado, y de los humanos con el medio, la tierra, el suelo, el espacio, etc., tal como se desprende de los objetivos y finalidades muchas veces imposibles de deslindar de los conceptos de urbanismo y ordenamiento territorial<sup>73</sup>.

La licencia se caracteriza, entonces, por constituir una impresionante técnica de intervención administrativa frente a los derechos subjetivos de los asociados, mediante la aplicación de reglas restrictivas, limitativas, imperativas y vinculantes, contenidas en las reglas urbanísticas y territoriales, para salvaguardar los intereses de la generalidad<sup>74</sup>.

Así las cosas, esta caracterización fundamental de la licencia invita a concebirla como un asunto de interés público y no exclusivamente como un tema relativo al estrecho ámbito de los derechos subjetivos; en consecuencia, relativo y de interés directo de la población involucrada con el proyecto afectante de los bienes protegidos, lo que nos reconduce, desde la teoría del derecho administrativo, a la concepción de una decisión administrativa habilitante o autorizadora, que rompe los esquemas tradicionales del acto administrativo estrictamente individual o subjetivo, en cuanto contiene deci-

respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados. 13. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. 14. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio [...]" GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. *Urbanismo y ordenación del territorio*, cit., p. 27. El urbanismo "[...] se centra en la acción pública sobre el *hecho ciudad*, el racional destino y aprovechamiento del espacio físico en el núcleo poblacional [...]"

73 PAREJO ALFONSO. "El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: fundamento, condicionamientos, alcance y composición", en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 51. Continuando en esta dinámica de deslindar los conceptos de urbanismo y de ordenamiento territorial, es importante tener de presente el análisis del profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO a propósito de este mismo tema en el estudio y análisis del derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid. Para este autor, si bien es cierto que nos encontramos frente a dos títulos competenciales de la administración de todas maneras por sus contenidos resulta difícil separarlos. "[...] En consecuencia, la ordenación del territorio y el urbanismo, aunque formalmente títulos competenciales diferentes, aluden a una misma tarea pública: la de organización de la utilización del territorio. La regulación constitucional sustantiva confirma esta identidad de sustancia en cuanto que contiene un único orden de valores y bienes jurídicos a cuyo servicio pueden reconducirse los dos títulos competenciales considerados: orden que presidido por la calidad de vida y la adecuación del medio ambiente, aparece integrado en lo esencial, por la utilización racional de los recursos naturales, la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio, cultural y artístico [...]"

74 GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los principios de la organización del urbanismo", en *RAP*, n.º 87, septiembre-diciembre de 1978, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 302 a 305. La función pública del urbanismo implica una ruptura histórica de los derechos subjetivos frente a la administración pública, en cuanto la decisión sobre el uso del suelo y el ejercicio del concepto de propiedad ya no pueden entenderse incluidos entre los derechos subjetivos individuales, sino en cabeza de la administración por razones de interés general.

siones que trascienden al ámbito de la generalidad de la población, creándole a estas situaciones jurídicas que no pueden ser desconocidas, en aras de una simple apreciación individualista de los derechos involucrados.

Definitivamente, desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo, la licencia urbanística no es una decisión que encaje bajo la tradicional clasificación de actos de contenido individual o de los de simple contenido general; es una manifestación *sui generis* relativa a los derechos subjetivos del directamente interesado en la afectación concreta de un predio, o espacio, y de los subjetivos, y a la vez de los colectivos o difusos, de las personas o de la comunidad colindante y demás posibles afectados de una u otra manera con su expedición.

La licencia urbanística es, entonces, desde la perspectiva de los sujetos involucrados con sus contenidos y legitimados para participar en su trámite, un asunto de participación ciudadana, tal como lo reconoce en el derecho colombiano el artículo 4.º inciso final de la Ley 388 de 1997 en concordancia con el 65 de la Ley 9 de 1989, razón elemental para suponer que en su trámite, expedición y vigencia se deben conciliar tanto los derechos subjetivos como los colectivos, difusos o incluso subjetivos de terceros eventualmente involucrados en la decisión, en los términos de las reglas establecidas en las normas generales territoriales y urbanísticas.

### III. LA CONSOLIDACIÓN DE UN CONCEPTO DE LICENCIA URBANÍSTICA, ENTRE LA DECISIÓN SUBJETIVA Y LA DE EFECTOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN EL DERECHO TERRITORIAL Y URBANÍSTICO

#### A. LA LICENCIA: UN CONCEPTO COMPLEJO

El concepto de licencia no ha tenido un desarrollo coherente, adecuado y pacífico en el derecho administrativo, si se tiene en cuenta que a partir de las mismas bases del derecho positivo, su tratamiento jurídico ha estado signado por diferentes tensiones doctrinales y normativas que nos reconducen, en consecuencia, por senderos de tratamientos diferenciados y complejos, que dificultan ostensiblemente la elaboración de un concepto uniforme, único o universal sobre el tema<sup>75</sup>. Las acepciones que se involucran y dificultan la

75 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 131. Al intento doctrinal de lograr una explicación satisfactoria del concepto de licencia o de sus acepciones afines se oponen múltiples obstáculos, entre ellos la variedad terminológica y la escasa o nula disciplina con la que las normas positivas manejan los diferentes términos al uso. Es común encontrar que se aplican indistintamente las voces licencia, permiso, autorizaciones, trámites de verificación previa, y la existencia de suficientes razones jurídicas y doctrinales

estructuración del concepto se sustentan en consideraciones extremas, muchas veces irreconciliables, lo que nos lleva a la necesidad de reconocer su inevitable contenido diverso y plural, esto, en aras de hacerlo comprensivo, en lo posible, de todas las hipótesis que el legislador pretende amparar bajo el designio de licencia<sup>76</sup>.

Por licencia se entienden comúnmente situaciones jurídicas derivadas de particularidades propias del Estado intervencionista, mediante acciones de verificación y control tendientes a otorgar la habilitación para el ejercicio de ciertas actividades o derechos. Bajo esta consideración, se entiende por licencia toda decisión previa de la administración que contenga autorizaciones, permisos, anuencias, consentimientos o aprobaciones para ejecutar determinadas actividades. Desde la perspectiva doctrinal individualista, esto es, fundada en criterios absolutos de la autonomía de la voluntad, bajo el concepto de licencia se han amparado acepciones de libertad extrema para decidir u obrar por los sujetos de derecho. La amplitud del concepto es de tal magnitud que, de acuerdo con ciertas condiciones del legislador, por licencia se puede entender también la facultad de la administración para dar por terminadas relaciones jurídicas; en esta perspectiva, el concepto se asimila al de licenciar a un sujeto, echarlo, despacharlo, despedirlo, como ocurre normalmente en materia laboral<sup>77</sup>. Es importante destacar que se advierten en los diferentes ordenamientos, regulaciones jurídicas en torno al concepto de licencia, en áreas tan disímiles como el derecho público, fiscal, comercial, urbanístico, ambiental, de aguas, aeronáutico, agrario, administrativo, etc.<sup>78</sup>.

Como se observa, las tendencias conceptuales sobre el tema son diversas y corresponden a posiciones jurídicas provenientes de ordenamientos normativos y de bases sustanciales disímiles. Ahora bien, retomando las acepciones que recogen contenidos propios de las acciones intervencionistas del Estado, que son eventualmente las que nos interesan para efectos de nuestro estudio, encontramos que las discusiones básicas giran en torno al entendimiento de la licencia como una simple decisión de autorización, o de si, por el contrario, configuran típicas decisiones permisivas y de concesión; en ambos casos, ofreciéndose interesantes debates en torno a si la licencia es un acto declarativo de derechos o simplemente constitutivo de estos; reglado o discrecional; producto del simple ejercicio de funciones administrativas, o de las más especiales de carácter

para establecer diferencias entre esta pluralidad de conceptos, o la presencia de razones poco o nada justificables en los correspondientes ordenamientos jurídicos.

76 MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS. *Licença urbanística*, Sao Paulo, Malheiros, 2001, pp. 15 y 16.

77 GUIDO LANDI. "Licenza" (diritto amministrativo), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, tomo XXIV, Milán, 1974, pp. 635 a 637. Lo que se observa en la doctrina es una promiscuidad conceptual en torno a la idea de licencia, lo cual genera grandes confusiones.

78 HENRI CAPITANT. *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 349 y ss.

policivo; de carácter previo al ejercicio de cierta actividad, o posterior; y lo que resulta trascendental en la hora actual del debate y la discusión académica del problema: si la licencia administrativa está ligada de manera exclusiva al ejercicio de los derechos subjetivos, o si, por el contrario, dadas las complejidades de las relaciones del hombre y la administración, tiene vinculación necesaria con los derechos colectivos y difusos de la población<sup>79</sup>.

En una primera aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, podríamos afirmar, sin lugar a equívocos, que algunos sectores del derecho administrativo han edificado el concepto de licencia a partir de consideraciones vinculadas a la presencia de la administración para viabilizar el ejercicio de derechos subjetivos preexistentes de los interesados, frente a limitaciones impuestas por el legislador para su ejercicio directo e ilimitado<sup>80</sup>.

El acto administrativo de licencia es considerado, así las cosas, un acto esencialmente de verificación y de naturaleza reglada, vinculado al ejercicio de los derechos subjetivos del interesado, razón por la cual se entiende como determinante para su expedición el cumplimiento de los requisitos imperativos de carácter legal por parte del interesado, lo que para la administración implica irremediamente el deber de expedir las licencias correspondientes si se dan estos presupuestos. Bajo este concepto, se reitera el carácter reglado de la decisión de licencia y la imposibilidad del ejercicio de facultades discrecionales por la administración para estos efectos<sup>81</sup>.

Precisamente, este último aspecto marca la diferencia con algunos conceptos aparentemente afines al de licencia, dentro del marco de las acepciones derivadas de acciones propias de la administración dentro del Estado intervencionista de derecho. La licencia no tendría por acepción adicional, como consecuencia de esta característica básica, la de autorización o aprobación, en donde lo dominante es el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración<sup>82</sup>.

79 JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER. "El condicionamiento de las licencias", en *RAP*, n.º 37, enero-abril de 1962.

80 HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, Sao Paulo, Malheiros, 1996, pp. 170 y ss.

81 Respecto de esta doctrina puede consultarse: CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO. *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 378 a 380; LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, cit., pp. 170 y ss.; BATISTA DOS SANTOS. *Licença urbanística*, cit., pp. 18 a 20.

82 Véase la doctrina indicada en la nota anterior. En efecto, para este sector de la doctrina se entiende por autorización el acto administrativo discrecional y precario mediante el cual la administración hace posible que el interesado pueda realizar determinadas actividades, prestar servicios, utilizar determinados bienes, cuando la ley condiciona estas actividades al beneplácito previo de la administración. En esta hipótesis, a diferencia de la licencia, así el interesado satisfaga plenamente los requisitos de ley, de todas maneras la autorización queda sujeta a la decisión discrecional de la administración, al igual que su duración, que puede ser revocada discrecionalmente por las autoridades cuando lo consideren oportuno y necesario. El permiso es entendido como aquel acto administrativo igualmente discrecional,

Este planteamiento, que se deriva de la realidad doctrinal sustentadora de determinados ordenamientos jurídicos, podríamos catalogarlo como relativo frente a otros, donde, por ejemplo, la autorización o el permiso esté condicionado al cumplimiento de normas estrictas y de acuerdo con la correspondiente legislación no esté determinado discrecionalmente. En este sentido, consideramos que la fuerza argumentativa de esta doctrina no es de pleno recibo, en la medida en que lo que hace realmente el contenido material de una licencia es el régimen jurídico de cada país y dentro de ellos, los especiales tratamientos que, de acuerdo con la naturaleza de las materias tratadas, le imparta la ley al concepto de licencia.

Sobre esta consideración, sobra entonces advertir que en ordenamientos como el colombiano, por ejemplo, no resultaría válida, ni absoluta, la diferencia que la doctrina expuesta hace en torno a los conceptos de licencia, permiso o autorización, en la medida en que lo discrecional o simplemente reglado de la licencia depende de la calificación que el legislador haga del contenido y las características para cada caso específico en el cual requiera de la misma para el desarrollo o ejecución de determinadas actividades o derechos.

Por otra parte, nada impide, desde el punto de vista legal o estrictamente jurídico, que una licencia pueda tener por contenido, autorizar, permitir, conceder, habilitar, facultar, etc., el desarrollo de un derecho subjetivo, o de cualquier otra actividad, esto en la medida en que las autorizaciones no pueden someterse o circunscribirse exclusivamente al ejercicio de derechos, en cuanto esto depende en estricto sentido, insisto, de la caracterización que el legislador, para cada caso, le hubiere dado al concepto de licencia. Así las cosas, la idea inicial de que nos encontramos ante un concepto de tratamiento variable, complejo y poco pacífico se reitera, sobre todo cuando en casos como el colombiano depende de los contenidos que el legislador considere prudente otorgarle, según el asunto y la materia donde se incorpore.

precario mediante el cual se faculta a un particular para que ejecute algún servicio de interés público, o haga especial uso de ciertos bienes de uso público, a título gratuito o remunerado, en las condiciones establecidas por la administración. En este sentido, se retoma lo que la doctrina de alguna manera conoce como las concesiones unilaterales o permisos de acción, diferentes de las concesiones contractuales. Es de advertir que esta conceptualización doctrinal corresponde a la doctrina emanada de un determinado ordenamiento jurídico, por lo que no puede dársele un aplicación extensiva a otros ordenamientos jurídicos en donde, la verdad sea dicha, el legislador no ha hecho las sutiles diferencias que se anotan entre estas figuras administrativas. En la dirección de esta crítica a la diferencia artificial antes anotada se pronuncia algún sector de la doctrina entre la que podemos destacar a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso de derecho administrativo*, cit., p. 140) cuando sostiene que dependiendo de lo que disponga el legislador, las autorizaciones pueden caracterizarse por ser regladas o discrecionales. Así mismo, puede consultarse PIETRO GASPARRI. "Autorizzazione" (diritto amministrativo), *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 514.

## B. LA LICENCIA Y LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En una segunda aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, encontramos otras corrientes de la doctrina que nos proporcionan elementos y razones interesantes para la consolidación del concepto de licencia. En este sentido, algunos sectores doctrinales, orientados en los trabajos de autores italianos, ubican el concepto de licencia y de sus ideas afines en la teoría del acto administrativo, específicamente dentro de ésta, en los llamados actos administrativos negociales, esto es, aquellos donde tiene relevancia tanto la voluntad de la declaración como la voluntad declarada que se forma en el contenido del acto. Esta topología puede ser reglada o discrecional y dentro de las modalidades que adopta en el derecho italiano están las de admisión, concesión, aprobación y autorización. Precisamente esta última se asimila, aunque sin una absoluta precisión, al concepto de licencia, en cuanto que se le entiende como aquellos actos de la administración pública que confieren al sujeto autorizado la facultad de ejercitar un poder o derecho preexistente a esta decisión. Sin la presencia de esta decisión resulta imposible que el sujeto ejercite lícitamente el poder o derecho que ostenta.

El contenido de la decisión está dado, desde esta perspectiva fáctica, por la constatación de que se reúnen los presupuestos legales para el ejercicio del poder o derecho por su titular, a diferencia de la concesión administrativa, propuesta por esta doctrina, en la que el sujeto accede a un derecho o poder que el nuevo titular no tenía anteriormente. En el concepto de autorización, acuñado por esta concepción doctrinal, se parte de la remoción de un límite legal para el ejercicio de un derecho o poder preexistente<sup>83</sup>.

No obstante la aparente construcción autónoma de una teoría sobre las autorizaciones administrativas dentro de las elaboraciones de esta corriente doctrinal, se reconoce que no existe una frontera clara de este concepto y de algunos otros afines, todos ellos desarrollados a partir del análisis de los actos administrativos negociales, como el de permiso, con el de licencia. Precisamente, los principales exponentes de la doctrina administrativa italiana sostienen que es frecuente que se le identifique como autorización:

[...] La verdad es que, como se advierte de la legislación administrativa, los términos autorización, licencia, permiso, *nulla osta*, son usados promiscuamente, de modo que el empleo de cualquiera de estos conceptos, para indicar una categoría predeterminada, puede generar grandes confusiones [...] <sup>84</sup>.

83 GUIDO LANDI y GIUSEPPE POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 246.

84 LANDI. "Licenza", cit.

Los sustentos de estos postulados doctrinales resultan discutibles frente al derecho nacional colombiano. Nuestro derecho administrativo no diferencia entre actos administrativos negociales y los no negociales. Entre nosotros, el concepto de acto administrativo es unívoco, esto es con efectos jurídicos diversos a partir de su eficacia y, sobre todo, de conformidad con la finalidad, razón elemental para sostener que los presupuestos de la doctrina son de aplicación segura e indiscutible para el derecho italiano, mas no para el colombiano. Ahora bien: en cuanto respecta a la diferencia entre autorización y licencia, el problema jurídico es común a nuestros derechos y las soluciones propuestas son similares a las que se observan por la doctrina nacional frente al él.

### C. LA LICENCIA: LIMITACIONES NORMATIVAS, AUTORIZACIÓN

En una tercera aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, resulta de interés por su proximidad a las construcciones legislativas colombianas analizar el tema desde la perspectiva de la doctrina dominante en el derecho español. Al respecto, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>85</sup> analizan el problema a partir de consideraciones diversas, sin desconocer, como lo hemos destacado, que el asunto de la conceptualización de licencia o de autorización no es un asunto pacífico en la doctrina dada y la multiplicidad de factores que impiden la elaboración unívoca del concepto apropiado y jurídicamente correcto<sup>86</sup>. No obstante lo anterior, el tema de las licencias o autorizaciones se analiza desde una óptica mucho más amplia y profunda, como lo es el de las incidencias de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas de los administrados, dentro de la cual se analiza el acto administrativo, desde la perspectiva de las consecuentes operaciones globales adelantadas por la administración, con el propósito de darle sentido.

La ejecución de los actos administrativos, sostienen estos autores, puede incidir en la esfera jurídica de sus destinatarios creando situaciones de géneros diversos, como derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes, así como también puede llevarse con su ejecución a que la administración elimine limitaciones que afectan el ejercicio de derechos, facultades o poderes, esto mediante decisiones favorables o ampliatorias de la esfera jurídica del destinatario, caracterizados por ser esencialmente declarativos de derechos, contrarios materialmente a las simplemente desfavorables o de gravamen. Con las decisiones favorables, los derechos, facultades o poderes creados, reconocidos o ampliados por los actos administrativos, salvo las

85 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 100 y ss.

86 *Ibíd.*, p. 131.

excepciones de ley, entran definitivamente en el patrimonio jurídico de sus destinatarios.

Entre las decisiones favorables, se destacan en la obra de los profesores citados, a título simplemente enunciativo y con dudas profundas en agotar una posible topología de ellos, los actos que tienen por objeto concesionar, aprobar, autorizar, inscribir o registrar titulaciones activas, dispensas, subvenciones, reconocimientos de derechos, declaraciones de exenciones, etc.

Las decisiones de gravamen o desfavorables son aquellas que se caracterizan por restringir o afectar negativamente la esfera jurídica de sus destinatarios, creando respecto de ellos obligaciones, deberes, cargas que no tenían antes, al igual que restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas. Los ejemplos de esta topología de decisiones se desprenden comúnmente de los trabajos de la que los autores consideran revaluada teoría de la actividad administrativa de policía<sup>87</sup>, propia de la cameralística absolutista, y la cual se expresaba por medio de órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones, con el propósito de limitar y restringir los derechos ciudadanos, con el fin de evitar o prevenir peligros que afecten los intereses de la comunidad.

De este análisis, la doctrina concluye que el concepto de autorización o de licencia en la reconducción expuesta en este trabajo, comparte una doble naturaleza en el sentido de que obra bajo consideraciones de actos favorables y de gravamen, lo cual obviamente debe ser observado en la estructuración conceptual que nos ocupa. Al respecto, los autores sostienen que

[...] la autorización es en sí misma un acto favorable, o ampliatorio del patrimonio jurídico del autorizado, pero resulta indudable que la técnica autorizadora solo tiene sentido observando que la regulación previa que somete a autorización [...] el ejercicio de determinada actividad privada es en sí misma una técnica de limitación de derechos, precisamente, de tal modo que el estudio de la autorización únicamente cobra sentido desde esta perspectiva [...]<sup>88</sup>.

La técnica de limitación administrativa de derechos, como la denomina este sector doctrinal, y que en esencia es considerada la base de las autorizaciones administrativas, consiste en toda incidencia autorizada por el legislador o que se desprenda de mandato legal que habilita a la administración para que actúe sobre un derecho subjetivo, no para modificarlo, ni mucho menos con el propósito de alterar la capacidad jurídica o de obrar de su titular,

87 *Ibíd.*, p. 103.

88 *Ibíd.*, p. 100.

[...] sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterado todo el resto de los elementos del mismo (configuración, funcionalidad, límites, protección). Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos, bien con los derechos e intereses de otro sujeto, bien (lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas) con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo [...]<sup>89</sup>.

Bajo esta construcción doctrinal, la autorización depende de la limitación impuesta y respecto de la cual debe actuar mediante el pronunciamiento de las autoridades, para efectos de viabilizar el ejercicio de determinada actividad privada del destinatario. Ahora bien: en desarrollo de algunas concepciones doctrinales clásicas, esas actividades privadas objeto de habilitación para su ejercicio se hacían coincidir necesariamente con derechos subjetivos de los titulares. En los trabajos en análisis, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ ponen en duda esta afirmación categórica, sosteniendo que en la generalidad de los casos se trata de limitaciones impuestas por el legislador a simples actividades donde es posible que no existan propiamente derechos preexistentes de ninguna naturaleza. A esta consideración agregan los autores el hecho cierto e irrefutable de carácter jurídico de que las autorizaciones no son exclusivamente regladas (donde es posible plantear el tema de los derechos preexistentes), existiendo frecuentemente poderes discrecionales enormes de la administración, que le permiten otorgar o negar determinadas autorizaciones, con lo cual se hace cada vez más discutible sostener que el ámbito de las limitaciones para efectos de las autorizaciones está dado exclusivamente sobre derechos preexistentes.

[...] En estas circunstancias, hablar de un derecho preexistente no solo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas, que muestra con toda claridad hasta qué punto difieren las posiciones del sujeto autorizado antes y después de la autorización [...]<sup>90</sup>.

En líneas generales, la tesis de esta corriente doctrinal se basa en no considerar una regla absoluta el tema de los derechos preexistentes, de manera tal de que el contenido de las limitaciones legales se reconduzca única e irremediablemente a ellos. Lo que quiere la doctrina es hacer comprender dentro del concepto de autorización todas las diferentes variedades de actuaciones susceptibles de limitaciones. Sin embargo, y este es un asunto de importancia y trascendencia para el análisis de las limitaciones y autorizaciones desde la

89 *Ibíd.*, pp. 105 y 106.

90 *Ibíd.*, pp. 133 y 134.

perspectiva urbanística, la anterior consideración no supone en manera alguna un abandono absoluto de la idea clásica de derecho preexistente, el cual, según los autores, "[...] sigue jugando un importante papel en relación con cierto tipo de autorizaciones (las de carácter reglado) [...]". No debemos olvidar que en materia urbanística, la característica de sus decisiones, en especial las relativas a licencias, aceptada por la gran mayoría de la doctrina, es que son esencialmente regladas, luego la materia de los derechos preexistentes sobre los cuales operan las limitaciones es un asunto de trascendencia e importancia, independientemente del concepto que doctrinal u operativamente se adopte sobre autorización.

Sobre esta base conceptual, la autorización o licencia es entendida, por los autores, como todo acto mediante el cual la administración consiente a un particular el ejercicio de una actividad, inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente<sup>91</sup>.

#### D. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE LICENCIA

En una cuarta aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, resulta importante estructurar, para efectos del presente análisis, un concepto de licencia administrativa, en estricto sentido, vinculado a los contenidos del derecho administrativo nacional que nos permiten operativamente hacer un acercamiento a la figura, en aras de proporcionar elementos objetivos para su predicación posterior al contexto del derecho urbanístico y territorial.

En este sentido, por licencia administrativa entendemos el ejercicio del poder público administrativo del Estado, en desarrollo de facultades de intervención administrativa, enmarcadas dentro del concepto de acción administrativa de limitación de actividades y derechos de los particulares-administrados, que se reconducen en la presencia de un acto administrativo, discrecional o reglado, que habilita, faculta o autoriza al administrado para el desarrollo o ejercicio de determinadas actividades o derechos, previa la verificación del cumplimiento estricto de determinadas condiciones establecidas en normas superiores, que de ser satisfechas remueven las limitaciones impuestas a esas actividades o derechos y determinan el marco para su efectiva y adecuada ejecución.

Son, entonces, en derecho colombiano, aspectos trascendentes del concepto de licencia administrativa los siguientes:

##### 1. Presencia de la administración pública ordenadora

Se observa en la configuración operativa del concepto en estudio el ejercicio del poder público administrativo del Estado en desarrollo de facultades de

91 *Ibíd.*, pp. 135.

intervención administrativa, enmarcadas dentro del concepto de actividad administrativa ordenadora o de limitación de actividades y derechos, que se reconduce en la presencia de un acto administrativo, previa la verificación del cumplimiento estricto de determinadas condiciones establecidas en normas superiores. El concepto de licencia implica, por lo tanto, en el derecho colombiano, reflexionar sobre las facultades de los órganos administrativos del Estado, para autorizar el ejercicio de determinadas actividades o derechos. Esto es, nos ubica desde una perspectiva clásica en el viejo concepto de poder de policía<sup>92</sup>, hoy revaluado y reconducido en cuanto al componente de

92 La policía administrativa debe ser entendida y analizada como una actividad evolucionada desde sus primeras formulaciones, sobre todo entrado el siglo XXI, y sumidos la mayoría de los estados en concepciones sociales de derecho. Como lo afirma ALEJANDRO NIETO ("Algunas precisiones sobre el concepto de policía", en RAP, n.º 81, 1976), el concepto de policía es radicalmente proteico, variable en el tiempo y en el espacio; de aquí que su concepto y su definición no puedan permanecer estáticos en la doctrina ni en la jurisprudencia. Desde sus más remotos orígenes en la Grecia antigua, se le particularizó como la esencia material de la actividad propia de la *polis*, esto es, de la comunidad misma, siendo entendida, por lo tanto, como cosa del común o pública, del interés de todos, que vino a ser invocada con connotaciones políticas por los soberanos medievales para luchar contra los privilegios individualistas feudales: "El monarca combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la *salus* pública, articulada en unas *bonne ordre et police*". Sin embargo, es en Francia donde al concepto se le otorga un claro giro restrictivo de las libertades por razones de interés general. Precisamente en el edicto de la *lieutenant generale de la police* parisina de 1667, que después se hizo extensivo a todo el país, fue donde se logró consolidar esta idea, que en opinión de NIETO significó un momento trascendente en la historia del concepto: se identificó a los fines de la policía con los de la administración interior del Estado. El sólo hecho de que en el mencionado edicto se asumieran responsabilidades de seguridad pública y ciudadana limitándose ciertas libertades para garantizar el interés general significó abrir paso a una nueva concepción de la administración en sus más incipientes manifestaciones en un estadio de la historia previa a la institucionalización del poder. Aproximándonos a un concepto moderno de actividad administrativa de policía podemos indicar que dentro de esta se recogen el conjunto de medidas de intervención y ordenación de las actividades y derechos de los particulares, utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general. De aquí que la doctrina señale como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, todas ellas justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad. Algunos sectores doctrinales prefieren denominar a la actividad de policía como actividad administrativa de limitación, precisamente porque dentro del moderno Estado social de derecho constituye la característica primordial de la actividad para propósitos sociales, llegándose incluso a destacar como sus principales formas de manifestación las siguientes: sacrificio de situaciones de mero interés; limitaciones administrativas de derechos; expropiaciones, transferencias coactivas no expropiatorias, comisos, prestaciones forzosas; imposición de deberes u órdenes; delimitación administrativa de derechos privados, eliminación de titularidades privadas, nacionalizaciones, extinción del dominio, medidas de orden público, limitaciones sanitarias, restricciones por razones ambientales, configuración por la administración del contenido de los derechos privados, etc. (RAMÓN PARADA. *Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 408 y ss.).

intervención y limitación en la actividad de los particulares, por los senderos doctrinales del concepto de administración ordenadora<sup>93</sup>.

Se entiende entonces al poder administrativo del Estado colombiano con poderes y facultades necesarias, en los términos de las normas imperativas superiores (principio de legalidad), para ordenar las actividades privadas en aras de la preservación de intereses de la comunidad. El ejercicio de la actividad ordenadora de la administración, en este sentido, tiene la particularidad de incidir en la vida social, económica, política y civil de los particulares, esto es, de todas las actividades o derechos que eventualmente afecten su vida en comunidad. Se trata de limitaciones y regulaciones a las actividades y derechos de los ciudadanos-administrados, con los que pretenden desarrollar sus propios intereses y, por lo tanto, se caracteriza por ser una intervención productora de limitaciones en las posiciones y situaciones subjetivas de aquellos<sup>94</sup>.

Conforme a las consideraciones de la doctrina alemana, la cual se ha retomado para los análisis de los fenómenos nacionales en la materia, la actividad de ordenación es aquella que se ocupa de evitar peligros. Vigila, reacciona ante

Sobre el concepto clásico de policía administrativa puede consultarse igualmente: FERNANDO GARRIDO FALLA. "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", en RAP, n.º 28, enero-abril de 1959; y ALBERTO MONCADA LORENZO. "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa", *ibíd.*

- 93 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 103. La vieja teoría de la policía de la administración, proponen los autores de conformidad con los trabajos de la doctrina alemana, debe ser reconducida a su función específica del orden público. En cuanto al componente de facultad interventora de la administración que eventualmente podía integrar el concepto se propone, en consonancia con los trabajos doctrinales alemanes, el de administración ordenadora, no en el sentido estricto de orden público, sino para significar la función que se le reconoce a la administración de intervenir en las actividades privadas limitándola. De donde se deduce que orden público, administración ordenadora o limitadora y actividad prestacional de la administración son conceptos diversos.
- 94 PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones básicas*, Barcelona, Ariel Derecho, 2003, p. 641. Agrega este autor en el análisis jurídico de la administración ordenadora de la actividad de los particulares que la intervención de la misma implica jurídicamente lo siguiente: "[...] Se traduce, pues, en una incidencia restrictiva y, en su caso, negativa en la esfera jurídica de estos, que encuentra su justificación en la necesidad de articulación o coordinación de aquellas situaciones y, en general, de la actividad privada (ejercicio de libertades públicas; uso, disfrute y disposición de derechos subjetivos de naturaleza pública o privada, e, incluso, afirmación y actuación de situaciones establecidas de meros intereses jurídicos), bien con el interés general o público en sentido objetivo, bien incluso con los derechos o intereses legítimos de otros ciudadanos o administrados [...]. La ordenación y, sobre su base, la intervención, así como las limitaciones de ésta derivadas, presuponen necesariamente, pues, la existencia de posiciones activas privadas (de libertad o patrimoniales, protegidas en calidad de derechos subjetivos o de simples intereses legítimos) y no tiene por objeto el sacrificio o oblación de éstas, sino tan solo su restricción, su reconducción a determinados límites. Por ello y como regla general, tales limitaciones no dan derecho, por sí solas, a indemnización, en cuanto cargas generales que se imponen al cuerpo social y deben ser asumidas por éste...

situaciones concretas de crisis. En este sentido, la administración interviene mediante órdenes, prohibiciones y controles previos. La actividad ordenadora tiene, como base para sus decisiones, regulaciones normativas imperativas. Por su caracterización teórica, la actividad ordenadora es típicamente restrictiva de derechos; sin embargo, en la reciente literatura jurídica se amplía el marco de acción de la ordenación incluyendo actividades de prevención de peligros y riesgos en desarrollo de las actividades por los particulares. Así las cosas, se observa a la administración no solo regulando, sino también accionando mediante técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares, para evitar el acaecimiento de males a la comunidad.<sup>95</sup>

Dentro del anterior marco conceptual y de ejercicio de la moderna actividad ordenadora de la administración (o si se quiere, dentro del contexto clásico del poder de policía<sup>96</sup>), en el derecho colombiano, la licencia o autorización obtiene

95 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, 2003, p. 181.

96 En el derecho administrativo colombiano se viene de tiempo atrás trabajando la materia de la actividad ordenadora e interventora del Estado en los asuntos privados, desde la óptica de las antiguas elaboraciones del derecho de policía, aunque se observa, sobre todo, a partir del texto constitucional de 1991, la tendencia normativa a diferenciar entre actividades administrativas de ordenación, de simple orden público y de prestación o asistencia, lo cual implica que la teoría del poder policía y los consecuentes desarrollos de la policía administrativa doctrinalmente se reconduzcan por los senderos de una pronta revisión de sus fundamentos teóricos, y nos acerquemos más a una teoría moderna de la institución. Corte Constitucional. Sentencia T-873 del 4 de noviembre de 1999 (M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA): "La noción clásica de poder de policía en el Estado social de derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público —definición de policía administrativa—, pasa a convertir este fin —la defensa del orden público— en un medio. En donde el poder de policía, hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan el territorio, sino el efectivo ejercicio de éstos. En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. En donde la preservación del orden público deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquellos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad, salubridad y tranquilidad. La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo, sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa, sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público" (sentencia C-024 de 1994) [...] Dentro de este marco, los titulares de este poder y quienes ejercen el control sobre su ejercicio han de tener en cuenta que *los derechos y las libertades*

sus bases en las elaboraciones normativas imperativas de orden constitucional, legal o administrativo (reglamentos, regulaciones, órdenes, medidas administrativas, al igual que mediante la utilización de técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares para evitar el acaecimiento de males a la comunidad, etc.), de carácter interventor, limitativo y ordenador de las posiciones y situaciones de los particulares que surgen por razones de orden público o de interés general. Frente a este conjunto de limitaciones y ordenaciones de los intereses y derechos de los particulares, les corresponde a las autoridades competentes actuar de manera previa, manteniendo la limitación o permitiendo el ejercicio de la actividad o del derecho, en lo que se denomina en el clásico derecho administrativo colombiano como el desarrollo de la policía administrativa<sup>97</sup>.

## 2. Ejercicio de función pública administrativa de control previo y decisorio reglado, discrecional. Conceptos jurídicos indeterminados

La licencia se concreta en la expedición de actos administrativos discrecionales (conceptos jurídicos indeterminados) o reglados, según el caso<sup>98</sup>, en ejercicio

*de los individuos* constituyen no sólo su razón de ser sino su límite [...]. En la sentencia C-024 de 1994 esta corporación fijó unos parámetros que han de tenerse en cuenta para el ejercicio de este poder, en especial, del poder de policía administrativa, definida como el "poder jurídico por parte de las autoridades de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares". Estos parámetros, en términos generales, pueden resumirse así: – *Sometimiento al principio de legalidad*. Máxime cuando lo que está en juego es la restricción de derechos y libertades de rango fundamental. – *Primacía de los principios de eficacia y necesidad en el uso del poder y las medidas que se adopten*. No siempre las medidas que adoptan las autoridades administrativas en uso de este poder resultan ser las más eficaces para el fin propuesto, pero sí lo suficientemente lesivas de los derechos y libertades de los individuos. Por esta razón se afirmó en la sentencia en comentario que "La adopción del remedio más enérgico –de entre los varios posibles– ha de ser siempre la *ultima ratio* de la policía" – *Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas*, teniendo en cuenta las circunstancias y el fin perseguido con la medida a imponer, puesto que "El poder de la policía se ejerce para preservar el orden (...). No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades". Si bien las decisiones adoptadas en uso de este poder son discrecionales, esa discrecionalidad tiene límites impuestos por el propio legislador, al exigir que éstas sean adecuadas a los fines perseguidos, y proporcionales a los hechos que le dan origen (art. 36 CCA). Razón por la que se afirma que, en esta materia, la motivación del acto es esencial, no como simple requisito de legalidad, sino como un medio de control para el ejercicio de este poder, dado que ella permitirá definir si la medida adoptada cumple los requisitos antes mencionados. De esta manera, se podrá establecer si hubo exceso o desvío de poder por parte del funcionario correspondiente. – *Observancia del principio de la igualdad*. Al respecto, se afirmó en la sentencia en comentario: "el ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población".

97 RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 458 y ss. En lo nacional puede consultarse LIBARDO RODRIGUEZ. *Derecho administrativo. General y colombiano*, Bogotá, Temis, 2005, p. 494.

98 Corte Constitucional. Sentencia C-031 del 3 de febrero de 1995 (M. P. HERNANDO HERRERA

de función pública interventora previa de control. Esta actividad específica del poder público administrativo se reconduce, bajo consideraciones clásicas, en el denominado ejercicio de la policía administrativa o de funciones administrativas de control previo, en una visión moderna del asunto. En uno u otro caso, de todas maneras, con el propósito inconfundible de la preservación y el respeto al régimen imperativo de limitaciones. Ahora bien: se concreta mediante la expedición de un acto administrativo, de aparente contenido individual, subjetivo o particular, en donde se adopta la decisión correspondiente de licenciar, autorizar (o dado el carácter irregular de nuestra legislación, también puede consistir en permitir, habilitar, o facultar) al particular-administrado para el desarrollo o ejercicio de determinadas actividades o derechos, si en la verificación previa se llega a la conclusión de que el interesado satisface las exigencias normativas limitativas u ordenadoras de estas.

Lo anterior significa que la administración competente debe dar por satisfechas las condiciones impuestas en las normas superiores e imperativas, para remover administrativamente las barreras o limitaciones impuestas a los derechos o actividades de los particulares-administrados. De conformidad con la estructura irregular del concepto de licencia y de autorización que hemos analizado en el presente estudio, es posible, como lo acepta la doctrina administrativa, que la decisión correspondiente pueda darse por vía de la discrecionalidad o del ejercicio reglado de la potestad administrativa. La primera de las hipótesis resulta inevitable, en cuanto el ejercicio del poder es esencialmente humano y no se agota en la presencia absoluta de potestades regladas. En consecuencia, no compartimos las tesis de quienes pretenden negar espacio a las facultades

VERGARA): “[...] Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas... Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario, se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades [...]”.

discrecionales de la administración. Las consideraciones de mérito y oportunidad, la apreciación de circunstancias especiales y singulares resultan inevitables, en los contextos del Estado social de derecho, para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica. La norma no tiene la virtualidad de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración mediante la discrecionalidad es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta<sup>99</sup>.

Discrecional en los eventos en que la potestad administrativa para su ejercicio, por permisión normativa, el operador estima subjetivamente y de manera complementaria, en los procesos de aplicación de la normas, las condiciones y el contenido del cuadro de exigencias normativo. La norma determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad, permitiéndole a la administración que configure el resto de las condiciones, o bien en lo relacionado con la integración última de los supuestos de hecho para su operancia, o en cuanto a su contenido conforme a los presupuestos indicados en ella misma, o en ambas hipótesis. Frente al tema de las autorizaciones, el ejercicio de la potestad administrativa bajo estas condiciones implica irremediamente la sujeción, en todo caso, al texto de la norma correspondiente, esto sobre la base de que estamos ante el ejercicio no de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho.

La estimación subjetiva permitida a la administración debe ser necesariamente de origen normativo y no extrajurídico, de carácter parcial, que no implique un traslado total de la facultad configuradora de la potestad administrativa discrecional a la administración. En esta dirección, para la procedencia de la autorización correspondiente, debe la norma como mínimo haber definido la existencia de la potestad para ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia de la administración para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio bajo estas condiciones. La discrecionalidad, en consecuencia, no es otra cosa que una hipótesis de remisión normativa, a criterios adicionales de la administración, para efectos de complementar el cuadro regulatorio y de condiciones para el ejercicio completo de la po-

99 PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993. PAREJO ALFONSO, quien reacciona contra algunos de los planteamientos radicales de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en especial en los relacionados con el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales, no se aparta sustancialmente de lo expuesto por este autor. Sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a esta le corresponde actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados dentro del Estado social de derecho. En este sentido, propone que a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial, no obstante adquiriría en estos casos especiales connotaciones por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada.

testad en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias y condiciones que lo rodean y tipifican, siempre dentro de los senderos del derecho<sup>100</sup>. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la facultad discrecional de la administración no es otra cosa que

[...] un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora [...] <sup>101</sup>.

La potestad discrecional, en el análisis de las autorizaciones y licencias, tiene importancia en cuanto se refiere al ámbito de su incidencia material frente a las actividades o derechos objeto de ella, en cuanto resulta admitir la posibilidad de su procedencia frente a derechos preexistentes, lo cual abre el paso exclusivamente respecto de las simples actividades no vinculadas a derechos en donde la administración goce de amplitud de poderes para el otorgamiento de la respectiva autorización o licencia. El tema de los derechos preexistentes nos reconduce en materia de licencias al ejercicio de potestades regladas.

Resulta importante y trascendente abordar el estudio del fenómeno de la discrecionalidad frente a las licencias y autorizaciones simultáneamente y con especial referencia a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que guarda una relación inevitable con el ámbito de la estimación y valoración con la discrecionalidad, lo cual plantea no pocos problemas desde la perspectiva doctrinal, sobre todo para entender el ámbito de procedencia de cada una de las figuras<sup>102</sup>. Algunos sectores de la doctrina alemana (sobre todo quienes se apartan

100 Corte Constitucional, Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000 (M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA): “[...] La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional [...]”.

101 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 446 a 450.

102 SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., 220. La diferencia entre actividad discrecional, reglada y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiendo por tal “[...] una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostiene que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tiene su origen tan solo

de la discrecionalidad como concepto único<sup>103</sup>) resuelven este aspecto destacando que mientras el poder discrecional de la administración aparezca vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso<sup>104</sup>.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, mediante los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma. En los conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.).

De todas maneras y no obstante su generalidad, lo cierto resulta ser, y así se acepta por la doctrina, que en la norma se intenta delimitar supuestos específicos (esfera de realidad) a partir de los conceptos abstractos invocados, algo difícil (y que consolida lo indeterminado del concepto), dada la ausencia de rigor de los términos invocados, que impiden su cuantificación o determinación, razón por la cual, de todas maneras, queda en manos de la administración definirlos y concretarlos, en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma, y de la consolidación, a diferencia de la discrecionalidad, de una "*unidad de solución justa y adecuada al caso concreto*", o decisión correcta para el caso, esto mediante técnicas de valoración y pronóstico, desarrolladas dentro del espacio de apreciación<sup>105</sup> autorizado a la administración, o de cognición

en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [...]"

103 Véase nota anterior.

104 HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001, pp. 54 y ss.

105 *Ibíd.*, p. 56.

objetivable, como lo denomina la doctrina española<sup>106</sup>, obviamente dentro del contexto impuesto por la norma, y en general por el derecho.

La aplicación de normas discrecionales difiere, en consecuencia, de este mismo ejercicio frente a los conceptos jurídicos indeterminados. Respecto de estos últimos, la valoración y el pronóstico de los conceptos abstractos empleados en la norma debe llevar irremediablemente a una única solución posible y justa frente al caso concreto. Se trata de aplicar la norma, subsumiendo en ella, no obstante su imprecisión, unas circunstancias fácticas concretas y específicas; de aquí que la doctrina sostenga que el método de valoración en que se sustenta es claramente reglado, en la medida en que no interfiere la estimación subjetiva del administrador, es ante todo un procedimiento "[...] intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido [...]"<sup>107</sup>.

Lo anterior es sustancialmente diferente de la actividad discrecional, en donde la administración tiene a disposición una multiplicidad de decisiones todas ellas posibles y justas y, mediante el método de la estimación subjetiva, muchas veces nutrido con elementos de oportunidad y conveniencia, tiene la posibilidad de escoger la alternativa que considere prudente y adecuada, sin negar que todas las demás alternativas tienen la posibilidad de ser igualmente catalogadas y justificadas, siempre actuando dentro de los marcos del derecho

106 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 451.

107 *Ibíd.*, pp. 452 y 453.

108 MANUEL ATIENZA. "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Reda*, n.º 85, marzo de 1995. "[...] La consecuencia de la idea regulativa del Estado democrático de derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica. El que esto sea así, se encuentra estrechamente conectado con un extremo que aparece justamente remarcado en la obra de TOMÁS R. FERNÁNDEZ: el poder público es un poder funcional, otorgado en consideración a fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio (pág. 163). No cabe por eso establecer ningún paralelismo con lo que ocurre con los contratos entre particulares, es decir, a propósito de los poderes privados (cfr. Parejo, págs. 38 y sigs.). Lo que hace que la posición del juez, en uno y otro caso, sea distinta es precisamente que los particulares, salvo casos excepcionales, no tienen porqué justificar (en términos jurídicos) su comportamiento. Dicho de otra forma, la autonomía—en cuanto valor moral—sólo puede predicarse de los individuos [...]" "[...] Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que *justifica* la actuación *discrecional* de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma; por ejemplo, en el caso del planeamiento urbanístico, el haber confeccionado una Memoria que contenga referencias a una serie de aspectos, de manera semejante a como, en una sentencia judicial, el aspecto formal viene dado por la existencia de antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y parte dispositiva. Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción; por ejemplo, las razones para otorgar a un terreno una determinada calificación urbanística, que vendrían a ser el equivalente de las razones, los argumentos, esgrimidos en una sentencia para considerar como probado un hecho o para interpretar una norma en un determinado sentido.

y con proscripción absoluta de la arbitrariedad, y con la posibilidad clara en nuestro ordenamiento de que tanto estas decisiones como las que lo fueren de la valoración propia de los conceptos jurídicos indeterminados deberán estar siempre motivadas<sup>108</sup> y en consecuencia sujetas a control judicial pleno<sup>109</sup>.

Esas razones (insisto: razones *justificativas*) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) en favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de Derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de porqué se considera como probado un determinado hecho. Como es bien sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía, es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que «lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario» (Tomás R. Fernández, pág. 82), si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud [...].

- 109 FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994. El profesor TOMÁS R. FERNÁNDEZ, quien retoma radicalmente el problema, sostiene la necesidad de controlar integralmente los actos productos de la discrecionalidad cuando estos desdibujan los marcos que el derecho les concede a las autoridades para su expedición. En concreto, plantea que todas las decisiones de la administración son susceptibles de control judicial, dentro de las cuales necesariamente están incluidos los actos discrecionales, que de ninguna manera se admite que puedan ser arbitrarios. Para estos efectos, incluso este tipo de acto debe caracterizarse por estar motivado, es decir, debe estar basado en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del servidor público que lo produce. La discrecionalidad no puede confundirse con el deseo personal o subjetivo del agente público. Los argumentos que justifiquen la decisión discrecional no deben ser contrarios a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos reales que llevan a la adopción de la misma. Las razones y la decisión administrativa discrecional deben ser coherentes entre ellas, las primeras deben corresponder materialmente a lo que se decide. Agrega TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que los anteriores aspectos deben servir de marco para que el juez administrativo controle los actos de carácter discrecional, no solo frente a la simple ley, sino básicamente, y en esto la tesis del autor se ha considerado radical, frente al derecho mismo, por lo que se trata de un control contencioso de juridicidad y no de simple legalidad. Es importante que el juez verifique si realmente se dieron o existieron las razones que la administración invoca para la expedición de un acto discrecional y de ser cierto, que tales razones sean reales y además congruentes con la decisión que se está adoptando. La decisión judicial puede llevar a la nulidad del acto correspondiente o, excepcionalmente, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, si no es posible otra solución. De esta forma, reacciona este autor contra la posibilidad de confundir discrecionalidad con arbitrariedad; destaca que si bien es cierto que históricamente se dio esta posibilidad, en la actualidad es totalmente inadmisibile. Discrecionalidad no solamente no es arbitrariedad, sino que implica igualmente la posibilidad de ejercer, como lo advertimos, control sobre cualquier acto fundado en el ejercicio de facultades discrecionales, incluso en cuanto impliquen análisis de oportunidad para la adopción de decisión. “[...] Si en el principio, como hemos visto, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley

Ahora bien: así, lo señala MAURER, el componente indeterminado e ilimitado utilizado en la disposición normativa, en valoración previa, acepta varias interpretaciones posibles, todas ellas adecuadas y oportunas. En estos casos, le corresponde a la administración entender el componente indeterminado en el sentido que lo lleve a una decisión única y justa objetivamente<sup>110</sup>.

Para el caso que nos ocupa, si la norma condiciona el otorgamiento de la autorización o licencia a la configuración de un concepto jurídico abstracto, que de ser materializado por la administración mediante un proceso objetivo de valoración del mismo frente a la realidad fáctica y que, como consecuencia, da lugar a que la decisión sea inevitablemente la de otorgar la autorización o la licencia correspondiente, nos encontramos entonces ante un caso típico de aplicación de la temática de los conceptos jurídicos indeterminados. MAURER ejemplariza el asunto a la luz del derecho alemán, en las hipótesis de autorizaciones jurídicas de industria y comercio, que tan solo pueden ser conferidas cuando el interesado posee *confiabilidad necesaria*, o en las hipótesis normativas de protección a los monumentos públicos cuando se determina la adopción de medidas de protección si la obra es *digna de monumento*<sup>111</sup>.

La potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y los supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones, producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma, tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o

y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna [...].

110 MAURER. *Elementos de derecho administrativo alemán*, cit., p. 55. "[...] El problema del concepto jurídico indeterminado se sitúa en el ámbito de la comprensión. La aplicación de esos conceptos en cada caso particular requiere una valoración y, muchas veces, también un pronóstico futuro. Esto es tan solo posible si se consideran muchos puntos de vista, algunos de ellos diferentes, que deben ser considerados, evaluados y ponderados recíprocamente. La decisión, en sí, única conforme a derecho, no siempre se deja determinar inequívocamente [...]" PARADA. *Derecho administrativo*, cit., p. 102. El problema ha sido, así mismo, advertido en la jurisprudencia española. Al respecto, en sentencias del 12 de diciembre de 1979 y 13 de julio de 1984, el Tribunal Supremo Español indicó lo siguiente: "[...] Conceptos jurídicos indeterminados son [...] aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la técnica de la discrecionalidad [...]."

111 MAURER. *Elementos de derecho administrativo alemán*, cit., p. 55.

derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado.

La doctrina expone como caso tipo de las licencias sujetas a potestades regladas las de carácter urbanístico, en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de la mismas, con el proyecto que va a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas.

El derecho administrativo colombiano acepta estas hipótesis. Piénsese en el caso de licencias o permisos para el uso de armas o las propiamente urbanísticas (por lo menos en las de construcción y de urbanización). En ambos casos, si bien es cierto que la decisión correspondiente está circunscrita a un régimen de limitaciones imperativas, en el primero, la administración bajo consideraciones de mérito u oportunidad podría negar la licencia o suspenderla; en el segundo caso, de cumplirse de manera estricta con lo establecido en la ley, la obligación y el deber de la administración es otorgarla.

### 3. Efectos del acto de licencia

Determina el marco para la efectiva y adecuada ejecución de la actividad o el derecho. El acto administrativo de autorización o licencia es un acto inagotable frente al objeto autorizado. En la realidad, se convierte en una norma jurídica inherente a dicho objeto y lo acompaña por el tiempo que el mismo subsista en el tráfico jurídico.

#### E. EL CONCEPTO DE LICENCIA URBANÍSTICA

En una quinta aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, esta vez, trasladándola directamente al ámbito del derecho urbanístico y territorial, tenemos que la doctrina tradicional y clásica del derecho urbanístico ha retomado y aplicado de manera directa los conceptos de autorización, licencia y limitaciones a las actividades y derechos urbanísticos y territoriales como elementos centrales de la disciplina, tanto así, que ha tipificado como uno de sus principios básicos el del sometimiento de todas las actividades que impliquen un uso artificial del suelo y otros bienes vinculados con el urbanismo al control previo, cuya finalidad es comprobar la conformidad de aquellas con las normas en cada caso aplicables, control de competencia administrativa que se resuelve en el otorgamiento o negativa de una licencia o autorización urbanística al interesado<sup>112</sup>.

112 FERNÁNDEZ. *Manual de derecho urbanístico*, cit., p. 218.

Se ha entendido, en consecuencia, por licencias de esta naturaleza, aquel acto administrativo de autorización favorable de la administración con el que se remueven los obstáculos o limitaciones impuestos normativamente para el ejercicio de un derecho vinculado con el urbanismo. Derecho del cual ya era titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no pone en peligro el interés protegido en la norma y de que se cumple plenamente con las condiciones establecidas en el ordenamiento urbanístico. Para el caso del derecho de propiedad, se permite que determinados sujetos puedan ejercitar el derecho a edificar que se entiende incito en el mismo, con sujeción a los parámetros de las normas generales urbanísticas y territoriales, en especial en los planes correspondientes. La administración, al otorgar la licencia urbanística, no confiere derecho alguno, simplemente controla si el acto solicitado se ajusta al ordenamiento jurídico.

Conforme a los sustentos doctrinales expuestos a propósito de la teoría de las restricciones normativas, como sustrato de las autorizaciones, se entiende que las licencias urbanísticas se enmarcan dentro de la categoría de las limitaciones administrativas de derechos y demás actuaciones de los particulares-administrados, establecidas en las normas urbanísticas generales, ley, reglamento o plan. En consecuencia, la decisión en ellas contenida no es otra cosa que una aplicación de técnica autorizadora, que supone la remoción de una prohibición normativa al ejercicio de un derecho subjetivo, impuesta por la necesidad de verificar, de manera previa, si dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho o actuación según la ordenación urbanística. En tratándose del derecho de propiedad, incide, por lo tanto, sobre su ejercicio en el componente de edificabilidad, respecto del uso del suelo y precisamente no sobre el contenido del derecho en sí.

En este sentido, se considera que se trata de una simple autorización, la cual refleja un simple ejercicio de subsunción del proyecto urbanístico correspondiente con la legalidad urbanística aplicable en el territorio municipal. Lo anterior, sin valoraciones o consideraciones subjetivas de ninguna índole, lo que hace que la actuación de la administración esté dominada por un método objetivo y esencialmente reglado; excepcionalmente, en los precisos casos señalados por el legislador podría concebirse como discrecional o producto de valoración en cuanto sujeta a conceptos jurídicos indeterminados. De todas maneras, debemos destacar que la doctrina encuentra en las licencias urbanísticas una arraigada y profunda regla general de que su otorgamiento es reglado en la medida en que está en juego el ejercicio de derechos como el de propiedad<sup>113</sup>.

113 MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO. "Las licencias urbanísticas", en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, cit., p. 417.

La doctrina generalmente acude a los anteriores elementos para caracterizar el fenómeno licenciatario. El profesor RAMÓN PARADA, al analizar el concepto jurídico de licencia urbanística, retoma los anteriores elementos objetivos y formales del concepto de licencia urbanística y los expone siguiendo sus parámetros clásicos, como lo hace la generalidad de este sector doctrinal, reiterando que se trata de un fenómeno autorizador tendiente a la remoción de las limitaciones que las normas superiores imponen a los derechos y actividades relacionados con el urbanismo<sup>114</sup>.

Agrega en su estudio este autor que de conformidad con el derecho español, y en esto es coincidente la mayoría de la doctrina especializada en el tema, la licencia urbanística se caracteriza igualmente, por reglada, real y autorizadora puntual. Lo primero, en cuanto simplemente se trata de un fenómeno de confrontación de la norma con el proyecto respectivo con el fin de verificar su coincidencia y levantar las prohibiciones que correspondan<sup>115</sup>; lo segundo, esto es real, en la medida en que atiende exclusivamente el objeto sobre el que recae<sup>116</sup>; y, autorizadora

114 PARADA. *Derecho administrativo*, cit., p. 590. “[...] La licencia urbanística es un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes. El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia ni deriva directamente del derecho de propiedad [...] se adquiere con el llamado derecho al aprovechamiento urbanístico a partir del momento en que se cumplen en plazo los deberes legales. Cosa distinta es que ese derecho al aprovechamiento urbanístico no pueda ser actuado sino a partir del otorgamiento de la licencia [...]”.

115 PARADA. *Derecho administrativo*, cit., p. 590. “[...] Pero el dato fundamental de la licencia urbanística que la jurisprudencia ha destacado una y otra vez es su carácter reglado, no discrecional. Por ello las normas y los planes invocados para otorgar o negar la licencia han de ser los vigentes y publicados cuando se otorga o deniega, no siendo lícita «una denegación de la licencia amparándose en una ordenación futura que precisamente por futura no es todavía un mandato jurídico dotado ya de eficacia social organizadora» (STS de 2 de febrero de 1989 y otras muchas anteriores y posteriores, etc.). Es asimismo incompatible con ese carácter reglado someter el otorgamiento de la licencia a gravámenes del tipo de cesión de terrenos o de pago de indemnizaciones o contribuciones especiales (STS de 12 de marzo de 1973). Sí es posible, por el contrario, imponer una *conditio inris*, es decir, condiciones que –como dice la STS de 2 de febrero de 1989– hagan viable en Derecho el otorgamiento de una licencia «adaptando, completando o eliminando extremos de un proyecto no ajustado a la ordenación urbanística» [...]”.

116 PARADA. *Derecho administrativo*, cit., p. 590. “[...] Es asimismo una autorización real porque sólo atiende al objeto sobre el que recae. Por eso, la licencia ni da ni quita derechos, limitándose a permitir a quien ya los tuviere su libre ejercicio. En principio, pues, para construir no es necesario justificar de forma absolutamente fehaciente la titularidad domical de un derecho real sobre los terrenos a edificar, si bien es lícita la denegación de las licencias cuando resulte probado que los terrenos son de dominio público y no del particular que la solicita o existan dudas razonables sobre la titularidad privada de los mismos. De otro lado, la licencia se otorga con abstracción de las circunstancias personales del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante en tanto que una modificación en las condiciones del terreno altera el planteamiento de la pretensión [...]”.

puntual, en cuanto no es una típica autorización operativa que crea una relación más o menos estable y duradera entre la administración y la actividad autorizada. Para este sector doctrinal, la licencia de obras es una autorización puntual, frente a cada proyecto, que se agota una vez realizada la actividad edificadora. Esta característica resulta relativa cuando se refiere a otros ordenamientos como el colombiano, en el cual la licencia acompaña prácticamente durante toda su vida la obra u actividad urbanística correspondiente, creando el legislador, en algunos casos, efectos jurídicos frente a su desconocimiento como norma permanente. Por lo tanto, se trata de una afirmación válida exclusivamente para el régimen positivo dentro del cual se predica, como lo es, insisto, el español.

LUCIANO PAREJO ALFONSO determina el alcance del concepto básico de licencia urbanística a partir de los poderes de intervención de la administración para su expedición, fundándolos precisamente en la existencia de limitaciones normativas, que deben ser objeto de verificación previa por las autoridades, con el fin de permitir la realización de actos relativos a la edificación y el uso del suelo. En esta especial circunstancia se llega a la conclusión de que la licencia es entonces una clásica medida de intervención administrativa en la actividad de edificación y uso del suelo, en cuanto excluye para esta actividad el régimen de libre ejercicio, reconduciéndose por lo tanto la actividad de la administración por los senderos de la técnica de la autorización<sup>117</sup>, con la cual no se reconocen propiamente derechos, sino que, por el contrario, se hace viable su ejercicio<sup>118</sup>.

La licencia urbanística, desde la perspectiva del principio de legalidad, constituye un fenómeno de subsunción clara y evidente de la realidad fáctica

117 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., p. 486. “[...] En consecuencia, es claro que la licencia urbanística se encuadra en la categoría genérica de las limitaciones administrativas de derechos, y, concretamente, en el tipo de limitaciones que implican una prohibición general (de ejecutar un acto de edificación o uso del suelo sin licencia), pero relativa o con reserva de excepción a otorgar por la administración (concesión de la licencia si el acto se ajusta a la ordenación urbanística). En definitiva, y sin perjuicio de la vaguedad del concepto y de la crisis actual de su formulación clásica, la licencia urbanística constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto impuesta por la necesidad de contrastar previamente que dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la ordenación urbanística [...]”

118 Ídem. “[...] Incide no sobre el contenido del derecho a la edificación o uso del suelo de que se trate (eso ya sabemos que es lo propio del Plan), sino sobre el ejercicio de dicho derecho. Lo que queda sujeto a licencia es, en efecto, el acto de edificación o uso del suelo; acto que conceptualmente sólo puede intentar realizarse con base y a partir del estatuto del derecho de propiedad definido por la previa ordenación urbanística y una vez cumplidos, en su caso, los requisitos por ésta exigidos (urbanización, justa distribución de beneficios y cargas a través de la reparcelación o de la compensación, en suelo urbano y urbanizable; aprobación específica en suelo no urbanizable normal) para la actuación del aprovechamiento por ella asignado [...]”.

representada por el proyecto correspondiente con el ámbito de las normas territoriales y urbanas.

[...] Ésta ha de otorgarse de acuerdo con las previsiones de la propia Ley, de los Planes de Ordenación y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, es decir, de la ordenación urbanística, precisándose que toda denegación de licencia debe ser motivada [...] <sup>119</sup>.

#### F. LA LICENCIA EN EL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL COLOMBIANO

En tratándose del derecho urbanístico y territorial colombiano, los anteriores conceptos y análisis, si bien resultan básicos, dada la estrecha relación e influencia del derecho ibérico en la conformación de las instituciones urbanísticas y territoriales nacionales, deben ser objeto de algunas importantes precisiones, dadas las particularidades de nuestro régimen constitucional y administrativo, pero, fundamentalmente, teniendo en cuenta que los conceptos doctrinales expuestos tienen como base una concepción estricta, objetiva y relacionada con derechos de estirpe subjetivos de los interesados. En tratándose del derecho colombiano, estos aspectos ameritan especiales comentarios, dadas las características de nuestra legislación, en donde se observan variantes cualitativas frente a la dogmática expuesta, en la medida en que resulta innegable el papel que juegan, desde la perspectiva limitadora de la acción de los titulares de estrictos derechos subjetivos, los derechos colectivos y difusos de los asociados en la motivación y legalidad en general de las licencias urbanísticas, aspecto que ha quedado esclarecido en la primera parte de esta ponencia.

Como lo indicaba, en lo fundamental la legislación colombiana retoma los elementos tradicionales y objetivos del concepto doctrinal de licencia urbanística. Es así como de la simple lectura de las caracterizaciones legales y reglamentarias de licencia en la materia (artículo 99 numeral 1 de la Ley 388 de 1997 en concordancia con el 1 del Decreto 564 de 2006) se las entiende como autorizaciones previas, expedidas por la autoridad competente, producto del ejercicio de la función pública de verificación de la legalidad urbanística, luego de ordenación de la actividad de los particulares-administrados (artículo 101 inciso 2.º de la Ley 388 de 1997), con la cual se habilita al interesado para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, de loteo o subdivisión de predios

119 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., p. 486. “[...] Tiene por objeto controlar que el acto que se pretende ejercer está de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable, es decir, consiste en un control de licitud, de respeto por dicho acto de los límites fijados (en el caso típico, al *ius aedificandi*) por aquella ordenación [...]”.

para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento. Antes de este marco normativo, en el artículo 55 del Decreto-ley 2150 de 1995 se entendió por licencia “[...] el acto por el cual se autoriza a solicitud del interesado, la adecuación de terrenos o la realización de obras [...]”. Este esquema normativo está perfectamente acoplado con los trabajos doctrinales a los que nos hemos referido en numerales anteriores.

Las licencias urbanísticas se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, a los 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 la ley del medio ambiente (artículo 99 numeral 2 de la Ley 388 de 1997).

El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de tal licencia en los términos y condiciones expresados en ella. La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, ni de la posesión sobre el inmueble o inmuebles objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios o inmuebles y producen todos sus efectos aun cuando sean enajenados (literal a del artículo 5.º del Decreto-ley 151 de 1998, en concordancia con el artículo 29 del Decreto 564 de 2006).

En detalle, una caracterización del tema nos permite sostener lo siguiente:

### **1. Carácter participativo y democrático del procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas**

La existencia inevitable de derechos colectivos y difusos de la comunidad en los asuntos urbanísticos conlleva, a la luz del Estado social y democrático de derecho, que las licencias urbanísticas constituyen, en cuanto a su trámite se refiere, un asunto de interés general, luego no exclusivo de la órbita subjetiva de los interesados, tal como lo reconocen en el derecho colombiano el artículo 4.º inciso final de la Ley 388 de 1997, cuando dispone que la participación ciudadana en las actividades urbanísticas podrá desarrollarse también con la intervención pública en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas, lo anterior en concordancia con el 65 de la Ley 9.ª de 1989, que obliga a la citación y notificación de los actos procesales urbanísticos y de las licencias correspondientes a vecinos colindantes y terceros, con el fin de que participen en las correspondientes actuaciones administrativas en defensa de sus derechos.

Pero lo que resulta más interesante y trascendental para el asunto es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º literales *a, c, d, e, f, g, h,*

*j*, *l*, y *m* de la Ley 472 de 1998<sup>120</sup>, la temática del derecho urbanístico y territorial es considerada legalmente como relativa a los derechos e intereses colectivos. En especial el literal *m*, que determina que es de esta naturaleza, y no exclusivamente subjetivo, lo relativo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Sobre esta base normativa, se entiende, entonces, que el tratamiento de las licencias urbanísticas en el derecho colombiano va mucho más allá del simple tratamiento formal otorgado por la doctrina dominante y se adentra significativamente en el ámbito de las relaciones entre derechos subjetivos de los interesados, colectivos, difusos e incluso subjetivos de terceros eventualmente involucrados en la decisión, en los términos de las reglas establecidas en las normas generales territoriales y urbanísticas. En consecuencia, son características importantes para destacar dentro del concepto de licencia urbanística en el derecho colombiano las siguientes:

#### **a. La licencia como verificación de reglas**

Como se observa desde la perspectiva legislativa, las licencias urbanísticas en el derecho colombiano, en cuanto ejercicio de la función pública de control

120 Ley 472 de 1998. "Artículo 4. Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley."

urbanístico<sup>121</sup>, comparten esta esencia formal y de propósitos que la doctrina propone respecto del concepto y naturaleza de licencia urbanística. Sin embargo, es de advertir que algunos de los elementos del concepto doctrinal propuesto adquieren connotaciones diferentes en el derecho nacional si se tiene en cuenta que en nuestro derecho este tipo de decisiones no se fundan en estrictas consideraciones subjetivas individualistas, en la medida en que es una verdad irrefutable que involucran en sus contenidos y decisiones reglas tendientes a garantizar los intereses generales de la sociedad, abordando en consecuencia intereses y derechos de la comunidad.

Esta la razón por la cual, para su cabal entendimiento jurídico, conceptualización y determinación, debemos romper el contexto clásico y tradicional del individualismo jurídico, propio de las decisiones administrativas de contenido subjetivo o personal, y ubicarnos en el contexto más amplio y comprensivo de los fenómenos que involucran a la comunidad en general, esto es, desde la perspectiva del derecho administrativo, aquel espacio reservado a las reglas edificadas por el legislador o la autoridades locales, sobre la base de servir de mecanismos adecuados para quebrar los conflictos relativos a los derechos colectivos o difusos, frente a los propiamente subjetivos, en donde la administración aplica mediante criterios de subsunción las normas-reglas vinculantes diseñadas para estos efectos y que se suponen han sido el producto de una actividad ponderada del legislador o de las autoridades locales competentes, al elaborar las reglas urbanísticas y territoriales, y mediante las cuales, se supone, han resuelto los conflictos entre los principios enfrentados a propósito de la actividad territorial y urbanística<sup>122</sup>.

121 GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los principios de la organización del urbanismo", cit., pp. 302 a 305.

122 La teoría de la ponderación como instrumento de aplicación de principios y de resolución de colisiones que se puedan presentar entre ellos tiene plena aplicación en el ámbito de la estructuración de las normas urbanísticas y territoriales, en donde, como hemos destacado, entran en juego diversidad de principios constitucionales y legales sustentados en razones contradictorias. Sobre esta base entendemos que en la elaboración de las normas de esta naturaleza juega papel primordial en nivel de ponderación que las autoridades legislativas y administrativas desarrollan para determinar el peso específico que un principio debe tener en un momento determinado dentro de la dinámica del urbanismo y el ordenamiento territorial. Así mismo, en contraposición a esta metodología reconocemos que la decisión habilitadora o autorizadora propia de las licencias urbanísticas no es el producto directo de un trabajo de ponderación, en cuanto que la actividad de la administración en estos casos se reconduce a la simple verificación y aplicación objetiva de normas-reglas de carácter imperativo y sujetas a criterios de jerarquía, lo cual nos lleva a sostener que en este ejercicio se observa lo que ALEXEY con razón identifica como un simple trabajo de subsunción normativa. Al respecto puede consultarse a ROBERT ALEXEY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, pp. 93 y ss. Se puede consultar integralmente el trabajo del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000. En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor

Para estos efectos, metodológicamente debemos abordar el asunto ubicándolo en cuanto a su procedencia y operancia dentro del ámbito específico de las reglas sobre ordenación del territorio y de lo urbano, en donde lo determinante es la aplicación de reglas que, se supone, se fundan en los términos de la ley y de las normas generales territoriales, en el tratamiento y la defensa de los intereses generales, lo que nos reconduce, por medio de la aplicación estricta de éstas, por subsunción, a la protección y el respeto de los derechos colectivos y difusos de la comunidad, y no propiamente, o por lo menos de manera exclusiva, de los intereses estrictamente subjetivos o personales de los individuos; individuos que, por lo demás, dentro del contexto de lo territorial, no debemos olvidar, para cualquier consideración jurídica, conviven, se relacionan y ejercitan sus derechos en comunidad; luego, inevitablemente, el ejercicio de sus derechos subjetivos se articulan y deben ceder frente a los de la colectividad, lo cual se garantiza con la aplicación estricta de las reglas imperativas, que deben ser verificadas en los procesos administrativos de obtención de licencias urbanísticas.

#### **b. La licencia urbanística y el debate entre los derechos subjetivos y los colectivos o difusos**

La licencia urbanística es, entonces, desde la perspectiva de los sujetos involucrados con sus contenidos y legitimados para participar en su trámite, un asunto de participación ciudadana, tal como lo reconoce en el derecho colombiano el artículo 4.º inciso final de la Ley 388 de 1997 en concordancia con el 65 de la Ley 9 de 1989, razón elemental para suponer que en su trámite, expedición y vigencia se deben conciliar tanto los derechos subjetivos como los colectivos, difusos o incluso subjetivos de terceros eventualmente involucrados en la decisión, en los términos de las reglas establecidas en las normas generales territoriales y urbanísticas, tal como se expuso en la primera parte de esta ponencia.

CARLOS BERNAL en diferentes escritos entre los que destacamos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.; "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales" (artículo), Universidad Externado de Colombia, 2004; y "Estructura y límites de la ponderación" (artículo), Universidad Externado de Colombia, 2005. En igual sentido, sobre las bases de esta metodología, fuera de los textos básicos de DWORKIN (*El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005) y de HERBERT L. A. HART (*O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001), puede consultarse *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin* (Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2002).

### c. La licencia como un acto de intervención y verificación previa

Las licencias urbanísticas, en cuanto instrumento de intervención, se fundan de manera directa en los principios del control y la verificación previos a cualquier actuación que afecte los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico territorial y urbanístico, en aras de garantizar el objeto, los propósitos y finalidades de este orden jurídico imperativo y en especial de los derechos subjetivos y de los colectivos o difusos de la comunidad en su conjunto en especial y de manera armónica de los unos con los otros.

Con la presencia de la administración pública en ejercicio de poderes policivos se pretende la racionalización de los usos y aprovechamientos del suelo y del territorio en función de las necesidades e intereses de la colectividad<sup>123</sup>, limitando de manera evidente por estas razones el ejercicio pleno de derechos subjetivos y las actividades individuales, de manera tal que se armonicen y humanicen los ambientes en que vive el hombre, esto es, el urbano y el rural; se armonicen con el conjunto de intereses de la población recogidos en las normas territoriales y urbanísticas; en otras palabras, con los derechos colectivos o difusos de la comunidad e incluso con los simplemente subjetivos de terceros.

Las limitaciones urbanísticas, contenidas en reglas vinculantes, surgen en razón de los propósitos y finalidades de la ordenación del territorio y el cumplimiento efectivo de estos, básicamente de los derechos colectivos o difusos, y se fundan en consonancia con la Constitución Política, artículos 1.º, 2.º, 7.º, 8.º, 51, 58, 78 a 82 y 95 incisos 1 y 8, y con el artículo 3.º de la Ley 388 de 1997 en la aplicación efectiva de reglas que, se suponen, han sido el producto de la actividad ponderada del legislador o de las autoridades locales competentes al resolver los conflictos suscitados entre principios derivados de la autonomía privada y los constitucionales y legales sustentadores del ordenamiento territorial, como son los de la función social y ecológica de la propiedad, prevalencia del interés general sobre el particular, distribución equitativa de cargas y beneficios, y el del ejercicio del urbanismo bajo el concepto de función pública, que constituyen la columna vertebral de toda la actividad urbanística y territorial y de los cuales se deduce que nuestro derecho territorial y urbanístico no se fundamenta en razones estrictamente individualista, sino que, por el contrario, proclama como base del mismo la de un derecho defensor de los intereses generales, en consecuencia de todo aquello que se relacione con los individuos en conjunto y no aisladamente considerados.

La licencia verifica esta realidad objetiva limitadora garantizando la ordenada convivencia y el uso racional esperado por el legislador o la autoridad

123 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., p. 484.

correspondiente al estructurar la norma urbanística<sup>124</sup>. Para estos efectos, la licencia se torna en el resultado positivo de un procedimiento administrativo previo, adelantado en desarrollo de facultades policivas y control de la administración, y que tiene por objeto, como lo advertimos, licenciar la actividad afectante, siempre y cuando esta se adecue a la legalidad urbanística y territorial<sup>125</sup>.

La actividad de verificación implica confirmar el respeto y cumplimiento de estos propósitos, delineando y ajustando a las reglas estrictas una intervención específica de los bienes protegidos por las normas urbanísticas, autorizando su desarrollo, siempre y cuando se den las condiciones para el respeto y acatamiento de las limitaciones y el cumplimiento de los demás contenidos imperativos del régimen urbanístico y territorial, garantizando el respeto a lo colectivo, esto es a los derechos difusos del conglomerado.

En la realidad de las cosas, con el deber de la administración de ejercer el control previo se pretende que se verifique el cumplimiento del orden jurídico urbanístico, se entiendan removidos, por el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de ley, los obstáculos legales para el libre ejercicio de un derecho subjetivo o de una actividad de las que son objeto de licencia, declarándose la actividad como viable, ante el cumplimiento de las reglas garantísticas de la inviolabilidad de lo colectivo<sup>126</sup>.

En consecuencia, el ejercicio pleno de actividades e incluso de derechos como el de propiedad quedan sometidos a la decisión administrativa para su eficacia, acorde con la preceptiva y normativa contentiva de reglas limitadoras de carácter urbanístico y territorial, fundamentales e incluso independientes de consideraciones ideológicas en torno a la propiedad, la libertad, el mercado y la intervención estatal, reglas básicamente de convivencia, necesarias e indispensables<sup>127</sup>.

124 LOPES MEIRELLES. "Limitações urbanísticas ao uso da propriedade", en *Separata da Revista Dos Tribunais*, volumen 281, Sao Paulo, marzo de 1959, pp. 7 a 34.

125 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., p. 484.

126 PARADA. *Derecho administrativo*, cit., p. 590.

127 FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tomo II, Barcelona, Folio, 1996, pp. 428 a 430. Parte este autor, padre del neoindividualismo y propugnador de la libertad absoluta y la no intervención estatal en el ámbito de los particulares, la existencia de regulación urbanística resulta fundamental por dos importantes razones: por riesgos relativos a salubridad, incendio y daños a otros inmuebles; y por seguridad jurídica en las características y exigencias de las nuevas construcciones que hacen indispensable que estas cumplan con reglas técnicas, de materiales y constructivas. En sentido contrario, algún sector de la doctrina neoliberal sostiene que la intervención estatal se caracteriza por excesiva, lo cual incide necesariamente en el valor de la tierra y de los inmuebles. Véase JUAN E. IRANZO y GREGORIO IZQUIERDO LLANES. "La liberalización del mercado del suelo", en *Estudios económicos. Liberalización del suelo en España*, tomo II, revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1997, pp. 3 y ss.

En este ejercicio, el derecho por excelencia en litigio, esto es, con mayores obstáculos institucionales para su libre desarrollo, es el de la propiedad. Tratándose de la propiedad y su goce pleno, derecho este en pugna y litigio permanente frente al conjunto de las reglas urbanísticas, se evidencia por razones de interés general su reducción a la norma y el control en aspectos trascendentales como los de edificabilidad y urbanización, los cuales quedan sometidos para su desarrollo a las disposiciones generales del ordenamiento territorial, previamente confrontadas por la administración por medio de la licencia correspondiente. No resulta en consecuencia libre en términos absolutos el desarrollo de actividades como las de edificación, dadas las técnicas de intervención administrativa que su existencia plantea frente al interés general, y a la necesidad consecuente de pronunciamiento positivo de la administración para su ejercicio, en desarrollo de la función pública de control que entraña conforme a las bases del sistema del ordenamiento territorial<sup>128</sup>.

#### **d. Licencias urbanísticas y legalidad. Sujeción a los planes de Ordenamiento Territorial y a las normas ambientales**

Dispone el artículo 99 inciso 2.º de la Ley 388 de 1997 que las licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, a los 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 la ley ambiental.

La preservación de un especial ordenamiento normativo imperativo, y en consecuencia vinculante, justifica la licencia urbanística. En esta perspectiva, significa que toda disposición, decisión, acción o actividad urbanística proveniente tanto de autoridades como de los particulares está sujeta al derecho y, en consecuencia, ausente de cualquier vestigio de arbitrariedad o de dogmatismo individualista, fundamentalista o subjetivador que ponga en peligro las bases de nuestro sistema como Estado democrático, participativo, social y de derecho, en algo tan elemental como son las relaciones del hombre en la sociedad y en los territorios, y sobre los bienes vinculados a la convivencia humana<sup>129</sup>.

En otras palabras, el urbanismo y el ordenamiento territorial se traducen, para efectos de las licencias urbanísticas, en derecho vinculante, que debe ser preservado por las autoridades competentes mediante la acción directa y

128 PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., p. 486. “[...] No es posible, pues, articular como libre el ejercicio del *ius aedificandi* definido por la ordenación urbanística. De ahí las medidas de intervención en la edificación y uso del suelo, medidas arbitrarias sobre el modelo de la técnica genérica de la limitación de derechos: la licencia y las órdenes de ejecución [...]”.

129 FERNÁNDEZ. *Manual de derecho urbanístico*, cit., pp. 16 y 17.

específica que conlleva el principio de la función pública del urbanismo. La libertad propia del individualismo sufre una ruptura profunda en cuanto se refiere a las relaciones del hombre con el contexto territorial.

El plan se torna entonces en el elemento central de nuestro derecho urbanístico, básicamente en lo local. Constituye a todas luces el complemento ideal de una legislación general y abstracta en asuntos urbanísticos, para el caso colombiano de la contenida en las leyes 9.º de 1989 y 388 de 1997. El legislador ha depositado en el plan, para ser desarrollada por las autoridades locales, la más amplia y variada gama de atribuciones tendientes a establecer regulaciones y expedir normas en materia urbanística que se caracterizan por su concreción, especialidad e individualización de la materia, que hacen que este conjunto normativo, sin perder su carácter de reglamento, no pueda asimilarse a un simple conjunto normativo ordinario general y abstracto, como tradicionalmente se entiende al reglamento en los ordenamientos jurídicos<sup>130</sup>.

Someter el plan a un tratamiento conceptual clásico dentro de la categorización de reglamentos impediría cumplir los propósitos y finalidades esperados de un plan normativo urbanístico, cual es el de referirse en concreto al problema urbano adoptando soluciones dentro del amplio esquema de posibilidades y alternativas recomendadas para tratar los conflictos territoriales y urbanos. Si bien es cierto que por su naturaleza el plan constituye un claro ejemplo de reglamento, sin perder su papel estelar en la defensa y protección del interés general, difiere sustancialmente de los reglamentos tradicionales o clásicos en el carácter especial y específico de sus disposiciones, que, no obstante su vigencia genérica para la comunidad, determinan condiciones directas y limitativas de derechos como el de propiedad, constitutivas de obligaciones y deberes, y llegan incluso a prefijar el contenido mismo del concepto de propiedad.

Al respecto, vale la pena destacar que el legislador, al definir los grandes principios delineadores de la actividad urbanística en el territorio nacional, hace énfasis en que esta se debe sujetar a unos propósitos normativos precisos y no a la liberalidad de autoridades, propietarios o demás personas involucradas en la actividad urbanística, y en que, por el contrario, sea la actividad pública y los derechos de la comunidad, como se expresó en el numeral anterior, los que se articulen con los subjetivos en procura de armonizar el desarrollo y la convivencia dentro del territorio.

Claramente, con las normas-reglas urbanísticas y territoriales se pretende lograr la integración de un sistema normativo coherente, a cuya cabeza se encuentra indiscutiblemente la Constitución Política, la ley orgánica del Plan

130 JUAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ. *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 39 a 54.

de Desarrollo, la ley de desarrollo territorial, las leyes sobre áreas metropolitanas y ambientales, y que culmina en lo local con las disposiciones del Plan de Ordenamiento Territorial y de los demás instrumentos que lo hagan viable y se concreten según las realidades municipales. Esto es, propone todo un bloque de legalidad que regirá la actividad urbanística, generando en consecuencia un derecho indiscutiblemente aplicable a lo urbano, que lleva a sostener, de inicio, la imposibilidad de admitir un urbanismo absolutista y arbitrario y, por lo tanto, un régimen de ejercicio de actividades y derechos relativos a lo territorial luego propenso a los devenires del principio de la autonomía de la voluntad, o arbitrario, en cuanto ejercicio incontrolable del poder público administrativo.

Lo que se espera, en este contexto, es un claro régimen de intervención esencialmente garantístico de la convivencia en comunidad, mediante el cumplimiento de reglas limitativas, que se viabilizan por medio del sistema de licencias.

El bloque de legalidad propuesto por el legislador para el urbanismo adquiere la mayor importancia en el nivel local, es decir, en la base de la actividad pública, en la interacción del hombre con el Estado, lo cual lo hace más importante y dinámico en cuanto se espera que la regulación urbanística realmente surja de manera concreta a esta altura de la organización estatal, por obvias razones de la inmediatez del orden público y el interés general con la propiedad y la cotidianidad humana. El artículo 1.º de la Ley 388 de 1997 establece precisamente que la producción normativa local en materia urbana debe buscar ante todo colmar objetivos precisos, de acuerdo con las características y necesidades de cada municipalidad.

Así las cosas, la vinculación del urbanismo al derecho no es gratuita, ni mucho menos inofensiva. Implica circunscribir todas las conductas derivadas de la disciplina a marcos institucionales, entre estos a los definidos por las autoridades locales para cuya elaboración el legislador está determinando un especial contenido material mediante la incorporación en el ordenamiento de los objetivos, finalidades y procedimientos que deben seguir estas autoridades para estos propósitos.

En conclusión, para el ejercicio de las funciones normativas urbanísticas, el legislador ha determinado las bases de construcción del sistema normativo en lo local, por medio de los planes de ordenamiento territorial.

El principio de legalidad obtiene en consecuencia una nueva perspectiva en tratándose de las actuaciones relacionadas con el derecho urbanístico; en este sentido, se rompen las barreras de las simples finalidades estrictamente urbanas y se consolida como un área del derecho administrativo de inobjetable contenido territorial, mucho más comprensivo y coherente con las realidades integrales de las municipalidades, que se evidencia en la existencia de planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, de acuerdo con la categoría y el tipo

de municipio, al igual que con los instrumentos que las autoridades expidan para la debida ejecución de estas normas.

#### **e. La licencia urbanística: simple autorización o generadora de derechos**

Como lo advertíamos, el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de tal licencia en los términos y condiciones expresados en ella. La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, ni de la posesión sobre el inmueble o los inmuebles objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios o inmuebles y producen todos sus efectos aun cuando sean enajenados (literal a del artículo 5.º del Decreto-ley 151 de 1998, en concordancia con el artículo 29 del Decreto 564 de 2006). Esta afirmación del legislador y del gobierno nacional por medio de la reglamentación amerita profundos reparos frente a la realidad del derecho positivo nacional. Es ante todo contradictoria.

[...] La Sala observa que las razones esgrimidas por el *a quo* en cuanto al derecho de propiedad se refiere, reclamado como violado en el tercero de los cargos consignados en la demanda, no son acertadas, puesto que la licencia de construcción aludida, si bien hace viable el ejercicio del mismo, lo cierto es que nada le agrega a sus elementos o atributos, y menos genera derecho adquirido en favor de sus beneficiarios, habida consideración de que se trata de un medio propio del poder de policía, como es el permiso o la autorización, que tiene fundamento en el mantenimiento o guarda del orden público.

Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos.

Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Y bien es

sabido que las normas de contenido policivo, como las del ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social [...] <sup>131</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El urbanístico es un derecho vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio, a la prevalencia imperativa, la preservación y el respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a ésta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio.

2. El concepto de ordenamiento territorial se torna, entonces, en un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos de interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos que le permitan una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno.

3. Reconducido en estos términos, el derecho urbanístico o territorial propiamente dicho adquiere profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara estirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado social de derecho, esto es, comprometido mediante la acción administrativa propia del ejercicio de poder público a la realización de los cometidos indispensables para garantizar los intereses colectivos y sociales sobre los estrictamente individualistas, que son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio.

4. Con fundamento en los anteriores planteamientos, reconocemos que el ordenamiento del territorio se sustenta en los siguientes principios: función social y ecológica de la propiedad y distribución equitativa de las cargas y los beneficios; prevalencia del interés general sobre el particular; participación democrática y función pública del urbanismo.

5. En respuesta al problema jurídico planteado, se sostiene que dados los presupuestos doctrinales y filosóficos del concepto de lo social aplicado al fenómeno estatal y lo perentorio de los contenidos del principio de Estado democrático, que fundan y sustentan el derecho urbanístico y territorial sobre consideraciones de carácter colectivo, la concepción clásica de las teorías de

131 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 12 de agosto de 1999 (C. P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA), rad.: 5500.

los procedimientos administrativos y del acto administrativo, por lo menos, en cuanto respecta a su aplicación al ámbito de lo urbanístico y territorial, ha sufrido una profunda y sustancial ruptura, un cambio cualitativo que va más allá del simple respeto y acatamiento de una legalidad fundada en el marco de los derechos subjetivos individualistas.

6. A la luz de estas nuevas concepciones del Estado y del derecho, las razones y naturaleza de los procedimientos administrativos y de la decisión urbanística se adentra en lo más profundo de la problemática material de los intereses de la comunidad, nutriéndose de los elementos propios de los intereses generales de los asociados, lo que lleva a que se sustenten, ahora, en un principio de legalidad entroncado en los derechos colectivos, los intereses difusos de la comunidad en el territorio y en la presencia y participación permanente de los asociados en los procedimientos urbanísticos y en los mecanismos de control de las decisiones generales y particulares que puedan incidir en sus derechos e intereses, adquiriendo por esta vía los asociados legitimidad general, que implica desde la perspectiva procesal, la consolidación del principio de la transparencia y de la apertura participativa en todas las instancias y actuaciones conformadoras u ordenadoras de la actividad urbanísticas o territorial.

7. La licencia urbanística es ante todo un asunto de interés público, y no exclusivamente un tema relativo al estrecho ámbito de los derechos subjetivos; en consecuencia, relativo a la población involucrada con el proyecto que afecta los bienes protegidos, y de interés directo de esta, lo que nos reconduce, desde la teórica del derecho administrativo, a la concepción de una decisión administrativa habilitante o autorizadora, que rompe los esquemas tradicionales del acto administrativo estrictamente individual o subjetivo, en cuanto contiene decisiones que trascienden al ámbito de la generalidad de la población y le crean a esta situaciones jurídicas que no pueden ser desconocidas, en aras una simple apreciación individualista de los derechos involucrados.

8. Definitivamente, desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo, la licencia urbanística no es un decisión que encaje en la tradicional clasificación de actos de contenido individual, o de los de simple contenido general; es una manifestación *sui generis* relativa a los derechos subjetivos del directamente interesado en la afectación concreta de un predio, o espacio, y de los subjetivos, y a la vez de los colectivos o difusos, de las personas o de la comunidad colindante y demás posibles afectados de una u otra manera con su expedición.

9. La licencia urbanística es, entonces, desde la perspectiva de los sujetos involucrados con sus contenidos y legitimados para participar en su trámite, un asunto de participación ciudadana, tal como lo reconoce en el derecho colombiano el artículo 4.º inciso final de la Ley 388 de 1997 en concordancia con el 65 de la Ley 9.º de 1989, razón elemental para suponer que en su trá-

mite, expedición y vigencia se deban conciliar tanto los derechos subjetivos como los colectivos, difusos o incluso subjetivos de terceros eventualmente involucrados en la decisión, en los términos de las reglas establecidas en las normas generales territoriales y urbanísticas.

10. En esta perspectiva, las clásicas y tradicionales clasificaciones de actos administrativos de contenido general o reglamentos y los de contenido particular o propiamente normativos de una relación concreta y específica desaparecen para el derecho urbanístico, para dar cabida a las decisiones urbanísticas conformadoras del marco articulador de los intereses subjetivos con los colectivos y difusos de la comunidad, ahora retomados conceptualmente como planes; y a los ordenadores de la actividad de los particulares, claramente vinculados a la actividad de licencia o permiso específico para el ejercicio de los derechos individuales sobre el territorio, con sujeción a las limitantes derivadas de los derechos colectivos e intereses difusos de la comunidad que son en esencia la motivación restrictiva del ejercicio concreto de los derechos individuales que se tengan sobre el territorio.

### **Propuesta de aproximación a un concepto de licencia urbanística:**

1. Licencia y trámite democrático. La existencia inevitable de derechos colectivos y difusos de la comunidad en los asuntos urbanísticos conlleva, a la luz del Estado social y democrático de derecho, que las licencias urbanísticas constituyan, en cuanto a su trámite se refiere, un asunto de interés general, luego no exclusivo de la órbita subjetiva de los interesados. La participación ciudadana en las actividades urbanísticas podrá desarrollarse también, con la intervención pública en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas, mediante la citación y notificación de los actos procesales urbanísticos y de las licencias correspondientes a vecinos colindantes y terceros, con el fin de que participen en las correspondientes actuaciones administrativas en defensa de sus derechos.

2. Las licencias son autorizaciones previas de verificación. Las licencias son expedidas por la autoridad competente, producto del ejercicio de la función pública de verificación de la legalidad urbanística, luego de ordenación de la actividad de los particulares-administrados, con la cual se habilita al interesado para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, de loteo o subdivisión de predios para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.

3. Las licencias urbanísticas se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento. La licencia urbanística justifica la preservación de un especial ordenamiento normativo imperativo, y en consecuencia, vinculante. En esta

perspectiva, significa que toda disposición, decisión, acción o actividad urbanística proveniente tanto de autoridades como de los particulares está sujeta al derecho y, en consecuencia, ausente de cualquier vestigio de arbitrariedad o de dogmatismo individualista, fundamentalista o subjetivizador que ponga en peligro las bases de nuestro sistema como Estado democrático, participativo, social y de derecho, en algo tan elemental como son las relaciones del hombre en la sociedad y en los territorios, y sobre los bienes vinculados a la convivencia humana. En otras palabras, el urbanismo y el ordenamiento territorial se traducen, para efectos de las licencias urbanísticas, en derecho vinculante, que debe ser preservado por las autoridades competentes mediante la acción directa y específica que conlleva el principio de la función pública del urbanismo. La libertad propia del individualismo sufre una ruptura profunda en cuanto se refiere a las relaciones del hombre con el contexto territorial. El plan se torna, entonces, en el elemento central de nuestro derecho urbanístico, básicamente en lo local.

4. No adquisición de derechos. El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de tal licencia en los términos y condiciones expresados en ella. La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, ni de la posesión sobre el inmueble o inmuebles objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios o inmuebles y producen todos sus efectos aun cuando sean enajenados.

5. La Licencia como verificación de reglas. Como se observa desde la perspectiva legislativa, las licencias urbanísticas, en derecho colombiano, en cuanto ejercicio de la función pública de control urbanístico, comparten esta esencia formal y de propósitos que la doctrina propone respecto del concepto y naturaleza de licencia urbanística. Sin embargo, es de advertir que algunos de los elementos del concepto doctrinal propuesto adquieren connotaciones diferentes en el derecho nacional si se tiene en cuenta que en nuestro derecho este tipo de decisiones no se funda en estrictas consideraciones subjetivas individualistas, en la medida en que es una verdad irrefutable, que involucra en sus contenidos y decisiones reglas tendientes a garantizar los intereses generales de la sociedad, abordando en consecuencia intereses y derechos de la comunidad.

Esta la razón por la cual, para su cabal entendimiento jurídico, conceptualización y determinación, debemos romper el contexto clásico y tradicional del individualismo jurídico, propio de las decisiones administrativas de contenido subjetivo o personal, y ubicarnos en el contexto más amplio y comprensivo de los fenómenos que involucran a la comunidad en general, esto es, desde la perspectiva del derecho administrativo, aquel espacio reservado a las reglas edificadas por el legislador o la autoridades locales, sobre la base de servir de mecanismos adecuados para quebrar los conflictos relativos a los

derechos colectivos o difusos, frente a los propiamente subjetivos, en donde la administración aplica mediante criterios de subsunción las normas-reglas vinculantes diseñadas para estos efectos y que se suponen han sido el producto de una actividad ponderada del legislador o de las autoridades locales competentes, al elaborar las reglas urbanísticas y territoriales, y mediante las cuales, se supone, han resuelto los conflictos entre los principios enfrentados a propósito de la actividad territorial y urbanística.

6. La licencia urbanística: simple autorización o generadora de derechos. Como lo advertíamos, el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de tal licencia en los términos y condiciones expresados en ella. La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, ni de la posesión sobre el inmueble o los inmuebles objeto de ella.

