

Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano

HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ¹

INTRODUCCIÓN – SUMARIO

La gran mayoría de las facultades ejercidas por las autoridades administrativas en materia urbanística suponen el ejercicio –en mayor o en menor medida– de márgenes de relativa libertad de valoración de las circunstancias de cada caso concreto por parte de quien adopta la decisión de la cual se trate, lo cual se evidencia partiendo de la expedición de los actos administrativos generales que constituyen el eje del derecho urbanístico colombiano y el marco regulatorio en la materia en cada localidad –los planes de ordenamiento territorial (en adelante, POT)–, pasando por el ejercicio de atribuciones más reflejadas en el proferimiento de actos administrativos particulares como la expropiatoria por vía administrativa o la facultad de catalogar un inmueble como de conservación histórica, artística o arquitectónica, hasta llegar a la generalizadamente considerada como paradigma de facultad reglada, esto es,

1 Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

la de expedir licencias urbanísticas, respecto de la cual también resulta posible identificar, para bien o para mal, márgenes –más reducidos, por supuesto– de discrecionalidad.

Ante el panorama descrito, resulta imprescindible precisar (i) cómo debe conceptualizarse la discrecionalidad y, especialmente, de qué forma ella debe ser ejercida por las autoridades urbanísticas, ilustrando sobre algunas de las facultades que en la materia han sido configuradas como discrecionales, aún recurriendo a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo cuales, igualmente, constituyen fuente de discrecionalidad; (ii) cuáles son los límites que deben ser respetados por la autoridad urbanística al ejercer dichas facultades discrecionales, lo cual equivale a enunciar las técnicas de control de las cuales puede valerse el juez –también los órganos de control disciplinario o fiscal– para fiscalizar las decisiones administrativas correspondientes, precisando, eso sí (iii), cuáles son límites que, a su vez, debería respetar la instancia judicial –también la de control disciplinario o fiscal– cuando examina la juridicidad de las determinaciones que, en ejercicio de facultades discrecionales, adoptan las autoridades urbanísticas.

I. LA CONCEPCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA QUE DEBE APLICARSE POR LAS AUTORIDADES URBANÍSTICAS

A. NOCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Se trata de la concepción de la discrecionalidad administrativa que hemos defendido en otro lugar² y que, en nuestro criterio, en buen momento ha tenido a bien prohijar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado³, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones “materiales” o “positivas” de dicha figura, de las catalogadas como “formales” o “negativas” de la misma. Las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente

2 Sobre este aspecto, véase nuestro trabajo *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, en especial los capítulos segundo y quinto.

3 En relación con la aludida concepción de la discrecionalidad administrativa pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074; ÍD. Sentencia del 30 de noviembre de dos 2006, C.P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059; ÍD. Sentencia del 31 de octubre de 2007, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, ref.: 13.503; rad. n.º 110010326000199713503 00.

a la administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando "elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional"⁴.

Para las segundas, por su parte—las catalogadas como definiciones "formales" o "negativas"—, el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida—esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión—, sino la *forma* en la cual se configura—la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad—, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que—supuestamente, según estas posturas— todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*⁵.

4 Cfr. ANTONIO MOZO SEOANE. *La discrecionalidad de la administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 411.

5 Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por MARTIN BULLINGER, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la administración frente a los demás poderes públicos—legislativo y judicial—, por manera que la facultad discrecional comporta un "margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada". Cfr. MARTIN BULLINGER. "La discrecionalidad de la administración pública. Evolución, funciones, control judicial", en *La Ley* [1831], Madrid, 1987, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura—claramente mayoritaria en dicho país— que concibe la discrecionalidad como un "margen de libertad de decisión"—cfr. RAMÓN MARTÍN MATEO. *Manual de derecho administrativo*, 15.ª ed., Madrid, Trivium, 1993, p. 317— conferido a la administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por LUCIANO PAREJO ALFONSO, quien considera que la discrecionalidad "consiste en la atribución a la administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad", dentro del cual "pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable". Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de RENÉ CHAPUIS. Cfr. RENÉ CHAPUIS. *Droit administratif général*, tomo I, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001, p. 1056. También EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que "el ejercicio de una potestad discrecional permite [...] una pluralidad

Sin embargo, tanto en nuestro trabajo recién reseñado como en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la cual se ha hecho alusión, se han rechazado frontalmente tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad que no sólo desatienden la consagración constitucional de la totalidad de la actividad administrativa a la satisfacción del interés general –prevista, entre nosotros, de forma expresa, en el artículo 209 superior–, sino que, adicionalmente, no encajan, de forma adecuada, en el diseño de un Estado social y democrático de derecho si se tiene en cuenta que las mencionadas comprensiones *formales* –a la sazón las que tradicional y mayoritariamente se han propugnado de la discrecionalidad– al atribuir *libertad absoluta* (¡!) *de elección* a la administración, *sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se sustenten sus elecciones*, fácilmente pueden convertirse en una “patente de corso” para la arbitrariedad, pues no puede perderse de vista que la administración pública *jamás* puede decidir con libertad; al contrario, constitucional y legalmente se encuentra obligada a razonar y a justificar por qué las decisiones que adopta son las que de mejor manera sirven al interés general, interés del cual no es titular –lo somos todos como ciudadanos o, más ampliamente, como administrados– sino mera *gestora*.

Las concepciones *formales o negativas* de la discrecionalidad constituyen, por tanto, aquellas que convierten esta figura en “el caballo de Troya en el Estado de derecho”⁶; aquellas que conducen a asimilar –en una indeseable y absolutamente impropia sinonimia– discrecionalidad y arbitrariedad –voces que más bien cabe catalogar como antónimas–; aquellas que llevan a entender que la discrecionalidad debe ser desterrada del ordenamiento jurídico y de la práctica administrativa, olvidando que, hoy por hoy, la atribución de

de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho [...]. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA (*Principios de derecho administrativo*, II, cit., p. 26), afirman que “[...] potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la administración pública”. Por similares derroteros marcha el concepto que propone MARÍA JOSÉ ALONSO MÁS, para quien “[...] podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso [...], de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas”. Cfr. MARÍA JOSÉ ALONSO MÁS. *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, 1998, p. 223.

6 En la expresión de HANS HUBER, traída a cuento por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 457.

amplios márgenes de *relativa* libertad de decisión a todo operador jurídico pero, en especial, a la administración —la cual carga a costas con la principal responsabilidad de materializar la cláusula de Estado *social* de derecho—, esa *relativa* libertad no supone ya una mera opción para el derecho positivo, sino una ineludible necesidad para él, pues no resulta posible, por los días que corren, vincular o regular la actuación de las autoridades administrativas, en la gran mayoría de los casos, mediante normas que establezcan detallada y exhaustivamente el quehacer de las entidades públicas —esto es, que consagren facultades regladas—, sino mediante enunciados normativos de contenido programático o finalístico, que le señalan a la autoridad unos objetivos o propósitos a los cuales debe propender, sin indicar nada o prácticamente nada en relación con los medios con los cuales conseguirlos. La Carta Fundamental colombiana y la mayor parte de las facultades ejercidas por la administración en materia urbanística resultan plétóricos de disposiciones de esta naturaleza y elocuentes al reflejar la actual estructura normativa del derecho administrativo, en la cual la discrecionalidad, por tanto, no es una opción sino una necesaria característica, no constituye una alternativa de técnica legislativa, sino un *dato*, la más importante técnica regulatoria a la cual acuden los estados constitucionales y *sociales* contemporáneos.

Tal la razón por la cual se impone, en un Estado constitucional, *social* y democrático de derecho, propugnar y plantear como deseable la generalización de concepciones materiales o, incluso y para ser más rigurosos, *mixtas* de la discrecionalidad administrativa, según ampliamente lo hemos defendido y planteado⁷ y, por fortuna —se insiste—, lo ha recogido el Consejo de Estado⁸. La anotada concepción de la discrecionalidad impone la aceptación de una específica y concreta dinámica para seguir, por parte del operador jurídico que ejerce una facultad discrecional —en cuanto aquí interesa, las autoridades

7 MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 199-202 y 684-706.

8 Al sostener que “[C]omo corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar —conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro—, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como “[...] el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; rad. n.º 110010326000199503074 01; exp. 13074.

administrativas en materia urbanística—, consistente en completar el supuesto de hecho de las normas que atribuyen la correspondiente potestad, con los criterios objetivos y razonables que, fruto de su actividad de investigación, de acopio de información, de identificación de intereses técnicos, económicos, sociales, políticos, de conveniencia u oportunidad relevantes para resolver y de la ponderación entre ellos, la propia administración establece. O sea, ¿discrecionalidad es igual a libertad? Sin duda. Pero a libertad *relativa, limitada por el bloque de legalidad*, por un lado y, por otro, libertad no para hacer *cualquier cosa*, para escoger entre indiferentes, sino *libertad para establecer criterios objetivos*—de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera— *de decisión*, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales *subsumir* los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto⁹.

- 9 La dinámica que debe orientar el ejercicio de facultades discrecionales, en línea con cuanto hemos expuesto, ha sido explicada con claridad por la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otros, en el siguiente apartado que, no obstante su extensión, dada su pertinencia para el propósito del presente escrito, así como lo ilustrativo que resulta de los recién referidos planteamientos, se transcribe a continuación:

"Sin embargo, en el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad—artículo 209 de la Constitución Política—. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas). De ahí que resulte mucho más acorde con la función constitucionalmente encomendada a la administración en un Estado de derecho, sostener que la discrecionalidad administrativa consiste en habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante:

"De acuerdo con esta posición, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinen si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre una u otra consecuencia(s) jurídica(s) preestablecida(s) o no, sino, en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir la aplicación de ésta(s). La discrecionalidad administrativa no se diferenciaría entonces cualitativa, sino cuantitativamente de la discrecionalidad normativa de que la administración dispone en ejercicio de la potestad reglamentaria, o de la que concierne incluso al legislador mismo. Así, la discrecionalidad consistiría en la habilitación para que la administración establezca en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente indeterminados, inacabados o imperfectos en la norma reguladora de su actividad. La máxima discrecionalidad vendría conferida en las denominadas normas de programación final o por objetivos, es decir, aquellas que carecen de supuesto de hecho definido y mediante las cuales suele programarse la actividad conformadora y/o planificadora de la administración (por oposición a las normas de programación condicional que autorizan discrecionalidad en la adopción de su consecuencia jurídica: —Si concurre el supuesto de hecho X, la administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y ó Z—). La discrecionalidad no radicaría, entonces, en

B. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

La circunstancia de que varias de las disposiciones –a las cuales se hará referencia a continuación– que atribuyen facultades a las autoridades administrativas en materia urbanística, recurran a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados¹⁰ –como el de “*especiales condiciones de urgencia*” que

la elección de la consecuencia jurídica, sino en el establecimiento de los criterios que a la postre determinarán la aplicación –o inaplicación– de una u otra consecuencia jurídica” (destaca la Sala) –Nota original de la sentencia citada: Cfr. MARÍN HERNÁNDEZ. *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., [no lo ha citado] pp. 119-120. En el mismo sentido, MARIANO BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 182-183.

De acuerdo con lo sostenido por Bacigalupo, siguiendo esta tesis, la aplicación de una norma jurídica de derecho administrativo que consagra una potestad discrecional supone la ejecución de dos operaciones diferentes y consecutivas, a saber:

“En primer lugar [...] la perfección o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta, como es evidente, una tarea materialmente normativa, pues consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso prefigurar.

Y, en segundo lugar, la posterior subsunción bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la administración está llamada a actuar, en su caso [...] es esta segunda, por el contrario, una operación reglada de aplicación normativa.

[...]

Con otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad radicaría en la transformación del elemento cópula de la norma que la habilita, es decir, en la sustitución del operador permisivo que ésta contiene en origen (el «podrá» o «está autorizado a») –según se diría en la lógica deóntica– por un operador imperativo («deberá» o «está obligado a»)– cfr. BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 33-34 y 183-18–. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074.

- 10 Noción de cuyos alcances y de cuya proximidad con la de discrecionalidad administrativa nos hemos ocupado también de manera profusa –véase nuestro trabajo: HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 203-271 y 707-728– y que el Consejo de Estado ha definido de la siguiente manera: “Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado –cuando menos en principio– de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ E., rad. n.º: 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.

deben invocarse para ordenar la expropiación por vía administrativa, el de "*inconveniencia para la ciudad*" como fundamento de la excepción a la obligación de efectuar cesiones obligatorias gratuitas o el de "*valor urbanístico, arquitectónico, documental, ambiental, histórico y/o afectivo*" de un bien, que justifica su declaratoria como patrimonio urbano-arquitectónico—, en manera alguna hace desaparecer la discrecionalidad que el ordenamiento atribuye a la administración para ejercer las correspondientes atribuciones, pues lejos de lo que sostiene las tesis de conformidad con las cuales la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen nociones antagónicas¹¹, en realidad éstos se constituyen en fuente de aquélla¹².

- 11 Posturas doctrinales y jurisprudenciales a cuyo entender la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de facultades discrecionales son cuestiones antagónicas en la medida en que, tratándose de la primera, se considera que siempre será posible encontrar la única solución jurídicamente correcta para cada caso, mientras que, en ejercicio de las segundas, el operador jurídico dispone de pluralidad de alternativas o soluciones jurídicamente admisibles. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, uno de los valedores de esta tesis, estima, entonces, que es posible encontrar la "única solución justa" al caso, aun en aquellos eventos en los cuales se aplica un concepto jurídico indeterminado a un supuesto ubicable en su zona de incertidumbre, de acuerdo con la estructura trizonal que suele preconizarse de los referidos conceptos —dos zonas de certeza, una negativa (a la cual se adscriben los casos en los cuales el concepto no se aplica), una positiva (en la cual caen los casos a los que el concepto sí resulta aplicable) y un halo o zona de incertidumbre, en la cual quedarían comprendidos los casos dudosos, en los que se habrá de decidir con base en el margen de apreciación que ejerce el operador jurídico (razonando, en realidad, en los mismos términos que debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional).
- 12 Planteamientos con los cuales comulgamos y de acuerdo con los cuales los conceptos jurídicos indeterminados sólo proporcionan a su intérprete un criterio de aplicación —o inaplicación— del propio concepto, en aquellos casos reconducibles, sin ambages, a sus zonas de certeza —positiva o negativa—, cosa que no ocurre en los supuestos encuadrables en su zona de incertidumbre o vaguedad, en los cuales será el aplicador del concepto quien, a la postre, establecerá el criterio con base en el cual se optará por alguna de las alternativas de solución, proceder éste que implica la "necesaria adopción por el órgano actuante de un criterio de aplicación del concepto" y, por consiguiente, se asemeja al desplegado en ejercicio de una facultad discrecional, toda vez que éste igualmente supone la adopción, por parte de la administración, de los criterios finalmente determinantes de la aplicación de una u otra consecuencia jurídica. Lo aquí sostenido descarta que la operación llevada a cabo por el aplicador de la norma que contiene el concepto indeterminado sea estrictamente cognitiva, vale decir, lógico-deductiva, toda vez que, en los casos atribuibles a su zona de incertidumbre, el mencionado concepto no contiene la premisa mayor —fijada por la norma— dentro de la cual subsumir la premisa menor —caso concreto—, de suerte que la aplicación, o no, del concepto, no responde a un juicio silogístico. Será entonces dicho operador jurídico quien, en últimas, determinará el contenido de la norma, volitiva, aunque no libérrimamente, procediendo, en definitiva, como debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional. Sobre el punto, con mayor profundidad, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.

C. PRINCIPALES EVENTOS EN LOS CUALES EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ATRIBUYE FACULTADES DISCRECIONALES A LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA URBANÍSTICA

Sin ánimo de exhaustividad y con un propósito meramente ilustrativo, a continuación se da cuenta de las principales facultades configuradas como discrecionales y puestas en manos de las autoridades administrativas en materia urbanística, las cuales, por tanto, deberían ser ejercidas de la forma que se acaba de dejar expuesta:

a. La *facultad de formular los planes de ordenamiento territorial*¹³, elemento normativo central del derecho urbanístico colombiano, caracterizado por la dinámica interrelación entre el marco legal que fija las bases y parámetros de actuación de las autoridades competentes en la materia, por un lado, y por otro, la norma administrativa local –acuerdo del concejo municipal– que adopta las decisiones de planificación correspondientes atendiendo a las necesidades locales en materia urbanística, decisiones contenidas en un POT que direcciona el sentido en el cual habrán de ejercerse otras facultades que apuntalan determinaciones administrativas más concretas en la materia, como ocurre tratándose de la atribución expropiatoria, la cual deberá operarse “*de conformidad con los objetivos y usos de suelo establecidos en los planes de ordenamiento territorial*” –artículo 60 de la Ley 388 de 1997–. Sin embargo, el marco normativo que señala cuál ha de ser el contenido del POT¹⁴ evidencia que la potestad de aprobarlo asigna a la autoridad local un amplio margen de discrecionalidad al efecto, como quiera que dispone de incontables alternativas de decisión fincadas en criterios no exclusivamente jurídicos, como los provistos por la ingeniería, la arquitectura, la sociología, la antropología, la ecología o la economía, entre otros que deben sustentar las determinaciones que comprometen la planeación y el desarrollo de los asentamientos urbanos¹⁵.

Así pues, la facultad normativamente atribuida a la administración para confeccionar los POT permite ilustrar con claridad la forma como ha de operar la discrecionalidad administrativa, siguiendo los parámetros recién aludidos: en primer lugar, las antecitadas normas de rango legal que regulan el contenido mínimo y los criterios a los cuales deben sujetarse la elaboración y la expedición de los referidos actos administrativos –no se olvide que, en materia urbanística, las autoridades administrativas no obran con absoluta libertad pues, además de los parámetros normativos a los cuales se ha hecho alusión y de los límites que se mencionan en el apartado siguiente de este escrito, la Ley 388 de 1997 (artículo 10) señala los determinantes de los POT, de manera que el contenido de éstos viene condicionado por aquéllos–, en la medida en

13 Figura definida por el artículo 9.º de la Ley 388 de 1997.

14 Artículos 11 a 19 de la Ley 388 de 1997.

15 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (dir.). *Derecho urbanístico. Legislación y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 33 y ss.

que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la administración la responsabilidad de fijar, de manera discrecional, las reglas y los criterios que orientarán, a partir del POT, cada decisión urbanística concreta; en segundo término, la administración ejercerá esa facultad discrecional estableciendo, en los POT, los mencionados reglas y criterios objetivos y razonables, los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir la actividad de las autoridades urbanísticas en cada municipio en particular. Según resulta evidente, esa actividad de la administración, en cabeza del concejo municipal correspondiente, es materialmente normativa y en ella se concreta el ejercicio de la discrecionalidad.

Y, en tercer término, aquello que debe hacer la administración al adoptar las decisiones urbanísticas más concretas –especial, aunque no solamente al resolver sobre las solicitudes de licencias urbanísticas– es subsumir –procedimiento de aplicación *reglada* del derecho, aunque en materia de otorgamiento de licencias, excepcionalmente, según se indicará a continuación, no puede descartarse del todo la existencia de márgenes de decisión discrecional– en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos en los POT por la entidad territorial respectiva, en cada caso en concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, a los fines que a las actuaciones urbanísticas señalen la ley y el POT¹⁶.

b. A pesar de que la jurisprudencia haya sostenido que *"el ejercicio de esta atribución de las autoridades administrativas es ciertamente reglada"*¹⁷, la *facultad de declarar inmuebles como patrimonio urbano-arquitectónico* por su interés, por ejemplo, histórico, artístico o cultural¹⁸, en la medida en que se configura mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados de muy amplio margen o halo de vaguedad o imprecisión¹⁹, supone, por las razones sucintamente

16 La necesaria correlación y complementariedad entre las distintas instancias normativas y decisorias en materia urbanística en Colombia, que queda ilustrada al explicar cómo se ejerce la facultad discrecional de expedir el POT, se encuentra, además, legalmente asegurada por el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 388 de 1997, de acuerdo con el cual *"ningún agente público o privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementarias del mismo [...]"*.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 12 de agosto de 1999, C. P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, expediente: 5500.

18 El artículo 13-3 de la Ley 388 de 1997 incluye dentro del componente urbano del POT *"la delimitación, en suelo urbano y de expansión urbana, de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos y de conjuntos urbanos, históricos y culturales, de conformidad con la legislación general aplicable a cada caso y las normas específicas que los complementan en la presente ley"*.

19 Como permite constatarlo el ejemplo suministrado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1.º de oc-

expuestas en apartado precedente, la atribución de facultades discrecionales, de manera que la autoridad urbanística, al concretar o precisar cada uno de los referidos conceptos indeterminados debe proceder de idéntica manera que se viene de explicar en la letra anterior al ilustrar la forma como se completa el supuesto de hecho de las normas que atribuyen la facultad de expedir el POT; en este caso, se tratará de completar el supuesto de hecho impreciso de las normas que regulan la potestad de catalogar un inmueble como de conservación arquitectónica por razones de diversa índole, con la introducción de criterios –de índole preferentemente técnico– objetivos y razonables que permitirán, seguidamente, resolver cada caso concreto, es decir, la situación de cada inmueble particular respecto del cual se analice si concurren en él, o no, los requisitos para quedar cobijado por la aludida declaratoria.

Cosa similar puede sostenerse respecto de otras facultades que atribuye a las autoridades administrativas en materia urbanística la Ley 388 de 1997, valiéndose del empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de la *facultad de disponer la expropiación por vía administrativa*, la cual, a voces de lo normado por el artículo 63 ídem, depende de que "*la respectiva autoridad administrativa competente considere que existen especiales condiciones de urgencia*", a lo cual se suma la indeterminación de los criterios que pueden sustentar la referida declaratoria de urgencia, previstos en el artículo 65 *ibídem*; es también lo que ocurre tratándose de la *facultad de introducir excepciones al deber legal de realizar cesiones gratuitas "cuando las áreas de cesión para zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad"* –artículo 9.º, inciso 2.º de la Ley 9 de 1989–, caso en el cual se podrá compensar la obligación de cesión en dinero o en otros inmuebles, "*en los términos que reglamenten los concejos, el consejo intendencial y las juntas metropolitanas*", facultad de reglamentación que debería suponer el ejercicio de la facultad

tubre de 1998, C. P.: LIBARDO RODRÍGUEZ, expediente: 4804. En dicho pronunciamiento se refiere el artículo 140 del Acuerdo 30 del 21 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, que a la letra señala: "*Patrimonio urbano-arquitectónico es el conjunto de inmuebles y/o espacios públicos que representan para la comunidad un valor urbanístico, arquitectónico, documental, ambiental, histórico y/o afectivo y que forman parte por tanto de la memoria urbana colectiva*" (cursivas fuera del texto original). En similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, C. P.: LIBARDO RODRÍGUEZ, expediente: 4341; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de mayo de 1997, C. P.: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, expediente: 4205. En tales pronunciamientos, por lo demás, se deja abierta la posibilidad de controvertir judicialmente la calificación que la autoridad urbanística efectúe del inmueble del cual se trate como de conservación arquitectónica, valiéndose, al efecto, de la utilización de dictámenes periciales dentro del proceso contencioso administrativo, por medio de los cuales controvertir el criterio técnico formulado por la administración, asunto que conecta con el tema de la discrecionalidad técnica y de los límites al control judicial de las decisiones administrativas sustentadas en criterios técnicos, que será abordado más adelante.

discrecional que el concepto jurídico indeterminado incluido en la norma en cita consagra, mediante su concreción en criterios objetivos y razonables que justifiquen el tratamiento excepcional y su alcance; y, finalmente, es asimismo la discrecionalidad la que se evidencia en la *facultad de graduar la entidad o la cuantía de las sanciones urbanísticas "de acuerdo con la gravedad y magnitud de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta"* –artículo 104 de la Ley 388 de 1997.

c. De la *facultad de conceder –o negar– licencias urbanísticas* se suele afirmar que se trata del paradigma de potestad reglada²⁰, como quiera que se entiende que ningún margen de valoración subjetivo –que no caprichoso o arbitrario– de las circunstancias del caso concreto defiere a la autoridad urbanística; sin embargo, no podemos estar de acuerdo con tan tajante exclusión de la discrecionalidad en esta materia, por la potísima razón de que las normas que en el POT o en otros cuerpos normativos establecen los criterios que habrán de gobernar el otorgamiento de tales autorizaciones, pueden acudir –y, de hecho, acuden– a la utilización de conceptos indeterminados, de conceptos técnicos, por ejemplo, que no siempre ofrecen una interpretación unívoca, lo cual, según se ha explicado, abre las puertas a que el criterio deba ser completado o precisado por quien lo aplica, de manera objetiva y razonable, es decir, abre las puertas a la discrecionalidad. Tan cierto es lo que aquí se afirma, que el propio ordenamiento jurídico ha abonado el terreno para el ejercicio de la discrecionalidad en estos casos, indicando que la facultad de completar el supuesto de hecho de las normas que atribuyen discrecionalidad para el otorgamiento de licencias urbanísticas no corresponde ejercerla a los curadores urbanos sino a las oficinas de planeación –artículo 102 de la Ley 388 de 1997²¹–, con lo cual los mencionados curadores, ellos sí, aplicarán a los casos concretos facultades eminentemente regladas, en cuanto que la discrecionalidad habrá sido ejercida de antemano por la autoridad de planeación correspondiente²².

20 En esa dirección ha sostenido la Corte Constitucional: "La licencia supone un control estricto de legalidad. Su otorgamiento es una facultad reglada y, por tanto, no discrecional. La autorización o prohibición que ella conlleva depende exclusivamente de si el acto proyectado se ajusta o no a normas del derecho urbano que regulan dicha actuación. Por ello, en la mayoría de los casos, el otorgamiento o la denegación de una licencia para uso del suelo se decide a partir de una valoración fáctica, que puede traducirse, en la instancia judicial, en el control de los hechos determinantes para el ejercicio de las competencias administrativas". Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de julio de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

21 Norma del siguiente tenor: "En el ejercicio de sus funciones, los curadores urbanos verificarán la concordancia de los proyectos de parcelación, urbanización, construcción y demás sometidos al trámite de licencias con las normas urbanísticas vigentes. *En los casos de ausencias de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en la normativa urbanística, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades de planeación, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares*" (cursivas fuera del texto original).

22 En similar dirección a la expuesta en el texto se pronuncia PEDRO PABLO MORCILLO DOSMAN. *Derecho urbanístico colombiano*, Bogotá, Temis, 2007, pp. 726-728.

II. TÉCNICAS DE CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES

Establecido, entonces, que la administración goza de amplios márgenes de configuración en cuanto corresponde a las facultades a las cuales se acaba de hacer referencia en materia urbanística, resulta menester ocuparse de identificar cuáles son los límites que no pueden ser transgredidos en el ejercicio de tales potestades, límites que pueden agruparse en dos categorías²³: los denominados *elementos reglados* de todo acto administrativo –cuya existencia deriva de la pacífica aceptación, en el derecho administrativo contemporáneo, del aserto en virtud del cual *no cabe concebir facultades, decisiones o actos puramente discrecionales*, toda vez que *siempre hay elementos reglados presentes en todo acto administrativo*²⁴–, por un lado, y por otro, los *principios generales* del derecho y de las actuaciones administrativas –artículos 209 de la Constitución Política, 3.º del Código Contencioso Administrativo y 3.º y 4.º de la Ley 489 de 1998–, a los cuales deben adicionarse, en materia urbanística, los principios generales del derecho urbanístico –artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley 388 de 1997.

En relación con los *elementos reglados* siempre presentes en el acto administrativo, siguiendo los planteamientos de VEDEL, son, como mínimo, tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa está reglada: el primero, la *competencia* del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los *motivos*, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre "*material y jurídicamente exactos*", aun cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos; y el tercero, el *fin* perseguido, el cual debe ser siempre de interés público²⁵. Se trata, por

23 Tal y como lo planteáramos en nuestro citado trabajo *Discrecionalidad administrativa*, cit., especialmente en los capítulos tercero y sexto; así lo ha recogido, igualmente, la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, exp.: 15001233100019880843101- 8031; radicación n.º 8431; actor: Constructores Limitada; demandado: Fondo Vial Nacional.

24 En tal dirección, resultan expresivas las aseveraciones de GEORGES VEDEL, en el sentido de que "la Administración no se encuentra nunca en una situación de puro poder discrecional o de pura competencia reglada. No existe nunca competencia reglada pura: incluso cuando la Administración está obligada a llevar a cabo un acto, dispone en cierta medida de lo que Hauriou llamaba "elección del momento" [...]. Pero, sobre todo, jamás hay un puro poder discrecional. La idea según la cual existirían "actos discrecionales" que escapan a todo control de legalidad ha desaparecido hace más de cincuenta años de la jurisprudencia". Cfr. GEORGES VEDEL. *Derecho administrativo*, traducción de la 6.ª edición francesa por J. RINCÓN JURADO, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 264.

25 *Ibíd.*, pp. 264-265. En similar dirección, los profesores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que "la primera reducción del gran dogma de

tanto y contextualizando los referidos planteamientos en el ordenamiento jurídico nacional, de los elementos de los actos administrativos que pueden verse afectados por cada una de las causales de anulación contenidas en el inciso segundo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo²⁶ (cca).

Sin embargo, el mencionado inciso segundo del artículo 84 cca pone de presente la posibilidad de que se anulen los actos administrativos cuando "*infrinjan las normas en que deberían fundarse*", en otros términos, cuando contravengan, por cualquier razón, el "*bloque de legalidad*", parafraseando la expresión acuñada por MAURICE HAURIUO para aludir al parámetro de fiscalización utilizado, en su actuación, por el Consejo de Estado francés al llevar a cabo el control de los actos administrativos, de acuerdo con el cual por "*legalidad*" no debe entenderse, tan sólo, "*conformidad a la ley*", sino que el juicio de ajuste debe adelantarse en relación con la ley, con los principios generales del derecho y con otra serie de normas, de suerte tal que "*bloque de legalidad*" es una expresión que se utilizó para comprender aquello que, en realidad, debería denominarse el "*bloque de juridicidad*", vale decir, el bloque del derecho aplicable²⁷.

Dentro de dicho bloque los parámetros de control judicial que no resultan reconducibles a alguno de los antes referidos elementos reglados del acto administrativo y que han venido a convertirse, sin duda, en una de las más poderosas herramientas de fiscalización de la actividad de los poderes públicos, son los *principios generales del derecho*²⁸ y, en particular, los principios

la discrecionalidad se opera [...] observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, fondo parcialmente reglado —en general o en relación a una situación jurídica concreta—, etc)". Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, I, cit., p. 469.

- 26 Esto es, la *competencia* —"cuando hayan sido expedidos por funcionarios incompetentes"—, la *forma* —"forma irregular"—, el *procedimiento* cuyo agotamiento resulta ineludible previa adopción de la decisión en garantía tanto del derecho de defensa y del debido proceso de quienes pueden verse afectados con ella, como de que la administración se ha ubicado en la mejor posición posible para decidir, incorporando todos los elementos de juicio relevantes al efecto —"con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa"—, *motivos o hechos determinantes* de la decisión, junto con la *motivación* de la misma en los casos en los cuales ésta se encuentra legalmente exigida —"falsa motivación"— y *finalidad, propósito o fin* del acto —"con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió"—.
- 27 Véase, en este sentido, CHARLES EISENMANN. *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957, p. 26, *apud* LOUIS FAVOREAU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, pp. 19-20.
- 28 En relación con cuya virtualidad como técnicas de control de la actividad administrativa, especialmente de aquella que se despliega cuando se ejercen facultades discrecionales, la jurisprudencia ha sostenido: "El control por los principios generales del Derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al Derecho, incluyendo dentro de éste, como no podía ser de otra manera, la —(...) condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la

que rigen la función administrativa, de entre los cuales resulta singularmente importante, de cara a identificar los límites que no pueden ser desconocidos por la administración al momento de ejercer facultades discrecionales, los

vida jurídica— en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicación número 110010326000199503074 01, expediente número 13074.

- 29 Cuyo contenido se traduce en la prohibición impuesta a las autoridades públicas en el sentido de proporcionar tratamientos desiguales a situaciones jurídicamente equiparables, siempre que sean jurídicamente relevantes las desigualdades introducidas y que no exista una justificación jurídicamente atendible que sustente dicho trato desigual, de manera que doctrina y jurisprudencia insisten en que los rasgos que conducen a establecer que el trato diferencial resulta reprochable e inadmisibles desde la perspectiva del ordenamiento jurídico son, de un lado, que carezca de justificación o, de otro, que dicha justificación, de existir, no sea objetiva y razonable, en todo caso partiendo del entendimiento de conformidad con el cual no todo trato desigualitario necesariamente deviene contrario a derecho. En tal sentido y con mayor amplitud sobre el principio de igualdad, pueden verse, entre muchos otros, los trabajos de ENRIQUE ALONSO GARCÍA. "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española", en *Revista de Administración Pública*, 100-102, volumen 1, 1983, pp. 23 y ss.; JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ. "Subvenciones e igualdad", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 65, 1989, pp. 127 y ss.; RUBIO LLORENTE. "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 111 y ss.

- 30 Principio que impone a la administración el deber positivo de incorporar al procedimiento que obligatoriamente ha de instruir previamente a la adopción de la decisión —es decir, antes de elegir entre las distintas alternativas que resulten jurídicamente admisibles— todos los elementos fácticos, técnicos, económicos, jurídicos o de cualquier índole que resulten relevantes para resolver el caso concreto, el deber de tener íntegramente en cuenta dichos elementos al momento de decidir, para lo cual habrá, necesariamente, de ponderar entre todos ellos o, en otros términos, de ponderar entre la totalidad de bienes, derechos, intereses y principios jurídicos involucrados en el supuesto del cual se trate. Sobre el punto puede verse, con mayor profundidad, JULI PONCE SOLÉ. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, 2001, p. 271.

Para establecer si ello es así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estructurado el denominado "juicio de ponderación", cuyo propósito no es otro que establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz respeta, o no, la denominada "ley de la ponderación", de conformidad con la cual cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio, derecho o interés jurídico que retrocede en el caso concreto, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de aquel principio, derecho o interés que se hace prevalecer. De acuerdo con el consenso que al respecto existe en la doctrina alemana, la ponderación como método supone el seguimiento de tres fases sucesivas: la primera, consistente en identificar los principios (bienes, valores o intereses) en conflicto; la segunda, encaminada a atribuir a cada uno de ellos el peso o la importancia relativa que corresponda en función de las circunstancias propias del caso que se examina y, la tercera, en la cual se toma la decisión sobre la prevalencia de uno (o unos) sobre el otro (u otros).

principios de igualdad e imparcialidad²⁹, objetividad³⁰, proporcionalidad³¹, racionalidad y razonabilidad³² e interdicción de la arbitrariedad³³.

Sobre el tema, puede verse NICOLÁS GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 190–; ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA y VICTORIA ORTEGA BENITO. “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, 17, 1990, p. 86; JUAN DE LA CRUZ FERRER. “Una aproximación al control de la proporcionalidad por el Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 45, 1985., pp. 71 y ss.; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2.000, p. 121. En la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2001, radicación AP-166, actor: Manuel Jesús Bravo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación número 630012331000200500708 01, expediente número AP-2005-00708. M. P.: ALIER HERNÁNDEZ E.

- 32 Siguiendo los planteamientos del profesor MANUEL ATIENZA, una decisión es consecuente con los dictados del *principio de racionalidad* cuando reúne los siguientes requisitos: a) respeta las reglas de la lógica deductiva; b) se atiene a los criterios de la racionalidad práctica y c) no se fundamenta en criterios externos de naturaleza política o moral (MANUEL ATIENZA. “Para una razonable definición de «razonable»”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, p. 192). Por su parte, este autor señala que “una decisión jurídica es razonable en sentido estricto sólo si, 1) se toma en situaciones en que no cabría, o no sería aceptable, una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y 3) obtiene un máximo de consenso” (Cfr. ATIENZA. “Sobre lo razonable en el Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, pp. 108-109). Por tanto, dado que no es posible, en todos los casos, alcanzar conclusiones que puedan calificarse de “verdaderas”, por vía deductiva, habrá de buscar, entonces, soluciones *razonables*, esto es, aceptables, de modo que el ejercicio de cualquier facultad por los poderes públicos puede ser censurado –en sede de control judicial– si se lleva a cabo de manera irrazonable. Como suele afirmarse, dentro del marco de la razonabilidad todas las alternativas de solución son jurídicamente válidas, pero lo irrazonable, no puede considerarse derecho (Cfr. ANTONIO CARRASCO PERERA. “El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, Madrid, 1984, pp. 30 y ss.). En similar dirección a la descrita, AULIS AARNIO. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudio Constitucionales, 1991, pp. 247 y ss. En un sentido diverso, CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 62-65 y 68-71.
- 33 De raigambre española y recogido por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos se constituye en una especie de “*idea matriz del ordenamiento*” –en expresión utilizada por GARCÍA DE ENTERRÍA. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970, cit., p. 160–, en la medida en que se trata de un postulado constitucional de tal generalidad, que a él pueden reconducirse todos los principios generales del ordenamiento utilizables como instrumentos de control de la actividad de los poderes públicos, por medio de la “proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo

A los principios en mención deben añadirse, en materia urbanística, los contenidos en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley 388 de 1997, consagradorios de los principios, de los fines y del componente de participación democrática inherente a la función urbanística, respectivamente.

III. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS ADOPTADAS EN EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES

Se han criticado desde todas las orillas –académicas, ideológicas y políticas–, con todos los intereses o motivaciones, los más que posibles excesos endilgados a los jueces, en algunos casos, al fiscalizar la actividad de los otros poderes públicos –pero sobre todo, en lo que en este lugar más nos interesa, al controlar la actividad de la administración–, labor de fiscalización que se hace más intensa cuando de la protección o salvaguarda de derechos fundamentales o de derechos colectivos se trata. Sin embargo, apenas comienzan a llevarse a cabo, entre nosotros, ejercicios teóricos, lo más desapasionados posibles, dogmáticos, si se quiere, en torno a cuáles son los límites que deberían ser respetados por el juez –y, probablemente, también con muchos aspectos en común, por los órganos autónomos de control fiscal y disciplinario–, al emprender la tarea de controlar la actividad de la administración; de ahí que en el presente escrito esbocemos –y se insiste en que se trata apenas de esbozar, no habrá forma de justificar de manera más prolija³⁴– cuáles son, según nuestro entender, los límites que no deberían transgredir ni el juez de la administración, ni el juez constitucional –popular o de tutela–, en su aludida tarea fiscalizadora, adicionada con el propósito consistente de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales o de los derechos colectivos.

detenta, sea éste quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen, que en contexto general del sistema se da por descontada" (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, 1, cit., p. 480). Como corolario de lo anterior, surge "la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en que el poder se exprese" –ídem–, con lo cual el único poder que se ejercerá legítimamente será aquel "que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple porque sí queda, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político" –ibídem–. Este principio lleva, entonces, a destacar la importancia de la motivación como seña identificativa, cuando menos en principio, del acto administrativo que no incurre en arbitrariedad por fundarse en un determinado criterio, es decir, por no constituir una "irregularidad caprichosa" (LUIS RECASENS SICHES. *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1977, pp. 108-109).

34 Sobre este mismo asunto pueden verse los planteamientos que formulamos, con mayor profundidad, en MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., capítulos cuarto y séptimo.

En ese orden de ideas, tres son los límites a los cuales haremos referencia: en primer término, los derivados de los límites del razonamiento jurídico; en segundo lugar –aunque en estrecha conexión con los primeros, pudiendo incluso considerarse que son una especie o modalidad de ellos–, los límites derivados de las dificultades técnicas o valorativas del caso concreto y, en tercer y último término, los límites derivados de la estructura constitucional de atribución de funciones y facultades.

A. LÍMITES DERIVADOS DE LOS LÍMITES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

En la filosofía del derecho se han mantenido dos posiciones “extremas” en cuanto a las finalidades –y a las posibilidades– del razonamiento jurídico: una de ellas niega como factible el alcanzar, en todos los casos, un resultado único que pueda calificarse como verdadero y, en consecuencia, solamente reconoce como objetivo asumible por dicho razonamiento ofrecer un resultado que, entre otros posibles, resulte satisfactorio, esto es, convincente o cuando menos socialmente aceptable. La otra postura, por el contrario, defiende la existencia de una única solución justa o correcta para todo problema jurídico, atribuyendo al razonamiento, por tanto, el propósito de hallar esa única solución³⁵.

RONALD DWORKIN es el más acérrimo defensor, en la actualidad, de la postura de acuerdo con la cual es posible hallar una y solo una solución justa a todo problema jurídico, partiendo de una muy particular conceptualización del derecho³⁶ de la cual deriva la consideración en el sentido de que ante un mismo caso todos los intérpretes llamados a resolverlo pueden coincidir en una única solución, aseveración a la cual se critica –con mucha razón– que ello sólo resultaría factible dentro de una concepción objetivista de la moral, que entiende que hay una perspectiva moral que debe sobreponerse a cualquier otra y ser aceptada por todos, lo cual, dentro de sociedades democráticas y

35 FERNANDO SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 166.

36 Ello resulta posible para DWORKIN porque –advertimos, aquí estamos simplificando en extremo sus planteamientos– él defiende la existencia de una especial relación entre el derecho y la moral, de acuerdo con la cual aquél penetra en el ámbito de ésta, pero sin necesidad de pasar por los cauces de incorporación de normas al ordenamiento jurídico, produciéndose entonces una especie de “simbiosis” entre la moral y el derecho. Moral y derecho, desde la perspectiva dworkiniana, coexistirían en una especie de yuxtaposición, de suerte que toda prescripción jurídica descansaría sobre una argumentación moral. Por eso para DWORKIN es posible sostener que el derecho es completo y permite acceder siempre, en todos los casos, a una y solo una respuesta correcta, porque siempre puede recurrirse por el operador jurídico a la moral, en la cual no hay nada que pueda ser considerado a la vez como justo o injusto. Este es el eje en torno al cual gira la teoría del derecho que DWORKIN esboza en *Los derechos en serio* (traducción de M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1984), pero que presenta ya con mayor precisión en *El imperio de la justicia*, traducción de C. FERRARI, Barcelona, Gedisa, 1989.

pluralistas –como, por lo demás, ha querido el constituyente de 1991 que se estructure la colombiana, según quedó indubitadamente plasmado en el artículo 1.º de la Constitución Política–, resulta del todo insostenible³⁷. Con el pluralismo inherente a nuestro sistema constitucional resultan mucho más consecuentes tesis como las de ROBERT ALEXY o NEIL MACCORMICK, para quienes resulta menester reconocer la existencia de límites al razonamiento lógico-deductivo, como quiera que esta técnica de aplicación del derecho –la lógica deductiva– deja de operar desde aquel momento de la argumentación en el cual se llega a la necesidad de realizar elecciones entre alternativas de solución soportadas en principios jurídicos mutuamente incompatibles en el caso concreto³⁸.

En este punto de la argumentación en el cual cada alternativa posible de solución al caso concreto viene amparada por un principio general del derecho, sostienen estos autores que se deben buscar razones que justifiquen una elección; es aquí en donde entra en juego *la ponderación* como técnica de aplicación del derecho a los casos concretos que, en los estados constitucionales contemporáneos, viene desplazando en importancia a la subsunción silogística. Pero la ponderación tiene el inconveniente –si así puede decirse–, respecto de la subsunción, de que las razones en las que se fundamentará la elección, si bien pueden llegar a considerarse correctamente justificadas, no permiten en cualquier caso ser calificadas como concluyentes, como definitivas, que es lo que sí ocurre con las soluciones a las que se arriba aplicando el silogismo clásico, que, ¿cómo opera?: Subsunción en la norma –premisa mayor–, de los hechos –premisa menor–, para llegar a la consecuencia jurídica –solución.

En cambio, ¿cómo se pondera? Otra vez simplificando en extremo el asunto y de acuerdo con un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial al respecto, la ponderación como método supone el seguimiento de tres fases sucesivas: la primera, consistente en identificar los principios, derechos o intereses en conflicto en el caso concreto; la segunda, que consiste en atribuir a cada uno de esos principios, derechos o intereses el peso o la importancia relativa que corresponda en función de las circunstancias propias del caso que se examina. ¿Y cómo se hace eso? ¿Cómo se cumple con esta segunda fase? Pues simplemente formulando argumentos que justifiquen el detrimento o retroceso de uno de esos principios o derechos colisionantes en el supuesto específico, en beneficio del mayor grado de cumplimiento del otro u otros de los enfrentados; y la tercera fase, en la cual se toma la decisión sobre la prevalencia de uno (o algunos) de esos derechos o principios sobre el otro

37 H. HART. "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de L. HIERRO, F. LAPORTA y J. R. DE PÁRAMO, *Sistema*, 36, Madrid, 1980, pp. 10-13.

38 NEIL MACCORMICK. "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", traducción de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 18.

(u otros) en cuestión. Como muy fácilmente puede apreciarse, cuando se pondera, lo último que puede sostenerse es que todos los operadores jurídicos que lo hacen –el ponderar– van a llegar, necesariamente, en todos los casos, a la misma única respuesta correcta.

Aquí es, entonces, en donde aparece el primer límite a la actividad fiscalizadora del juez: en donde, a raíz de que se decide ponderando –y no subsumiendo–, es ineludible admitir que puede haber más de una solución conforme a derecho para el mismo caso. Por eso, como lo aceptó el Consejo de Estado –siguiendo en este aspecto planteamientos originarios de la doctrina alemana y española– en la sentencia de 17 de junio de 2001³⁹, que es un fallo de acción popular en el cual se dispuso la suspensión de las obras de construcción de un estadio de fútbol en la ciudad de Pasto –asunto que conecta directamente con el tema de la planificación urbanística como quiera que es esa, precisamente, la facultad ejercida por la administración municipal al elegir la ejecución de una obra como la referida, preferentemente respecto de otras, así como al escoger la ubicación de tal obra entre todas las geográficamente posibles–, el control judicial de la actividad administrativa, así ese control se lleve a cabo en sede de acción popular, debería seguir los siguientes dos parámetros:

a. En primer lugar, en aquellos supuestos en los cuales el tribunal arribe a la conclusión de que la decisión administrativa no es ponderada, debe proceder a declarar su invalidez; si, adicionalmente, como resultado de la actividad probatoria desplegada a lo largo del proceso, puede concluirse que *existe solamente una alternativa de solución conforme con las exigencias de la "ley de la ponderación"*, en principio el juez puede imponer esa única decisión ponderada; y si, en cambio, existieran *varias posibles soluciones satisfactorias de acuerdo con los postulados de la ponderación*, el juez no puede sustituir con una de ellas la determinación administrativa previa.

b. Y, en segundo lugar, si la solución escogida por la administración respeta las exigencias de la ponderación, aunque el juez o las partes pudieran identificar otras soluciones ponderadas, tampoco corresponde al juez sustituir la opción elegida en sede administrativa.

La observancia de esta especie de "reglas" se impone debido a que la administración ha elegido una determinada solución al caso, *partiendo de la previa atribución de valor o peso –que la propia administración ha hecho– a los diferentes principios, derechos o intereses contrapuestos en el caso concreto –segunda fase de la ponderación–*. El *quid* de la cuestión radica en que no siempre –es más: casi nunca– el derecho positivo se ha ocupado de fijar esos criterios de jerarquización entre

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, radicación AP-166, actor: Manuel Jesús Bravo. Véase también, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 104-105.

principios, en abstracto⁴⁰, de suerte que el establecimiento de tales jerarquías entre principios queda deferido a la administración, la cual debe llevar a cabo esa atribución de peso a los principios colisionantes, en cada caso concreto, siguiendo criterios de índole técnico, político o valorativo que, al no venir precisados por el ordenamiento jurídico, deben, en principio –salvo casos de error manifiesto de apreciación, manifiesta arbitrariedad, manifiesta desproporcionalidad–, ser respetados por la jurisdicción. Por tanto, como lo sostiene EVA DESDENTADO DAROCA,

[...] sólo cuando el ordenamiento jurídico jerarquiza los diferentes bienes o intereses en juego puede aceptarse que los tribunales sustituyan la decisión administrativa y la anulen si no es conforme a las pautas y criterios aportados por el ordenamiento jurídico. Si, por el contrario, los tribunales se adentran en este terreno técnico, político, valorativo, sin referentes jurídicos, se sitúan en un lugar que no les corresponde y en el que no actúan realmente como tribunales sino como superiores jerárquicos de las autoridades administrativas, y, en definitiva, como administradores⁴¹ (énfasis añadido).

A nuestro entender, en el caso de la sentencia del proceso de acción popular que ordenó la suspensión de las obras del estadio de Pasto, se respetaron estas reglas, porque la construcción se venía realizando en una zona calificada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –según el material probatorio obrante en el expediente– como de amenaza media en caso de erupción del volcán Galeras; entraban en conflicto, entonces, por un lado, el derecho colectivo a la seguridad pública, y por otro, el derecho alegado por la administración municipal en el sentido de cumplir su programa de gobierno –en el cual se incluía la construcción del estadio, de manera que en el evento de no cumplir con dicho elemento del referido programa, podría verse expuesto el Alcalde a una eventual revocatoria del mandato–, además de la relativa libertad de que disponen las administraciones municipales en ejercicio de la función de planeamiento urbanístico. Sin embargo, *la normatividad* reguladora de esa función de planificación urbanística en este caso concreto, señalaba como propósitos de esa función, entre otros, el establecimiento de un modelo territorial que posibilitara a los habitantes el acceso a los espacios públicos; *que garantizara la efectividad de los derechos constitucionales* y que adecuara el uso del

40 Que es lo que, de forma absolutamente excepcional, hace, por vía de ejemplo, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, cuando con total claridad establece una jerarquía *en abstracto* entre derechos y principios constitucionales, al preceptuar, en su inciso final, que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

41 EVA DESDENTADO DAROCA. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 248.

suelo al interés común⁴², de suerte que había, en este caso, *criterios jurídicos en el ordenamiento* y elementos probatorios en el expediente, suficientes para que el juez desconociera la elección efectuada por la administración e hiciera prevalecer la seguridad pública ordenando la suspensión de las obras.

Por el contrario, en nuestro criterio no se respetan las reglas o parámetros que se enunciaron, en aquellas sentencias como la del Tribunal Administrativo del Quindío que ordenó a las autoridades municipales de Armenia la construcción de un puente peatonal con el fin de conjurar una amenaza, ciertamente probada en el proceso, para la seguridad de los transeúntes de una zona en la cual se acababa de terminar la construcción de una avenida. La administración municipal alegaba que, además de tratarse de una zona de la ciudad que había evidenciado una notable despoblación después de un terremoto ocurrido en el año 1999 –lo que le restaba utilidad al puente–, además de existir otras posibles alternativas para sortear los peligros –señalización, semaforización, etc.–, construir el puente supondría efectuar erogaciones presupuestales considerables, por montos de los cuales en ese momento no se disponía. Adicionalmente, en el dictamen rendido por peritos ingenieros dentro del proceso, no se pudo establecer si la mejor alternativa para conjurar la amenaza a los derechos colectivos comprometidos era la construcción del puente o si existían otras. Ante este panorama, indudablemente, a nuestro entender, el juez popular se arrogó funciones de administrador y sustituyó –indebidamente– a la administración en la tarea de ponderar, con base en criterios técnicos y de conveniencia y sin disponer de elementos probatorios sólidos que arrojasen una solución unívoca en el expediente, ni de suficientes referentes jurídicos, suministrados por el ordenamiento, que permitieran, con base en criterios *jurídicos*, elegir una u otra alternativa de solución al caso.

B. LÍMITES DERIVADOS DE LAS DIFICULTADES TÉCNICO-VALORATIVAS DEL CASO CONCRETO Y DEL REPARTO CONSTITUCIONAL DE ATRIBUCIONES ENTRE RAMAS DEL PODER PÚBLICO

El fallo mediante el cual el Consejo de Estado desató el recurso de apelación interpuesto contra el referido pronunciamiento del Tribunal Administrativo del Quindío que había ordenado la construcción del puente peatonal⁴³ conecta

42 El Consejo de Estado tomó en consideración que el artículo 5.º del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Pasto dispone que los fines de la función pública de planeación urbana son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales y la consecución del bien común.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de octubre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, radicación número 630012331000200500708 01, expediente AP-2005-00708, actores: Héctor Buitrago Ospina, Jaime Arturo Quintero González, Ruby Tobón Gaviria y Marleny Giraldo Salazar; demandados: Municipio de Armenia y Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia (EDUA).

con el segundo y el tercero de los límites cuyo esbozo se anunció anteriormente: el segundo, constituido por las dificultades técnico-valorativas del caso concreto, constituye un aspecto bastante relacionado con lo hasta ahora expuesto y respecto del cual, por tanto, solo cabría añadir la muy expresiva afirmación de RUDOLF HERZOG en el sentido de que "el control jurisdiccional de la Administración sólo se debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una *calidad material al menos igual* (gleiche Sachqualität) a la de la decisión administrativa que se pretenda corregir"⁴⁴, de manera que el respeto a esa máxima garantice una "distribución de tareas y responsabilidades funcionalmente adecuada entre la administración y la jurisdicción contencioso-administrativa". Lo anterior no quiere decir que el juez no pueda controvertir los juicios técnicos de la administración, con apoyo en los dictámenes de peritos –una de las comprensiones (equivocada) de la denominada discrecionalidad técnica–; simplemente se trata de que en asuntos técnicos extremadamente complejos –como por ejemplo y retornando al terreno de la planeación urbanística, ambiental o del desarrollo, cuál es el mejor lugar para instalar una central hidroeléctrica, térmica, nuclear o un relleno sanitario, un vertedero de desechos tóxicos, etcétera– o de asuntos dudosos porque, por ejemplo, el estado de la ciencia posibilite más de un curso de acción, el juez debería respetar, en principio, cierto margen de apreciación en beneficio de la administración⁴⁵.

Y el examen del tercero de los límites en mención, el derivado de la estructura constitucional de reparto de funciones y facultades, supone la necesidad de advertir que al incluirse en la mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos la cláusula de *Estado social*, para el Estado ya no es suficiente con garantizar el respeto de los derechos individuales, la igualdad y la justicia formales, sino que el inicial propósito de abstención del Estado liberal clásico de derecho se transforma en obligación de gestión, gestión orientada a alcanzar una garantía positiva de *todos* los derechos constitucionales, es decir, también de los de participación y, especialmente, de los económicos, sociales y culturales, en aras de la igualdad y de la justicia materiales. Lo dicho conlleva una exigencia de eficacia para la acción del Estado y, con ello, el traslado del centro de atención del Parlamento, en donde antes se encontraba

44 R. HERZOG. "Verfassung und Verwaltungsgerichte - zurück zu mehr Kontrolldichte?", en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1992, pp. 2603 y ss., *apud* BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 142-143.

45 Un análisis detallado de la noción de discrecionalidad técnica así como de los alcances del control judicial de las decisiones adoptadas por la administración con fundamento en criterios de naturaleza técnica o propios de cualquier ámbito del saber especializado –lo cual está a la orden del día en una materia como la urbanística, caracterizada por la multidisciplinariedad del conocimiento requerido para la adopción de las decisiones a las cuales se hizo alusión más atrás, en ejercicio de facultades discrecionales– puede verse en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, referencia: 13.503, radicación 110010326000199713503 00.

—con la formulación decimonónica clásica del Estado liberal de derecho—, al Ejecutivo, el cual debe asumir funciones otrora atribuidas a aquél, no sólo por la vía del ensanchamiento de la potestad normativa de la administración, sino también —y esto lo que más interesa aquí— mediante la atribución de ámbitos de decisión en los cuales será el órgano administrativo actuante el encargado de definir el interés público en el caso concreto, de elegir las políticas, las actividades y los medios más idóneos para alcanzar ese interés público y, en ese orden de ideas, ejercerá sus competencias con base en facultades que le son asignadas de manera discrecional. En el Estado social y democrático de derecho, por tanto, el Ejecutivo dispone —o debería disponer— de “*la legitimidad democrática, la capacidad funcional y la responsabilidad política, patrimonial y disciplinaria que conlleva la adopción de decisiones trascendentes para la sociedad y que el Parlamento no puede adoptar, por sus propias limitaciones naturales*”⁴⁶.

La circunstancia recién expuesta igualmente se traduce en que la naturaleza de la vinculación a la ley de la actividad del poder ejecutivo, en general, y de la administración, en particular, también se ha modificado, porque deja de ser en todos los casos una vinculación *positiva* o rigurosa, detallada, para tornarse en muchas hipótesis en una vinculación *negativa*⁴⁷, programática o finalística, remitida a objetivos; y ello, si bien está claro que no significa la consagración de ámbitos materiales de la actividad de la administración no sometidos a derecho o exentos de control judicial, en lo que inevitablemente sí se traduce es en una disminución de la intensidad de las posibilidades de fiscalización *jurídica* que se puede llevar a cabo por parte de los jueces, pues, como se explicaba al referir el primer límite mencionado, al venir el derecho que regula la actividad de la administración dentro del Estado social de derecho, formulada en estos términos más amplios, finalistas, indeterminados —de ese tipo de normas está plagada la Constitución Política de 1991—, esa regulación finalística, remitida a objetivos, deja habitualmente sin un parámetro *jurídico positivo* de control al juez. Por tanto, el juez, salvo cuando las circunstancias del caso posibiliten un control de intensidad mayor, normalmente tendrá que limitarse a verificar que el ejercicio hecho por el órgano administrativo de las facultades que se le confieren de esta manera, no transgreda los límites —negativos— impuestos por el derecho.

La cuestión estriba, entonces, en definir quién debería poder decir “la última palabra” en cada caso concreto: si el juez, quien por la dinámica de su actividad es siempre el último en pronunciarse en todos los casos o la administración, a la cual, como hemos visto, la Constitución le ha asignado la función de gestionar el interés general y el ordenamiento, en muchos casos,

46 MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 115.

47 Siguiendo la terminología empleada por LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar. dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.

la tarea, incluso, de definir en qué consiste en el caso concreto ese interés general. Nuestra percepción consiste en que cuando la administración opera en ámbitos –como el urbanístico, especialmente, aunque no sólo, en materia de planeación– en los que ejercitan facultades discrecionales, debería, en principio, respetársele por el juez la posibilidad de decir la última palabra. Habría que estar de acuerdo, entonces, con la afirmación del profesor LUCIANO PAREJO en el sentido de que la discrecionalidad supone una reasignación de la competencia decisional última que, en línea de principio en el Estado constitucional, corresponde al juez.

C. JURISPRUDENCIA COMPARADA Y COLOMBIANA RELACIONADA CON EL TEMA EN MATERIA URBANÍSTICA

El examen de este tercer límite a través del crisol constituido por los pronunciamientos jurisprudenciales tanto en el derecho comparado⁴⁸ como en el nacional⁴⁹ permite advertir las oscilaciones que se producen en torno de los alcances del control judicial en esta materia y la dificultad que supone el formular enunciados generales en tal sentido. Así por ejemplo, en la jurisprudencia francesa en materia urbanística, hasta la irrupción de los tres pronunciamientos que singularmente se referirán a continuación, el juez de lo contencioso administrativo francés se limitaba a comprobar si las operaciones expropiatorias orientadas a propósitos como la construcción de carreteras, hospitales o escuelas tenían un propósito de utilidad pública, apreciado de manera abstracta, es decir, sin referencia a las circunstancias propias de cada caso⁵⁰; pero como la noción de utilidad pública no dejaba de ampliarse dado el constante incremento de los ámbitos de intervención administrativa, el control judicial tendía a hacerse cada vez menos eficaz⁵¹.

Fue entonces cuando con el fin de extender el alcance de dicho control y de procurar una mejor protección de los intereses en juego, el Consejo de Estado francés, con apoyo en el principio de proporcionalidad, resolvió el primero de los tres *arrêts* mencionados, admitiendo que el control del juez no se limitase a afirmar genéricamente que la actuación administrativa examinada entraba en la categoría de las que podían catalogarse como de utilidad pública,

48 Con el propósito de consultar una referencia más profunda a la jurisprudencia y a la doctrina comparada en esta materia, puede verse nuestro trabajo *Discrecionalidad administrativa*, cit., capítulos tercero y cuarto, especialmente páginas 397-440 y 559 y ss.

49 Jurisprudencia colombiana sobre el tema puede igualmente verse en nuestro citado trabajo, especialmente en el capítulo séptimo, pp. 872-895 y 934-962.

50 RENÉ CHAPUIS. *Droit administratif général*, tomo I, 15.ª edición, París, Montchrestien, 2001, p. 1074.

51 DE LA CRUZ FERRER. "Una aproximación al control de proporcionalidad por el Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 45, 1985, p. 76.

sino que fuese más allá y valorara todo el *dossier* "in concreto" del caso para, entonces sí, determinar la concordancia o el desajuste de la operación urbanística con dicha utilidad pública: el juez decide pronunciarse tomando en consideración las ventajas y desventajas de la operación enjuiciada, llevando a cabo el balance entre unas y otras o, lo que es igual, ponderando entre el interés público procurado por la actividad administrativa y los costos financieros y sociales de esta⁵². Se trata del "arrêt Ville nouvelle Est", resuelto por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971, en el cual se sostiene que "una operación no puede ser legalmente declarada de utilidad pública más que si los atentados a la propiedad privada, el coste financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social (o los atentados a otros intereses públicos) que comporta no son excesivos con relación al interés que presenta"⁵³.

Sin embargo, el primer caso en cual esta fórmula llevaría a la anulación de una decisión administrativa declaratoria de la "utilidad pública" de una operación expropiatoria no tiene lugar hasta 1972, con el "arrêt Sainte-Marie de l'Assomption", del 20 de octubre de dicho año, en el cual el Consejo de Estado anula el proyecto de la administración consistente en construir una carretera de acceso a una autopista en el norte de Niza, pero al precio de destruir algunas edificaciones y privar de zonas verdes y afectar seriamente el funcionamiento del único hospital psiquiátrico que atendía las necesidades de la población de Alpes-Maritimes⁵⁴. Quedaba servida, por tanto, la colisión entre los dos intereses públicos principalmente enfrentados en este caso: la

52 MARCEL WALINE. "L'appréciation, par le juge administratif, de l'utilité d'un projet", en *Revue du Droit Public*, 2, 1972, pp. 454 y ss.

53 "Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social (ou l'atteinte à d'autres intérêts publics) qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente; [...]". *Conseil d'Etat*, Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement contre Fédération du défense des personnes concernées par le projet actuellement nommé Ville nouvelle Est*. Cfr. CHAPUIS. *Droit administratif général*, cit., p. 1075. Se trataba del enjuiciamiento de la decisión del Gobierno francés de realizar una "experiencia urbanística" en la ciudad de Lille, en donde con el propósito de "sacar la enseñanza superior del centro de la ciudad donde estaba" y de "reintegrar a los estudiantes en la ciudad", se construiría un nuevo conjunto urbano "y se adoptó un proyecto de creación, al este de Lille, de un complejo universitario destinado a acoger a más de treinta mil estudiantes y de una nueva ciudad de veinte a veinticinco mil habitantes. El proyecto, que afectaba a quinientas hectáreas y cuyo coste se elevaba a mil millones de francos, comportaba la expropiación y demolición de doscientas cincuenta casas vivienda, algunas de las cuales acababan de construirse en virtud de licencias otorgadas el año anterior". Los propietarios afectados asociados alegaron la contrariedad con la utilidad pública que el alto costo de la operación suponía, razón por la cual solicitaron la anulación de la decisión administrativa que ordenaba su puesta en marcha. Si bien el Consejo de Estado no accedió a dicha petición, sí que aprovechó la oportunidad para "establecer solemnemente el criterio del equilibrio costes-ventajas, como regla jurisprudencial que, en adelante, debería ser respetada por la Administración". Cfr. DE LA CRUZ FERRER. "Una aproximación al control de proporcionalidad..." cit., p. 76.

54 CHAPUIS. *Droit administratif général*, cit., p. 1077.

mejora de las comunicaciones por carretera—fuente de desarrollo económico, social, etcétera— y la salud pública, concretada en el buen funcionamiento del hospital. El Consejo de Estado rechaza considerar como de utilidad pública un proyecto que, a pesar de la trascendencia de su interés, supone un atentado grave a otro interés público también relevante⁵⁵. Algo similar ocurre, en tercer lugar, en el "arrêt Grassin", del 26 de octubre de 1973, en el cual el Consejo de Estado anula un proyecto de construcción de un aeródromo en consideración a que su costo "sería desproporcionado en relación con los recursos económicos y financieros del municipio"⁵⁶.

Panorama similar ofrece un somero vistazo a algunos significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo español en materia de urbanismo, como ocurre con la sentencia del 18 de julio de 1988, referida a la configuración de una calle prevista en el Plan General de Ordenación Urbana—equivalente al POT colombiano— del municipio catalán de Banyoles, con una anchura de diez metros, salvo en una zona en la que se reducía a cinco. La administración no expuso ninguna razón para explicar ese diseño del trazado de la calle y el perito procesal afirmó igualmente que "no existe razón alguna que justifique la extraña configuración que en la revisión del plan se da a la vía mencionada, que queda estrangulada en su parte central, creándose con ello un auténtico cuello de botella, causante de dificultades circulatorias en el sector". La sentencia de primera instancia anula la determinación indicada por considerarla "contraria a las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido" y el Tribunal Supremo confirma este proveído, aunque sin arrogarse la competencia exclusiva de la administración para diseñar la vía⁵⁷.

55 Esta decisión constituye, indudablemente, un punto de inflexión en torno a los alcances del control judicial de la actividad administrativa discrecional, pues da el juez de lo contencioso administrativo el paso hacia adelante de entrar a valorar la "oportunidad", como se afirmarían en la doctrina francesa, o de efectuar nuevamente en sede judicial la ponderación que corresponde a la autoridad administrativa—como se diría en la doctrina alemana o española—, llegando a sustituir la decisión previamente adoptada por ésta. Además, lo hace en un ámbito de actividad considerada reducto de facultades discrecionales por antonomasia, como el de la planificación urbanística. Naturalmente, ello ha supuesto una ardua polémica doctrinal y jurisprudencial.

56 En este caso el principio de proporcionalidad, al cual se acude de manera explícita, no interviene para sopesar el costo económico de la expropiación con el grado de "utilidad pública" de la operación que la motiva, sino, más concretamente, con los recursos financieros del municipio, con lo cual el Consejo de Estado sopesa, en este caso, dos intereses públicos concretos, referidos a un patrón estrictamente económico: el costo del proyecto, de un lado y, de otro, la capacidad financiera de un municipio. Asume, de esta manera, la protección de la legalidad económica representada en la gestión de las finanzas públicas, frente a posibles abusos por parte de la administración. JEAN LEMASURIER. "Vers un nouveau principe général du droit? Le principe bilan cout-avantages", en VV. AA. *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit Public*, II, París, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1974, pp. 551 y ss.

57 Para tal efecto el Tribunal Supremo aduce que la discrecionalidad "no supone una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas". Sin embargo, no acoge la pretensión del recurrente orientada

También resulta de interés la sentencia del Tribunal Supremo calendada el día 4 de abril de 1990, que tiene que ver con el Plan General de Ordenación del igualmente catalán municipio de Lloret de Mar, en el cual se había previsto la construcción de un vial de circunvalación atravesando unos predios destinados a camping, cuyos propietarios impugnaron tal decisión arguyendo que el vial causaría enormes perjuicios a su terreno y, además, que la construcción de aquel iba a resultar desorbitadamente costosa en términos económicos, cuando existía ya en la zona otro vial que con una inversión mínima podía cumplir el mismo fin. La prueba pericial practicada evidenció que, efectivamente, los perjuicios derivados de la construcción del vial para la propiedad de los recurrentes eran gravísimos y también que dadas las características topográficas del terreno, la ejecución del siguiente tramo de la obra demandaría una inversión tan elevada que la haría inviable económicamente. El perito igualmente hizo notar su extrañeza ante el proyecto de hacer discurrir el trazado por la finca de los impugnantes, siendo verídico que a escasos metros del

a que se ordenara a la administración configurar la calle con una anchura constante de diez metros, por considerar que semejante decisión «supondría suplantar a aquella en el ejercicio de su función, ya que a ella toca diseñar la red viaria y la ordenación circulatoria de la zona afectada [...] no extendiéndose la competencia de la Sala más allá de dejar sin efecto las soluciones obviamente absurdas”. Éste último aspecto de la sentencia ha sido criticado por autores como DESDENTADO DAROCA, en cuyo criterio el rechazo de la pretensión de sustitución no resulta convincente por cuanto no se trata de suplantar a la administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sino de declarar que de los datos, pruebas y alegaciones obrantes en el expediente se desprende la existencia de una única solución válida que se debe imponer al órgano administrativo actuante, que es lo que a juicio de la autora ocurre en este caso, en el que entiende que el actor no solo probó que la anchura prevista para una zona de la calle era irracional, sino que debería ser la misma—diez metros— para el vial entero, por no existir razón alguna para conferirle una anchura distinta. Además, la administración no opuso prueba o alegación alguna a ese entendimiento, con lo cual “el principio de racionalidad y sobre todo los efectos de las reglas de la carga de la prueba” la hacen concluir que debió sustituirse la decisión administrativa. Cfr. DESDENTADO DAROCA. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 465-466. A nuestro entender, sin embargo, el alcance dado por el Tribunal Supremo a su labor fiscalizadora en este caso es impecable. Es verdad que el caudal probatorio recaudado imponía echar por tierra la decisión administrativa por carente de fundamento y no lo es menos que la pasividad procesal de la administración igualmente conllevaba la asunción por su parte de las consecuencias desfavorables derivadas de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba; de ahí que se fallara en su contra, anulando la decisión que había adoptado. Pero de ello no se sigue *necesariamente*, que la *única alternativa correcta y lícita* para garantizar el interés público de la manera más idónea, fuese la de dar a todo el vial la anchura de diez metros. Quizás uno o dos metros, de más o de menos, *incluso algunos centímetros* por arriba o por debajo de esa medida, podrían resultar igual o mayormente apropiados para equilibrar los diferentes intereses o derechos puestos en juego. No parece que sea el juez el mejor llamado a hilar tan fino como para llegar hasta allá. Tal vez lo acertado haya sido resolver como se hizo, adicionando a la administración la prevención de no incurrir de nuevo en semejante proceder irrazonable o absurdo, conminándola a ponderar adecuadamente los intereses implicados y a justificar suficientemente la nueva determinación que adopte, en sede gubernativa.

previsto existía ya un vial en funcionamiento que cumplía idéntica finalidad que el primero, de suerte que podía perfectamente ser utilizado, evitándose con ello, de contera, incurrir en un gasto innecesario.

La sentencia de instancia señaló que ciertamente el planificador, al llevar a cabo la ordenación del territorio, ejercita facultades discrecionales para elegir los objetivos por cumplir y los medios por emplear para conseguirlos, "sin que las meras opiniones, por fundadas que parezcan, los criterios técnicos y las apreciaciones de los particulares sobre los temas de algún modo extrajurídicos, puedan prevalecer, en general, sobre los criterios adoptados por la Administración". Sin embargo, advirtió que ello no es óbice para que el control judicial de la legalidad de la actividad administrativa discrecional comprenda la conformidad de la misma con los principios de eficacia, economía y eficiencia y, adicionalmente, para que se tengan en cuenta los resultados de la prueba pericial, así como el hecho de que frente a ellos nada adujo ni contradujo la administración, con lo cual concluyó que el trazado proyectado carecía de toda racionalidad urbanística y dispuso la anulación de la decisión administrativa que lo acogía⁵⁸.

58 Recurrió esta providencia la administración demandada, aduciendo que habida consideración que el ordenamiento jurídico le atribuía discrecionalidad para realizar el planeamiento que estimara oportuno, sólo podían anularse aquellas de sus decisiones que se demostrasen contrarias a derecho o incurtidas en desviación de poder, sin que pudieran los tribunales sustituir los criterios técnicos urbanísticos administrativos, con apoyo en dictámenes periciales que no expresan más que el criterio personal del arquitecto que los emitió. El Tribunal Supremo, no obstante, desestima el recurso con base en la siguiente argumentación:

"La actividad en que se concreta la potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico debe estar suficientemente justificada y apoyada en datos objetivos, exentos de error, para impedir que la impropiedad en el ejercicio del *ius variandi* atente a los límites racionales y naturales de sus facultades discrecionales dirigidas a la satisfacción del interés público [...] Pues bien, respecto a la prueba pericial practicada en autos, y a cuyo dictamen ninguna aclaración u objeción se formuló por la Generalitat –nombre dado en lengua catalana a la Administración autonómica (Gobernación) en la Comunidad Autónoma de Cataluña– litigante, ha puesto de manifiesto que el segundo tramo de vial contemplado en el Plan, si técnicamente no es inconstruible, pese a que las pendientes del terreno que tiene que salvar son superiores al 25 por 100, económicamente es inviable por sus elevadísimos costes de ejecución; el primer tramo de vial se ha proyectado atravesando de lleno propiedades de la parte recurrente, de modo innecesario, puesto que a pocos metros lleva en funcionamiento desde hace años un vial que cumple con idéntico objetivo, fundamentalmente de permitir el acceso rodado, y que figura en la base topográfica de los documentos de ordenación del Plan General cuya adaptación significaría un aprovechamiento fáctico y económico de la situación existente [...]. Nada tiene de particular que, ante la ausencia de prueba en contra que hubiese practicado la Administración, el Tribunal de instancia haya hecho suyo, valorándolo con arreglo a las reglas de la sana crítica, según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el dictamen pericial, ciertamente detallado y explicativo, incluso con una completa secuencia fotográfica. Ya no es, por tanto, tan sólo una opinión personal del perito, sino una constatación judicial de que la planificación urbanística en el ámbito objeto de este proceso ha sido errónea y carente

En cuanto tiene que ver con la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana en materia urbanística o de planificación de la ejecución de obras públicas, con un fin meramente ilustrativo cabe reseñar pronunciamientos en los cuales el Consejo de Estado se muestra poco o nada respetuoso de los límites que se han enunciado –especialmente del tercero–, como en aquellos eventos en los cuales, a pesar de la oposición de las entidades públicas demandadas, que reclamaban del juez un respeto por los márgenes de relativa libertad o de discrecionalidad que requieren para ejercer sus competencias en materia de planificación, de ordenación del gasto, de ejecución del presupuesto y de fijación de prioridades en la atención de necesidades públicas mediante la ejecución de obras, se ordenó por parte del juez la construcción de estas en períodos de tiempo sumamente cortos: por ejemplo, seis meses para la reconstrucción, reparación y mantenimiento de una vía intermunicipal, en la sentencia del 7 de septiembre de 2001⁵⁹, o un plazo similar para la pavimentación de una vía urbana en la sentencia del 2 de marzo del mismo año⁶⁰. Sin embargo, en ocasiones sí se ha rehusado ordenar la construcción de obras públicas, en circunstancias similares, aduciendo que debe permitirse a las entidades administrativas planificar adecuadamente la ejecución de sus recursos o decidir las prioridades en la inversión del gasto social. En esa

de racionalidad, lo que comporta, con la desestimación de la apelación, la confirmación de la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho".

Esta línea jurisprudencial, aunque mayoritaria en España, no es, sin embargo, unánime, pues existen también pronunciamientos en los cuales los tribunales se muestran reacios a admitir que los recurrentes intenten probar, con apoyo en dictámenes periciales, la existencia de trazados alternativos a los previstos por la autoridad planificadora y que ésta, en consecuencia, debió optar por ellos en razón a ser menos lesivos de otros intereses jurídicos. Es lo que intentaba, por vía de ejemplo, el demandante en el proceso que fue fallado con la STS del 2 de noviembre de 1992, en la cual se advierte que la práctica de las pruebas solicitadas por el actor se denegaba en consideración a que, de un lado, de la demanda no se infería, ni siquiera de forma indiciaria, que el trazado del vial fuese contrario a las normas urbanísticas, y, de otro –que es lo que resulta más significativo de la sentencia–, a que "aun admitiendo que la citada prueba pericial, de haber sido admitida y practicada pudiera haber dado como resultado la posibilidad o incluso la conveniencia de un trazado del vial distinto al que aparece diseñado en el Plan, ello no constituiría causa bastante para anular dicho Plan en este punto". Y es que a juicio del Supremo en este caso, la prueba pericial es procedente sólo cuando se endereza a acreditar la existencia de alguna ilegalidad, pero no si su objeto se limita a demostrar que existen soluciones técnicas alternativas, toda vez que "el recurrente no puede pretender que sus propuestas de planeamiento [...] prevalezcan sobre las soluciones técnicas adoptadas por la Administración urbanística en ejercicio de las competencias que legalmente le vienen atribuidas y de la discrecionalidad que necesariamente se le debe reconocer en este ámbito".

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, radicación número 19001-23-31-000-2001-0357-01(AP-134), actor: Henry Cadena Franco.

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 2 de marzo de 2001, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA, radicación AP-157, actor: Jairo Gustavo Rocha Rodríguez y otros.

línea, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se negó a acceder a las pretensiones de las demandas consistentes, por ejemplo, en ordenar la construcción de un acueducto, en la sentencia del 22 de noviembre de 2001⁶¹, y en ordenar la pavimentación de una vía urbana, en la sentencia del 31 de agosto del mismo año⁶². Especial mención merece el razonamiento efectuado por el Consejo de Estado, en esta segunda línea jurisprudencial y aunque en un ámbito de actividad administrativa diferente del que nos ocupa en el presente escrito, en la sentencia del 24 de agosto de 2001⁶³.

Sin embargo, el pronunciamiento que señala la que, a nuestro entender, debería constituir la perspectiva de análisis para asumir por el juez al controlar las decisiones –o las omisiones– de la administración tratándose de ámbitos en los cuales se ejercen facultades discrecionales, como los varias veces aquí mencionados en materia urbanística, es la antes referida sentencia del Consejo de Estado, de fecha 26 de octubre de 2006⁶⁴, en el cual se señalan límites que habrían de ser observados por las autoridades judiciales –se insiste, a nuestro entender, también por las de control fiscal y disciplinario– al enjuiciar decisiones adoptadas en ejercicio de discrecionalidad, en sintonía con los planteamientos que aquí se han dejado expuestos y añadiendo una muy importante consideración en punto a que tales límites han de ser respetados por el juez, siempre y cuando la administración satisfaga adecuadamente, en

61 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, radicación número 63001-23-31-000-2001-0241-01(AP-289), actor: Néstor Gregory Díaz Rodríguez, demandado: Municipio de Pijao.

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 31 de agosto de 2001, C. P.: ROBERTO MEDINA LÓPEZ, radicado número 25000-23-26-000-2001-0036-01(AP-159), actor: Manuel José Reina Reina, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

63 Mediante dicho proveído se falló una acción popular cuya pretensión principal consistía en solicitar la suspensión de las gestiones que venía llevando a cabo el Municipio de Ibagué para entregar en concesión a particulares la Empresa de Acueducto de esa ciudad. El Consejo de Estado estimó que “no es una facultad de los jueces señalar si el esquema de participación privada es una alternativa de gestión deseable o conveniente para la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado, pues corresponde a un estudio de conveniencia político y económico, que, mientras no comprometa la validez normativa de la decisión, el juez no puede inmiscuirse en la definición de la naturaleza jurídica de la empresa. En consecuencia, la definición de una alternativa de gestión de una empresa será una decisión política que no involucra la decisión judicial, mientras no desborde los límites jurídicamente permitidos”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001, C. P.: DARÍO QUIÑONES PINILLA, radicación número 73001-23-31-000-2000-1704-01(AP-100), actor: Procurador Provincial de Ibagué.

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de octubre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, radicación número 630012331000200500708 01, expediente AP-2005-00708; actores: Héctor Buitrago Ospina, Jaime Arturo Quintero González, Ruby Tobón Gaviria y Marleny Giraldo Salazar; demandados: Municipio de Armenia y Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia (EDUA).

el proceso, la carga de la prueba que le concierne en cuanto a que ha adoptado decisiones en materia de planificación, de establecimiento de órdenes de prioridades para la ejecución del gasto y para el desarrollo de obras, conformes con el ordenamiento jurídico, pues la insatisfacción de ese *onus probandi* abre las puertas a que el juez adopte cuanta medida advierta como necesaria para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales o colectivos vulnerados o amenazados.

Lo dicho conduce a concluir que, en principio y dado que existen amplios márgenes de los cuales dispone la administración al ejercer la mayor parte de las facultades discrecionales de las cuales dispone en materia de urbanismo –pues el ordenamiento, en este ámbito y según se señaló, la mayor parte de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas–, la intensidad del control judicial, especialmente del basado exclusivamente en los principios generales antes referidos, debería, en principio, limitarse a la exclusión del ordenamiento de aquellas determinaciones –por ejemplo en los POT– que resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias, pues, en los demás casos, si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos, políticos, de conveniencia o de oportunidad aducidos por la administración para adoptar las distintas previsiones de un Plan de Ordenamiento Territorial o para ordenar una expropiación por vía administrativa, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera dichos criterios por los que él considere más apropiados o más convenientes para el interés general⁶⁵, a no ser que aquellos fijados por la administración incurran en *error manifiesto de apreciación*⁶⁶ y, en consecuencia, puedan ser catalogados

65 Se estaría, en estos casos, en el terreno del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos o en el de lo que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”, asunto del cual, según precedentemente se señaló, se ocupó el Consejo de Estado en un pronunciamiento en el cual fijó algunos parámetros relacionados con los alcances de la fiscalización judicial de este tipo de decisiones. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007, referencia: 13.503; radicación: 110010326000199713503 00.

66 Respecto de la noción de error manifiesto de apreciación ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en línea con cuanto aquí se viene sosteniendo, que “el que ha dado en denominarse como «error manifiesto de apreciación» [...] de acuerdo con lo sostenido por Miguel Sánchez Morón, debe dar lugar a un control judicial que no puede convertirse en una «fiscalización técnica, política o de oportunidad», de modo que únicamente procederá «allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable», es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra, pues «de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo”. Así las cosas, se remite a la francesa noción de “erreur manifeste d’appréciation”, de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los

como manifiestamente desproporcionados o manifiestamente irrazonables⁶⁷, más aún si se tiene en cuenta que, concretamente, los planes de ordenamiento territorial, para la aprobación de sus distintos componentes, conllevan el agotamiento insoslayable de instancias de participación democrática⁶⁸ que los proveen de una especial legitimidad⁶⁹ que el juez de lo contencioso administrativo debería intentar preservar al máximo posible.

hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicación número 11001-03-26-000-2000-0020-01, expediente número 18059, M. P. ALIER HERNÁNDEZ E.

- 67 En relación con el control basado en el principio de razonabilidad, resulta de interés traer a colación la denominada "doctrina *Wednesbury*", por medio de la cual la jurisprudencia británica introduce dicho principio como herramienta de control de la actividad administrativa discrecional, en el ya célebre *obiter dictum* del Presidente del Tribunal de Apelación, Lord GREENE, en el asunto "*Associated Pictures Houses Ltd. Versus Wednesbury Corporation*", del año 1948: existirá irrazonabilidad cuando la administración realiza una actuación "*tan absurda que ninguna persona sensata podría jamás soñar que se encuentra dentro de las facultades de la autoridad*". Cfr. H. W. R. WADE y C. F. FORSYTH. *Administrative Law*, 8.ª edición, Oxford, Clarendon Press, 2000, pp. 365-366. En este orden de ideas, si bien Lord GREENE expresa sin ambages que los tribunales pueden controlar la razonabilidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de facultades discrecionales, anulándolas cuando lleguen a la convicción de que son irrazonables, precisa igualmente que ello no autoriza a la instancia judicial a disponer dicha anulación simplemente porque discrepen de la opción elegida por la administración, debiendo limitarse a verificar que la decisión administrativa no resulte irrazonable en el sentido de "completamente absurda", no a intentar establecer si era la *más razonable posible*, de lo que se trataba, para Lord Greene, era de crear una especie de "*parámetro objetivo de enjuiciamiento*" del proceder administrativo, consistente en la comparación de éste, no con un criterio subjetivo, sino con la conducta que cabría esperar de un ente abstracto al que se denominaría una "*autoridad razonable*". Cfr. DESDENTADO DAROCA. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 230-231.
- 68 Sobre este aspecto, consúltense, especialmente, los artículos 4.º y 22 a 27 de la Ley 388 de 1997.
- 69 No obstante las ingentes críticas que a la eficacia, eficiencia y transparencia de los procedimientos de concertación y de participación democrática en materia urbanística se han formulado y de las cuales da cuenta MORCILLO DOSMAN. *Derecho urbanístico colombiano*, cit., pp. 178-181.

