

Incidencia del Silencio Administrativo Positivo, en el Urbanismo Irregular

Luis Fernando González Gómez

Trabajo de grado para optar por el título de
Especialista en Derecho Urbanístico

Asesor:

Victoria Eugenia Bohórquez Hernández

Abogado, Magíster en Derecho

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Urbanístico

Medellín

2019

INCIDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, EN EL URBANISMO IRREGULAR

Luis Fernando González Gómez¹

RESUMEN

El presente artículo analiza constitucional y legalmente, la figura jurídica del silencio administrativo positivo aplicado en materia de gestión y control urbano; especialmente, por la falta de oportunidad en el pronunciamiento de fondo de la autoridad ante la cual se radicó el trámite o solicitud de licenciamiento urbanístico. De la misma forma, los efectos que genera dicha presunción legal frente a los diferentes actores: (usuarios, la autoridad urbanística y el entorno). Esto conforme a la bibliografía consultada, y a las fuentes primarias aplicadas. Con ello, se presenta un diagnóstico en el que se exponen las principales causas, consecuencias y la incidencia del problema objeto de estudio. Se responde al interrogante de si el titular del derecho o la licencia obtenida por el silencio administrativo positivo, nace la posibilidad de edificar en algunas ocasiones de manera irregular.

Palabra Clave: Acto administrativo favorable; Construcción irregular; Derecho a edificar; Licenciamiento urbanístico; Oportunidad en la gestión y control; Radicación en legal y debida forma.

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia, Personero del Municipio de Marinilla, correo electrónico: lfgonzalez113@gmail.com. Este artículo es presentado para optar al título de Especialista en Derecho Urbanístico, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

SUMARIO:

Introducción. I ASPECTOS NORMATIVOS DEL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA URBANÍSTICA. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA DE LICENCIAMIENTO URBANÍSTICO. III. LA ACTUACIÓN CONSTRUCTIVA Y LOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

Introducción

En Colombia, desde la Constitución Política de 1991 (artículo 209) se pretende garantizar los derechos de las personas y se establecen una serie de prerrogativas que protegen los intereses de los asociados y, en especial, los principios de las actuaciones administrativas como son: el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, consagrados en la Constitución y reglamentados entre otras por la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, Art. 3). Así pues, el silencio administrativo de alguna manera, suple la obligación de la administración de responder al petionario, porque toda actuación administrativa debe tener culminación, fenómeno jurídico llamado silencio, que surge por la renuencia o cualquier otra causa injustificada donde no se ofrece respuesta oportuna al ciudadano.

El silencio administrativo se configura en los casos taxativamente señalados por la ley, cuando las autoridades no atienden oportunamente ni de fondo las peticiones respetuosas o trámites debidamente radicados por los ciudadanos. Por tanto, “se puede generar la consecuente configuración de actos fictos o presuntos” (Santofimio, 2007, pág. 261). De este modo, se entiende que su respuesta, por regla general, es negativa y en los casos expresamente señalados en la ley, como lo establece, el artículo 2.2.6.1.2.3.1. del Decreto 1077 de 2015, para el caso de las solicitudes de licencias urbanísticas, cuando la solicitud haya sido radicada en legal y debida forma, será favorable al peticionario.

Frente a este panorama, en la legislación colombiana se estableció a través del Decreto 1203 de 2017 (Que modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y se reglamenta la Ley 1796 de 2016, 2017, Art. 9), la figura jurídica conocida como el silencio administrativo positivo, la cual pretende proteger al administrado de la mora en la respuesta de la administración. Así, se presenta una situación menos gravosa; además permite obtener la respuesta requerida y efectivizar su derecho a obtener una licencia de construcción.

El tema abordado en el presente escrito, allega como disciplina jurídica, el derecho administrativo. De éste, principalmente, los lineamientos normativos que conllevan a la institución jurídica denominada silencio administrativo positivo en la licencia urbanística, como la máxima expresión de los principios de celeridad y eficacia de las actuaciones administrativas, al igual que la adecuada gestión y el control urbano, que realizan “los curadores urbanos y la entidad municipal o distrital encargada del estudio, trámite y expedición de las licencias”. (Decreto 1077, 2015, Art. 2.2.6.1.2.3.1).

El presente trabajo, tiene como propósito principal determinar en qué medida el silencio administrativo positivo, incide en el urbanismo irregular de los municipios. En suma, si el administrado al no obtener respuesta dentro del término establecido a la solicitud de la licencia de construcción y luego de protocolizar la constancia de petición o radicado de licenciamiento, como titular del acto de silencio positivo, adquiere el derecho a edificar y está legitimado para realizar la construcción de manera irregular o contrariando los lineamientos normativos.

Con el ánimo de limitar el alcance de la recopilación bibliográfica y el esquema argumentativo, inicialmente se presentará un diagnóstico en el que se expondrán las principales causas, consecuencias e incidencias del problema objeto de estudio. Para ello, el texto se divide en tres partes.

En primer lugar, los aspectos normativos del otorgamiento de la licencia urbanística, la cual consagra que para invocar el silencio administrativo positivo se debe adelantar el procedimiento establecido en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011. Más adelante, se expondrá de manera sucinta el ámbito de aplicación de la figura del silencio administrativo positivo en materia de licenciamiento urbanístico.

Por último, se concluye sobre la incidencia del silencio administrativo positivo en la construcción irregular de cara a la actuación constructiva y los asentamientos irregulares.

I. ASPECTOS NORMATIVOS DEL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA URBANÍSTICA.

Para realizar un acercamiento al tema de Gestión y Control Urbano, de forma tal que permita entender las normas existentes en la actualidad, es necesario conocer cuáles fueron sus antecedentes y cuales los fundamentos que llevaron a su adopción; al igual, es preciso comprender cómo evolucionó el sistema de desarrollo territorial, consagrado en la Constitución Política, la Ley 388 de 1997, el Decreto 1077 de 2015, el Decreto 1203 de 2017, entre otros. Se resalta de estos algunos conceptos básicos que permitan unificar el discurso. Posterior a ello, detallar, conforme a la ley, cual es el procedimiento que debe surtir para tramitar y gestionar de manera adecuada la licencia urbanística.

En un esfuerzo por precisar los hechos que marcaron la historia en materia de derecho urbanístico y desarrollo territorial, se hace necesario conceptualizar desde la doctrina algunas ideas claves, así:

Se entenderá al derecho urbanístico como el conjunto de normas de derecho administrativo que regulan los procedimientos e instrumentos legales necesarios para el desarrollo físico de los municipios y distritos, encaminados al correcto y eficaz ejercicio de la función pública del urbanismo, a la ejecución de los instrumentos de gestión y al cumplimiento de los principios rectores del desarrollo territorial (Arbouin, F, 2012, 5)

Dentro de la evolución histórica, es referente la década de 1940, período que marcó el inicio de un proceso acelerado de urbanización en varios países de América Latina y particularmente Colombia. Como resultado de este fenómeno, Colombia, que era considerado un país eminentemente rural, observó como la mayoría de sus pobladores se concentraban en los centros urbanos, el consecuente aumento poblacional y la tendiente ocupación territorial generó una mayor demanda de servicios públicos y de acceso a viviendas por parte de los ciudadanos y exigió a si mismo una respuesta Estatal en términos de planeación y gestión territorial.

Desde entonces, se propuso un amplio número de normas y proyectos legislativos, relativos al ordenamiento urbano y territorial, entre ellos, con la aprobación de la ley 9° de 1989, conocida como ley de Reforma Urbana, nació formalmente el derecho urbanístico en el país. Fue solo en 1991, cuando el país modificó su pacto constitucional, donde se generó un aporte primordial al derecho urbanístico colombiano, al situar al municipio como la célula político-administrativo del país. Si bien, el inicio del crecimiento acelerado de la urbanización, cumplía ya medio siglo, solamente hasta el año de 1997, en el marco de las políticas del Plan Nacional de Desarrollo “el Salto Social”, es que Colombia asiste a la aprobación de una Ley de Desarrollo Territorial basada en los principios consagrados en la nueva Constitución.

La Ley 388 de 1997, definió los lineamientos para que los gobiernos locales establecieran sus propios regímenes de usos del suelo y sus instrumentos de planeación, ordenaran el desarrollo urbano y atendieran asuntos como: la vivienda y el espacio público entre otros. Igualmente, estableció las competencias y alcances de los planes de ordenamiento territorial - POT en los municipios del país, como la principal herramienta de regulación de los usos del suelo, la planeación y gestión del territorio en el largo plazo.

Existe una jerarquía de normas que introducen al tema del licenciamiento urbanístico; entre ellas, se puede resaltar el artículo 58 de la Constitución Política que afirma:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (Constitución Política, 1991, Art. 58).

Bajo este precepto de rango Constitucional, se consagran tres nociones esenciales para el ordenamiento territorial, primero, la función social y ecológica de la propiedad, que en la práctica significa, que el propietario del suelo no tiene derecho a edificar por el solo hecho de ser propietario, sino que la prerrogativa para hacerlo está determinada por decisiones públicas de ordenamiento territorial.

Segundo, la prevalencia del interés general sobre el particular, en éste, el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, y su destinación al uso común como lo es el espacio público y las vías, por ejemplo. Un tercer momento, la distribución equitativa de cargas y beneficios, se desarrolla el principio de igualdad de las personas ante la Ley, donde los Planes de Ordenamiento Territorial y la norma urbanística que los ejecuten, deberá establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las obligaciones y los aprovechamientos, derivados del ordenamiento.

La reforma urbana en el país o Ley 9 de 1989, fue complementada por los lineamientos establecidos en Ley 388 de 1997, conocida como Ley de Desarrollo Territorial. Así mismo, materializó los principios constitucionales de ordenamiento del territorio, la prevalencia del interés colectivo sobre el individual, e igualmente estableció que el medio ambiente es esencial para la preservación de la vida humana. Por otra parte, la puesta en marcha de la legislación urbanística es un proceso complejo y arduo, su aplicación debe generar en los diversos actores el formular entre otros los siguientes interrogantes ¿qué queremos hacer de la ciudad?, ¿cómo podemos mejorar? y ¿cómo hacer que las leyes urbanísticas se encuentren al servicio de ciudades más organizadas?

En Colombia, hasta antes del año 2015, se encontraban dispersas las normas que reglamentan la Ley 388 de 1997, el Ejecutivo, a través del Decreto único Reglamentario de Ciudad, Vivienda y Territorio, (Decreto N°. 1077 de 2015), agrupó las normas reglamentarias preexistentes. De modo que, guarda correspondencia con los decretos compilados y su vigencia, con el propósito de unificar en un solo texto normativo el sinnúmero de normas, entre ellas, el Decreto 1469 de 2010.

Empero, como el derecho es cambiante y se debe ajustar a las dinámicas y realidades sociales, como lo fue la expedición de las leyes 1796 de 2016 “Por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro” y la Ley 1801, “Código Nacional de Policía y Convivencia”, implica que se formulen nuevas reglamentaciones. Por consiguiente, genera que a la fecha se presenten modificaciones parciales al Decreto compilatorio N°. 1077 de 2015, entre otros a través del Decreto 1203 de 2017. De este se destacarán apartes del artículo 02 de la norma en análisis, que permitirán unificar el lenguaje e interpretación del concepto de licencia urbanística, así:

Modificar el artículo 2.2.6.1.1.1 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015 del sector Vivienda, Ciudad y Territorio, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2.2.6.1.1.1 Licencia urbanística. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente (Decreto 1077, 2015 Art. 2)

De esto se deduce que, todo uso o actividad ejercida en el suelo, sea público o privado, tiene que estar autorizado de manera previa, las licencias urbanísticas están sometidas al uso que el suelo tiene como bien de servicio público, es decir, con la finalidad social que se le atribuye con la ley. La característica fundamental de las licencias urbanísticas es su carácter reglado, toda vez que no son de recibo las interpretaciones amañadas o discrecionales que en ocasiones se convierte en arbitrariedad para el otorgamiento por parte de la administración municipal o el curador urbano.

Del anterior concepto, se infiere que, la licencia urbanística es la autorización previa, para ejecutar en uno o varios predios, la creación de espacios públicos y privados, como la construcción de vías y la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos domiciliarios que permiten la adecuación, dotación y subdivisión de los terrenos para la futura construcción de edificaciones. Esta autorización debe ser expedida por el curador urbano o la autoridad municipal competente en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, al igual que dentro de un plazo de 45 días, de lo contrario, se configura el silencio administrativo positivo.

Bajo estas premisas, dentro de la gestión que deben realizar las personas interesadas en obtener una licencia de urbanismo y construcción, se sujetará en términos generales al siguiente procedimiento que trata de sintetizar el paso a paso la obtención de una licencia urbanística, lo anterior en cumplimiento a los lineamientos normativos, condiciones, requisitos y plazos establecidos en los artículos 2 y 9 del Decreto 1203 de 2017.

El trámite nace a partir de la radicación de la solicitud de licenciamiento. En esta primera oportunidad; los requisitos deben ser allegados; es decir, recepcionados por el funcionario competente, quien dejará constancia, que fueron entregados con todos los soportes, en legal y debida forma. Luego, se realizará y comunicará citación a los vecinos, para que ejerzan sus derechos. “Los vecinos colindantes son todos los propietarios, tenedores o residentes, de los predios que colindan con el predio de la solicitud”. (Decreto 1077, 2015, Art. 2.2.6.1.2.2.1)

Después, el funcionario competente realizará una revisión del proyecto, quien se encargará de gestionar y expedir la licencia, le corresponderá estudiar y cotejar el expediente desde el punto de vista de correspondencia jurídica, técnica, estructural y arquitectónica, con el fin de evidenciar que cumple con las normas urbanísticas y de reglas de edificación vigentes. En caso de que no cumpla con los requisitos establecidos en la ley, la norma dispone que se debe generar por una sola vez, un documento denominado acta de observaciones y correcciones, el cual se debe informar al solicitante indicando los ajustes, aclaraciones o correcciones que debe hacer al proyecto constructivo y los demás requisitos que debe allegar en un término perentorio para resolver sobre la solicitud de licenciamiento. Si no se realizan los ajustes en el término de 30 días calendario, se entenderá que el administrado desistió de la solicitud, y se emite archivo.

Por último, si vencido el término de 45 días sin que se hubiese pronunciado la Administración o Curador, se aplicará el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, conocido como silencio administrativo positivo. Para ello la autoridad responsable está obligada a expedir las certificaciones que se requieren para la aprobación del proyecto que se quería licenciar.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA DE LICENCIAMIENTO URBANÍSTICO.

El silencio administrativo, corresponde a una garantía del derecho fundamental que tienen las personas y ciudadanos de obtener una pronta resolución a sus peticiones, el cual se encuentra previsto en la Constitución Política de 1991, así:

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales". (Constitución Política, 1991, Art. 23)

En términos Generales en el capítulo VII del título III procedimiento administrativo general, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (Ley 1437, 2011), establece que el silencio administrativo, es una figura jurídica que suple la respuesta que está obligada la administración de expedir y entregar al peticionario o administrado. Éste se caracteriza, por ser una ficción legal, donde efectivamente, la administración al no generar una respuesta escrita dentro del plazo previsto por la ley, genera una presunción legal. En otras palabras, se presume por regla general que respondió de forma negativa.

Igualmente, se identifica como una garantía al administrado, quien al presentar peticiones y no obtener resolución no debe estar obligado a permanecer en el silencio, en la medida que el principio de confianza legítima supone que todas las actuaciones administrativas deben culminar. Una tercera característica es que este fenómeno jurídico se convierte en una sanción a la administración renuente, porque la función pública tuvo la oportunidad de responder negativa la petición o trámite, pero como no se expidió dentro de los términos legales, en caso del silencio administrativo positivo, se presume la respuesta favorable al interesado.

Frente al silencio administrativo positivo, el Artículo 84 (Ley 1437, 2011) la norma es clara en afirmar que la respuesta favorable, solo aplica en casos específicos, así:

SILENCIO POSITIVO. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso. El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código., (Ley 1437, 2011, Ar. 84)

En ese contexto, consagró de manera precisa (Ley 1437 de 2011), en casos excepcionales, cumplido el término para que la administración se pronuncie sobre una petición, trámite o recurso, se aplique la figura del silencio administrativo positivo. En el entendido que se accede a lo solicitado por el interesado siempre y cuando se cumplan los requerimientos estipulados para su configuración, expresamente previstos en norma especial. Como lo es, el caso del trámite de solicitud de licencias urbanísticas, regulado en el artículo 2.2.6.1.2.3.1 del Decreto Nacional 1077 de 2015, modificado por el artículo 9 del Decreto 1203 de 2017, que será objeto de análisis, en el presente capítulo.

Frente a la configuración del silencio administrativo positivo, la Corte Constitucional, ha manifestado lo siguiente:

En efecto, la figura del silencio administrativo positivo, regulada por el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011), implica la constitución de un derecho, o al menos la aceptación de lo pedido por el solicitante. Sin embargo, no en todos los casos ello ha de considerarse negativo o perjudicial a los intereses de la administración, pues como es sabido, en algunas situaciones esta figura se utiliza como mecanismo de eficiencia administrativa que evita el desgaste de dar respuestas individuales a solicitudes que sin duda serían aprobadas por la administración, hipótesis en la cual no podría considerarse que se ha cometido falta alguna por parte del funcionario responsable. Contrario sensu, es claro que, en algunos otros eventos, la consolidación del derecho solicitado sí será resultado de una actuación negligente del servidor público, que omitió expedir oportunamente la decisión que negaría u objetaría lo pretendido. (Corte Constitucional, 2016, Sent. C- 284)

La materialización del silencio administrativo positivo, se evidencia en casos de cumplirse con los requisitos esenciales de la solicitud de las licencias de construcción “radicación en legal y debida forma” (Decreto 1203, 2017, Art. 9), por el paso del tiempo en lugar de una respuesta negativa a la petición y ante la negligencia y omisión de la autoridad competente, se debe otorgar la autorización para construir producto de un acto ficto o presunto. Toda vez que de manera expresa la ley en comento estableció el término y procedimiento para resolver las solicitudes de licenciamiento:

Término para resolver las solicitudes de licencias, sus modificaciones y revalidación de licencias. Los curadores urbanos y la entidad municipal o distrital encargada del estudio, trámite y expedición de las licencias, según el caso, tendrán un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para resolver las solicitudes de licencias y de modificación de licencia vigente pronunciándose sobre su viabilidad, negación o desistimiento contados desde la fecha en que la solicitud haya sido radicada en legal y debida forma. Vencido este plazo sin que los curadores urbanos o las autoridades se hubieren pronunciado, se aplicará el silencio administrativo positivo en los términos solicitados, pero en ningún caso en contravención de las normas urbanísticas y de edificación vigentes. (Decreto 1203, 2017, Art.9)

El artículo citado, toma relevancia, al considerar que, si bien la norma establece la obligación de la administración de resolver expresamente todas las solicitudes o trámites que radiquen los administrados- En algunos casos, no se produce una respuesta de manera oportuna, Hecho que advierte la inactividad de la administración, y genera la figura del silencio administrativo positivo. Para el caso, el trámite de una licencia que fue solicitada ante autoridad competente, bien sea el secretario de planeación o el curador, si transcurren los días preceptivos sin respuesta, la licencia se debe de entender concedida siempre y cuando hubiese sido radicada en legal y en debida forma, al igual que no contravenga las normas urbanísticas y de construcción vigentes.

Para invocar el silencio administrativo positivo, el interesado, es decir la persona cuya solicitud no recibió respuesta por parte de la administración en el plazo previsto por la norma especial, deberá adelantar las siguientes actuaciones: protocolizar ante notario público a través de escritura pública la documentación pertinente que de constancia de la radicación de la solicitud de la respectiva licencia; manifestar bajo la gravedad de juramento no haber sido notificado de respuesta alguna a su solicitud dentro del término previsto para ello.

La escritura pública así otorgada producirá los efectos legales de manera favorable al interesado; es decir, en los términos de su solicitud y debe así ser reconocida por los particulares como las respectivas autoridades. En consecuencia, la escritura pública cumplirá las veces de licencia urbanística, por lo cual el curador o autoridad competente deberá proceder a la expedición de la certificación o constancia que se requiera para demostrar esa aprobación

El silencio administrativo positivo solo se configura de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, cuando así lo señalan las normas especiales aplicables, como lo es el caso en materia de licencias urbanísticas. Por disposición del artículo 2.2.6.1.2.3.1 del Decreto Nacional 1077 de 2015, modificado por el artículo 09 del Decreto 1203 de 2017, en el entendido que el curador urbano o la autoridad administrativa competente, según sea el caso, se abstenga de pronunciarse sobre la viabilidad, negación o desistimiento de una solicitud de licencia o modificación de una licencia vigente, dentro del término previsto en dicha norma que por regla general será de 45 días hábiles.

III. LA ACTUACIÓN CONSTRUCTIVA Y LOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES.

La actuación constructiva, es la máxima materialización del desarrollo urbano de una ciudad, puesto que, es el medio por el cual se da vida a los lineamientos establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial de un municipio, gracias a la gestión de acciones de diseño urbano, uso de la tierra, y procesos constructivos como: ampliación, conservación, alteración o restauración de un bien inmueble. De esta manera, el derecho a la propiedad privada esta limitado por el interés general, (Constitución Política, 1991, Art. 58). y en consecuencia relacionado con el cumplimiento de normas técnicas en materia de construcción y sismo resistencia, entre otras.

El incumplimiento de los preceptos normativos en materia constructiva y de edificabilidad tienen un impacto directo en la dinámica urbanística de los territorios, donde, en muchas ocasiones obedece a un control urbano deficiente, al igual que el desconocimiento de normas urbanísticas por parte de los administrados. Es así que, desde el año 1984, en Colombia las normas de sismo resistencia son de obligatorio cumplimiento. Razón por la cual, no es posible acatarlas parcialmente o realizar una interpretación parcial, puesto que un análisis amañado ocasiona variaciones en el diseño e incumplimiento técnico, impactando la sociedad en general con el aumento del riesgo.

La licencia pretende regular el proceso de crecimiento de las ciudades y concreta los principios de la función pública del urbanismo y el interés social de la propiedad. Sobre el particular Eduardo García de Enterría, en el Texto Derecho urbanístico e ciencias de la administración, refiere:

Urbanizar ha dejado de ser un contenido de la propiedad para convertirse en una función pública. (...) nadie es libre de convertir el suelo rústico en suelo urbano (parcelarlo, urbanizarlo o construirlo) a su arbitrio, invocando facultades de que le corresponden como dueño de ese suelo; tal conversión, que es donde se hace visible la singularidad de la propiedad urbana, que da estrictamente reservada al Plan. (ENTERRÍA. 1983. p 35)

Desde un punto de vista estrictamente normativo, se podría concluir que la reglamentación urbanística existente en el país, debe permitir regular la forma, distribución y expansión de las ciudades, pero, la realidad es otra, toda vez que no se han creado instrumentos de intervención de la ciudad que permitan corregir el crecimiento caótico de la urbe, introduciendo factores de orden que generen mayor eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones urbanísticas.

Las personas asentadas en un determinado territorio, dentro de su autonomía, interpretan como vivir o como expandirse y donde se sienten a gusto. A raíz de ello, buscan diversas maneras de construir. lo que para ellos es una vivienda adecuada, generando acciones dirigidas a procesos de autoconstrucción que evidencian la no existencia de una buena cultura en el hábitat y en especial el incumplimiento de las normas de urbanismo.

Por otra parte, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que el derecho a una vivienda adecuada, no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo, este no se reduce a cuatro paredes, Debe considerarse más bien como el derecho a vivir bajo condiciones de seguridad, paz y dignidad. Al respecto señaló:

Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios: La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas. Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos. Asequibilidad: la vivienda no es adecuada

si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes. Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales. Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados. Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas. Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural. (ONU HABITAT. Derechos Humanos, 2010, p. 5)

Existen patrones de crecimiento urbano, donde el Estado, a través de su institucionalidad no tiene la capacidad de establecer los respectivos controles, para el Gobierno colombiano, este fenómeno genera una incertidumbre, toda vez que, no puede desligarse de la responsabilidad frente al equipamiento urbano y el asegurar una vivienda y condiciones de vida adecuadas para todos, porque en muchos casos no existen vías, drenajes, electricidad, transporte público; dada la dinámica propia de los asentamientos irregulares.

Hablar de asentamientos irregulares en Colombia, implica enforzar la atención sobre los efectos que genera este fenómeno como son temas económicos, políticos, sociales, geográficos, ecológicos, e impacto ambiental. Sin desconocer que, la migración de poblaciones rurales obedeció en gran medida al conflicto armado, situación que, generó un crecimiento desmedido, expansión demográfica irregular en los centros urbanos. Lo anterior, desembocó en una tremenda explosión de construcciones ilegales, sobre el asunto menciona José Luis Romero.

No se detuvieron del todo las poblaciones de migración rural hacia las ciudades y esa circunstancia mantuvo la inestabilidad de las clases populares urbanas. Pero además fue produciéndose, entre tanto, la renovación generacional de esa masa fraguada en la agitada interpenetración de los grupos inmigrantes y los grupos arraigados. (Romero JL. 1999, p. 414).

Los asentamientos irregulares, denota un patrón de crecimiento caótico, no dejando área permeable, ni jardines, sino por el contrario el predio se construye en su máxima densidad,

generando una ruptura de diseño en el entramado, al igual que una amalgama de contrastes. Es así que, encontramos un fraccionamiento de casas bien construidas nivel medio, y al costado viviendas en un paso de tierra, viviendas de autoconstrucción, sin una estructura adecuada de las mismas, pasillos reducidos para el tránsito de peatones creando laberintos, formando una configuración forzosa de la ciudad, que como ya se había advertido generan riesgo social.

Pese al peligro que representa para las familias muchas de ellas siguen viviendo en asentamientos irregulares. Se genera tolerancia de lo informal, estando incurso en causal de infracción urbanística. Se debe entender por infracción urbanística la construcción, ampliación, modificación o demolición de cualquier construcción por fuera de lo establecido en el plan de ordenamiento territorial, también se presenta esta figura cuando un establecimiento comercial ocupa ilegalmente el espacio público, situación que puede generar multas sucesivas e incluso orden de demolición.

Ahora bien, es claro que, no todas las construcciones ilegales, nacen del desconocimiento o la intención de asentarse de manera irregular. También las personas tratan de tramitar la regularización de sus inmuebles, tal como es la obligación de obtener la licencia urbanística en cualquiera de sus modalidades, previo al proceso constructivo. Razón por la cual, en este punto del escrito, es necesario retomar el alcance y centrar el discurso sobre la incidencia del silencio administrativo positivo en el licenciamiento urbanístico y su consecuente proceso constructivo irregular.

Las actuaciones constructivas, implican el tramitar previo a cualquier acción de edificación, movimiento de tierras o demolición, una licencia urbanística, radicando en legal y debida forma cada uno de los requisitos exigidos para el tipo de trámite a realizar, ante la autoridad competente bien sea la Secretaría de Planeación Municipal o la Curaduría Urbana. Según sea el caso, si se cumplió con cada una de las formalidades en materia de normas urbanísticas y normas de edificación y dado el silencio de la autoridad competente en pronunciarse dentro de los 45 días hábiles, a través de un acta de observaciones o del correspondiente acto administrativo de licenciamiento, aplica la figura del silencio administrativo positivo que consagra el artículo 9 del Decreto 1293 de 2017, con la protocolización a través de escritura pública ante Notaria Municipal, del acto ficto o presunto y la manifestación jurada de no haber recibido respuesta por parte de la administración.

Con la escritura pública que evidencia la prueba de la configuración del silencio positivo se debe solicitar ante la dependencia que se radicó el trámite, certificación del cumplimiento de requisitos para la obtención de la licencia de construcción solicitada, al igual que realice la liquidación de las obligaciones urbanísticas. En este punto, la Secretaría de Planeación y/o la Curaduría Urbana, según el caso, no pueden oponerse otorgar el certificado de aprobación del proyecto que se quería licenciar. Pero esto, siempre y cuando se cumpla con una condición al ser la aprobación de la licencia de construcción un acto administrativo complejo. Ello implica que, el proyecto haya sido radicado en legal y debida forma. Porque de lo contrario, el silencio administrativo positivo no opera. No obstante, el funcionario podrá ser investigado disciplinariamente por ese presunto comportamiento omisivo, pero no se otorgará la certificación de aprobación para la ejecución del proyecto que se quería licenciar.

Es así, que el administrado que no haya radicado en legal y debida forma el trámite del proyecto que desea licenciar, no podrá alegar que se configuró el silencio administrativo positivo en materia urbanística, para con ello ejecutar el proyecto, contrariando las normas de edificación establecidas en el territorio colombiano. Toda vez que, de ser así, la normatividad interna, permitiría o toleraría asentamientos irregulares, fallas estructurales, vertimientos inadecuados, fraudes de servicios públicos, entre otros. Lo anterior, generaría una carga al Estado por la omisión de su obligación de intervenir en las actuaciones de los particulares, bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía, publicidad y celeridad.

En algunos municipios principalmente de categoría 4, 5 y 6, las oficinas de Planeación, no cuentan con la estructura administrativa o planta de personal suficiente, que les permita atender de manera oportuna, la totalidad de trámites de licenciamiento que se radican periódicamente, razón por la cual están expuestos a la configuración del silencio administrativo positivo en materia urbanística. Pero, bajo un escenario donde el administrado radicó su proyecto constructivo en legal y debida forma y se configuró el silencio y se otorgó la certificación de aprobación, no es óbice para que el administrado realice la edificación de manera irregular o desatienda los lineamientos normativos, dado que la diferencia en el licenciamiento se presenta en el modo de obtención no en el alcance de lo autorizado.

Lo anterior implica que, queda obligado a cumplir especificaciones técnicas, retiros, áreas construidas, conexiones a redes de servicios públicos, plazos de vigencia de la licencia, entre otros. En caso de realizar actos irregulares, es sujeto de sanciones por parte de la Administración, quien no pierde competencia en materia de inspección, vigilancia y control a través de los lineamientos establecidos en la ley 1801 de 2016 Código Nacional de Policía y Convivencia.

Conclusión

A modo de síntesis, en materia de licenciamiento urbanístico, la figura del silencio administrativo positivo, solo protege al administrado de la mora o falta de oportunidad en la respuesta de la autoridad encargada de gestionar el trámite de licenciamiento, si el proyecto constructivo fue radicado en legal y debida forma. Y solo así, esta figura jurídica le otorga el derecho a obtener una licencia de construcción, a través de un acto ficto o presunto. De lo contrario, el licenciamiento urbanístico, al ser un acto administrativo complejo, no se configura el silencio administrativo, al incumplir con los requisitos establecidos en las normas urbanísticas y de edificación.

Desde una visión personal como abogado, especialista en derecho administrativo y derecho urbanístico, considero que la figura del silencio administrativo positivo, consagrada de manera excepcional en algunos preceptos normativos, no se debe considerar solo como una sanción a la administración renuente. Por lo contrario, este mecanismo contribuye a efectivizar la función pública, y garantizar los derechos materiales del administrado. Toda vez que, corrige la desviación del deber de resolver los procedimientos dentro del plazo establecido, en especial aquellos iniciados a solicitud de parte, como lo es la solicitud de licenciamiento urbanístico radicado en legal y debida forma, donde la configuración del silencio no incide para que el titular del mismo, se encuentre facultado de realizar actuaciones constructivas de manera irregular o contrarias a la certificación de aprobación otorgada.

Aunque se ha avanzado en el estudio y se concluye que la aplicación del silencio administrativo positivo en materia de licenciamiento urbanístico, no incide en el urbanismo irregular, es necesario continuar con la investigación. A fin de establecer si la mora en la respuesta a la solicitud de licenciamiento determinada en 45 días hábiles, implica para el Curador urbano o el Secretario de Planeación, sanciones disciplinarias, pese ha no haberse radicado en legal y debida forma el proyecto constructivo.

Referencias Bibliográficas

Arbouin Gómez F. (2012). Derecho Urbanístico y Desarrollo Territorial Colombiano. Evolución desde la Colonia hasta nuestros días, 124 *Vniversitas*, 17-42. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14267/11486>

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional N°. 116*, recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Benavides, J. L. (2016). *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ley 1437 de 2011 comentado y concordado (2 edición)*. U. Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (18 de julio de 1997). Ley 388, se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44.708. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html

Consejo De Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, (13 de febrero de 2014), Radicado N°. 2500023240002007-00352, (CP. Guillermo Vargas Ayala. Núm. 2007-00352, recuperado de <https://docplayer.es/27363849-Consejo-de-estado-sala-de-lo-contencioso-administrativo-seccion-primera-consejero-ponente-guillermo-vargas-ayala.html>

Corte Constitucional, (01 de junio de 2016) Radicado C284 de 2016,MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-284-16.htm>

Enterría, e. g. d. (1983). *Derecho Urbanístico e Ciencias de la Administración*. 1983.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, (26 de mayo de 2015). Decreto 1077, Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, última actualización 26 de agosto de 2019. Recuperado de <http://www.minvivienda.gov.co/NormativaInstitucional/1077%20-%202015.pdf>

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, (12 de julio de 2017). Decreto 1203, el cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y se reglamenta la Ley 1796 de 2016, en lo relacionado con el estudio, trámite y expedición de las licencias urbanísticas y la función pública que desempeñan los curadores urbanos. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201203%20DEL%2012%20DE%20JULIO%20DE%202017.pdf>

Santofimio Gamboa. J. O (2007). Tratado de Derecho Administrativo. *Tomo II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá*

ONU Habitat el Derecho a una Vivida Adecuada, Recuperado de:

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

Penagos, G. (1997). El Silencio administrativo: origen-fundamento-clasificación-procedimiento para hacerlo efectivo-silencio y vía gubernativa-invalidez-responsabilidad de la administración-silencio administrativo y acción de tutela. *Doctrina y Ley*.

Philipps, C. B. (2009). El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística. *Actualidad Jurídica*, 19.

Romero JL. Las ciudades y las ideas, Medellín, Universidad de Antioquia 1999, p. 414

Vergara, Mesa, H D, Elementos del Derecho Administrativo y de la Administración Pública, Vieco e hijas. Medellín. 2006.