

Desvirtualización del carácter reglado de las licencias urbanísticas, una práctica en contra de los modelos de ocupación del suelo

Eliana María Torres Toro¹

Resumen

El propósito de este artículo sobre el carácter legal de las licencias urbanísticas, es cuestionar la facultad de discrecionalidad que adquieren éstas en la práctica. La metodología corresponde a una revisión bibliográfica que evidencia la contradicción existente en el ejercicio administrativo de otorgamiento de las licencias, respecto a su definición y principios. Se concluye con la presentación de algunos impactos sobre los procesos de ocupación del suelo, generados por la arbitrariedad en la concesión de licencias urbanísticas.

Palabras claves

Acto administrativo, acto discrecional, función social de la propiedad, licencia urbanística, modelos de ocupación del suelo.

Sumario

INTRODUCCIÓN. I. CONCEPTO Y RÉGIMEN LEGAL DE LAS LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN. II. DISCRECIONALIDAD O ARBITRARIEDAD. III. LA ILEGALIDAD FORMAL ACTUAL EN LOS PROCESOS DE OCUPACIÓN DEL SUELO. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

¹Arquitecta de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Magister en Estudios Urbano Regionales de la misma universidad. elianam.torres@udea.edu.co. Trabajo presentado para optar por el título de especialista en Derecho urbanístico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Introducción

La ciudad contemporánea se inscribe y construye en la lógica propia de las dinámicas del mercado de suelo. Esta situación, imprime a los procesos de crecimiento urbano la confluencia y choque de intereses de los sujetos públicos y privados. Los primeros, constituidos por una plataforma institucional que debe actuar bajo el principio misional de la función pública; es decir, el interés general, guiado por un marco normativo amplio que apunta a la defensa del principio de la función social de la propiedad. Los segundos, conformados por gremios, organizaciones y propietarios que ejercen su papel de urbanizadores bajo premisas económicas de rentabilidad del suelo, más productivos. En consecuencia, son los impactos, ambientales, paisajísticos y funcionales, los que evidencian la desconfiguración y no concreción de los modelos de ocupación planteados por el ordenamiento territorial, a causa de las dinámicas de mercado inmobiliario. En consecuencia, dichas disyuntivas de intereses exponen la disciplina de la planificación urbana a cuestionamientos permanentes, de carácter jurídico, procedimental y ético, dada su facultad innata de poder y decisión en la consolidación de la ocupación del territorio; principalmente, en el otorgamiento de licencias de construcción.

Lo anterior pone de manifiesto que, es ineludible al ordenamiento territorial y a los procesos de urbanización, establecer una relación entre la norma, su concepción, implementación y práctica. Así mismo, que el ejercicio de planeación del territorio presenta una disyuntiva entre el discurso y la realidad, en la cual los modelos de ocupación territorial, son escenarios prospectivos posibles, en tanto las prácticas de regulación en la producción del espacio guarden coherencia con éstos. Resaltando así, para los fines del presente artículo, el papel fundamental que tienen las licencias de construcción, su concepción y carácter reglado como acto administrativo, a través del cual se ejerce el orden en las formas de ocupación del suelo.

Evidenciar dicha disyuntiva, nos lleva a establecer como lo expresa Brand (2009), “que el Estado en su ejercicio ordenador del territorio, y en el intento por regular las formas de su ocupación, concibe la norma, como instrumento enmarcado en un contexto y una especificidad, capaz de legitimar su ejercicio de poder, y de jerarquizar el territorio,

orientando su formación y apropiación a través de la prohibición o la permisividad”. En esta línea, las normas urbanísticas, se conciben para hacer territorios sostenibles, en armonía con el medio ambiente, proteger la vida, y orientar toda acción o intervención hacia el cumplimiento del principio de la Ley 388 de 1997, prevalencia del interés general sobre el particular. Por tanto, cuando ese principio está por debajo de los intereses del mercado inmobiliario como actor principal del proceso de construcción de la ciudad, se presenta una ruptura de orden preestablecido desde los lineamientos ya planificados, con efectos encadenados en términos espaciales sociales y ambientales.

El desarrollo de este artículo, parte de la hipótesis sobre el desenfoco conceptual de la licencia de construcción, como acto administrativo, cuando en la práctica adquiere un carácter discrecional, e incluso arbitrario, que la distancia de su función social que le es inherente, en tanto su objeto de acción es la propiedad. Así, el texto tiene como fin, indagar sobre la noción y carácter de las licencias de construcción, cuestionar su facultad de discrecionalidad en el quehacer de la planificación territorial e identificar su incidencia en la materialización de los objetivos de crecimiento y ocupación a largo plazo, que trazan los territorios, en sus Planes de Ordenamiento Territorial, para el caso colombiano, o bajo cualquier instrumento de carácter legal que haga sus veces de carta de navegación en materia de ordenamiento del suelo.

La información y material de referencia bibliográfica utilizada en la construcción del artículo y su marco teórico, hacen parte de un trabajo de revisión, lectura y análisis de textos académicos y otros soportes de carácter legal y normativo, que en materia del derecho urbanístico, derecho administrativo y ordenamiento territorial aplican. El análisis y organización de dicho material, contribuyó a la construcción de una postura frente a conceptos y prácticas en el ejercicio de la planeación urbana, donde el derecho y el urbanismo establecen una relación tácita e inseparable. A través del método argumentativo inductivo, se presenta un análisis contrastante de conceptos y definiciones sobre el carácter legal de las licencias de urbanización y el concepto adquirido en su praxis.

Bajo las premisas antes enunciadas, el presente artículo se desarrolla en tres partes. La primera, presenta la noción de licencia de construcción en el régimen legal colombiano, Decreto 564 de 2006 y otras disposiciones normativas; así mismo, se establece la relación directa que según Julien-Laferrière (2010), existe entre la licencia de construcción, el concepto de derecho de propiedad y regulación de la ocupación del suelo.

La segunda parte, enmarca el concepto de licencia urbanística, su naturaleza y carácter, en la rama del derecho administrativo, y de manera encadenada e inherente a éste, su clasificación en actos reglados y actos discrecionales; dando lugar así, al objeto de debate del presente artículo. De igual forma este aparte, cuestiona la facultad de discrecionalidad de las licencias de construcción, como una realidad que desborda los discursos e intenciones del ordenamiento territorial, discusión que toma forma en las ideas expuestas por (Hernández, 2019), en su trabajo: la discrecionalidad técnica de la Administración en la concesión de licencias públicas: enfoque en el ámbito urbanístico.

La tercera parte del texto, pone de manifiesto que, aun existiendo un plan regulador de crecimiento y un soporte de instrumentos normativos, las ciudades se ven abocadas a procesos de ilegalidad, dentro de “lo formal”, por acción de la aplicación de la norma por fuera de los condicionamientos y presuposiciones en el acto de otorgamiento de las licencias de construcción. Preposición, que se apoya en los enunciados trabajados por Guerrero & Martín (2019), en: Las licencias urbanísticas, una historia interminable. Este segmento del artículo, con algunos ejemplos ilustrativos, procesos de ocupación y construcción en el Municipio de Medellín, que se alejan de los órdenes preestablecido y se pueden leer como hechos en contravía del principio de interés general, promulgado por la Ley, hechos que según Santamaría (2014) , “son desviaciones del poder en el quehacer del urbanismo”.

Para finalizar, el artículo presenta algunas conclusiones y reflexiones, resultados del análisis lógico de los conceptos y relaciones técnico-jurídicas de las licencias de construcción, en los cuales se pueden evidenciar contradicciones entre la noción y la práctica. Reflexiones que dejan abierto un debate de tipo ético, en las prácticas de la administración pública en su ejercicio jerárquico de poder y su determinación sobre el derecho de propiedad.

I. Concepto y régimen legal de las licencias urbanísticas

En el marco de los procesos urbanos, se hace necesario entender el papel que juegan las licencias de construcción, como el instrumento de regulación de la ocupación del suelo, y acción administrativa en la cual se consolidan las determinaciones normativas de los planes urbanísticos generales. Se define la acción de otorgamiento de licencias urbanísticas, bajo cualquiera de sus categorías como un acto administrativo y como tal, objeto de estudio de esta rama del derecho. Entendiendo así, que el concepto de las licencias también ha trasegado por los cambios y evolución del derecho administrativo del derecho de propiedad.

Si bien, la noción de licencia urbanística, no presenta divergencia en su concepción dentro de las teorías de desarrollo urbano, para su comprensión es preciso retroceder en la evolución misma del derecho administrativo y el papel del Estado en la sociedad. Dicha evolución lleva consigo la introducción de conceptos como el interés general o colectivo como principios de las decisiones administrativas de las actividades del servicio público. En primera instancia, las elaboraciones jurídicas en las cuales operaba el Estado, obedecían a los intereses individualistas y de libertad económica; como lo expresa Santofimio, (2019) que “la decisión administrativa relativa a licencia urbanística bajo los anteriores escenarios doctrinales no podía ir más allá del derecho sustancial en discusión dentro de un procedimiento administrativo como lo era el subjetivo individual” (p.91). Antes de la Revolución Francesa y periodos después a ésta, se puede afirmar según el autor, que:

La decisión administrativa relativa a licencia urbanística [...]no podía ir más allá del derecho sustancial en discusión dentro de un procedimiento administrativo como lo era el subjetivo individual. Esto es, la decisión urbanística debía guardar lógica con la naturaleza del derecho subjetivo, entendiéndose entonces la decisión urbanística o licencia como un acto eminente subjetivo relacionado con los derechos individuales del interesado, mas y de manera alguna relativo a los asuntos e intereses de la comunidad, la cual, para estos efectos, no era un sujeto actuante procesalmente, ni mucho menos una parte reconocida como portadora de derechos e intereses como los colectivos.

Lo anterior, conlleva a establecer que la licencia urbanística, estaba regida por conceptos individualistas, y ésta era una expresión subjetiva y unilateral, un acto de

voluntad, del administrador público, que tenía efectos jurídicos individuales sobre los derechos del sujeto interesado en desarrollar la intervención urbanística. La ruptura de este concepto clásico de los procedimientos y decisiones administrativas subjetivas, empieza a tener sus primeros cambios, en respuesta a las alteraciones políticas y sociales generadas por el capitalismo industrial, donde las dinámicas económicas del mercado, obligan al Estado a reconocerse en su papel de administrador de la problemática social, de los servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a necesidades sociales, que no podían ser atendidas por sujetos privados. Con este giro, se crea la necesidad de transformación de la organización del Estado en sí mismo, creando mecanismo institucional que le permitieran cumplir con fines, ya no individuales, sino colectivos. Esta transformación en la concepción del derecho administrativo, y su incidencia en el urbanismo, se consolida una vez entra el periodo de crisis el capitalismo y se hace evidente el crecimiento desmedido y desordenado de los conglomerados de producción y el crecimiento demográfico, donde el Estado es convocado a nivelar las desigualdades sociales, y su función tiene, como lo describe Santofimio (2019) “incidencia directa en la concepción de una garantía institucional a la propiedad, la cual no podía admitirse más como protectora de un individualismo exacerbado y absoluto, contrario a los intereses y derechos de la sociedad”. (p.101)

Así, entrado el modelo de Estado social, el derecho administrativo, avanza en la concepción como derecho social, y en consecuencia las decisiones administrativas cobran importancia, en la medida que distan del individualismo jurídico. Para Duguit citado por (Rodríguez-Arana, 2013) “definitivamente el acto administrativo de carácter unilateral de la administración es un acto vinculado a los propósitos del servicio público, por lo tanto, sujeto a las reglas y principios propios de lo público y social. Lo social, o más propiamente, la noción social, genera para el derecho, en especial para el acto administrativo, un sistema que reconoce y protege la actividad de servicio público”. (p.83). En este sentido, la licencia se urbanística se convierte en instrumento de la administración pública, el cual el Estado ejerce un poder frente a los derechos subjetivos individuales, mediante la aplicación de reglas restrictivas, imperativas y vinculantes, contenidas en las reglas urbanísticas y territoriales, para proteger los intereses generales.

En este contexto del modelo del Estado de derecho y su relación con el carácter social y económico del mismo, aparece el concepto o principio interés general y la prevalencia de éste sobre el particular, el cual se consolidan las teorías y procesos del urbanismo y el ordenamiento territorial actual. Aquí, la función administrativa del Estado, en su ejercicio de poder público, e institucionalización del poder, establece e incorpora un ordenamiento jurídico que obedece a la voluntad general, y según Santofimio:

[...]que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece, sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema, lo cual implica que la garantía de la propiedad esté sujeta de manera irreversible a este contexto doctrinal imperativo y determinante.(p.77)

En este marco evolutivo de la concepción de la función pública del Estado, y su relación con el principio de interés general o colectivo, es posible inscribir las licencias urbanísticas desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo, que cumplen y consolidan tal fin, el bienestar colectivo. Es función también del estado establecer los instrumentos jurídicos para su actuación, y en este sentido, el ordenamiento territorial como disciplina que engloba no sólo el entendimiento del problema urbano, las estrategias de intervención y ocupación del suelo, con el mismo principio de prevalencia del interés general sobre el particular. Por lo anterior, se precisa que la licencia urbanística es el procedimiento administrativo principal que garantiza de manera concreta y específica, materializar y articular toda actividad relativa al uso del suelo y del espacio en cumplimiento de un plan general de ocupación del territorio, que es asumido como el requerimiento del legislador para consolidar los procesos de urbanización y construcción en la legalidad urbana o territorial. Afirma Ponce Solé:

La función pública del ordenamiento del territorio se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen. (Ponce Solé , 2003)

Lo anterior, pone de manifiesto que el urbanismo parte del hecho tácito de que el Estado, y todo sujeto o agente que cumpla función pública en su nombre, tiene el papel determinante para la satisfacción de los intereses generales sustentadores de los derechos colectivos que ostenta en su objeto. En esta dirección, la plataforma jurídica que se establece para administrar y operar el territorio, tiene un orden que otorga facultades y poderes de ordenación con motivo siempre de perseguir un desarrollo equilibrado, uso racional de los recursos y equidad social. Principios rectores exigibles, en cualquier acción o intervención sobre la propiedad y las actividades particulares, a través de previa licencia, concedida como la decisión administrativa habilitante, autorización o permiso.

Las licencias urbanísticas que adquiere connotaciones importantes en un régimen jurídico del urbanismo, basado en principios constitucionales en la medida que, como instrumento, desarrolla las premisas del Estado social de derecho, antes expuestos. Es decir, la licencia de construcción es un acto administrativo reglado, no discrecional, donde la acción administrativa está predeterminada por la norma urbanística. Para efectos del debate aquí planteado, se resalta la definición de licencia urbanística contenida en el conjunto de normas, que, para el caso colombiano, han legislado en esta materia: Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997 y el Decreto 1077 de 2015, este último como norma compilatoria en materia de vivienda, ciudad y territorio, por lo tanto, contiene las disposiciones establecidas relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y el Decreto 1203 de 2017.

La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios. (Decreto 1077 de 2015)

La anterior definición normativa, hace referencia explícita a los actores responsables del otorgamiento de la licencia urbanística, el curador urbano, la autoridad municipal o distrital competente. Con esta asignación, sin objeción alguna por la naturaleza pública o

particular a los agentes se les concede el ejercicio de poder implícita a la función pública, por tanto, sus acciones administrativas deben tener como principio el interés colectivo promulgado por el Estado social de Derecho. Esto presupone, según el encadenamiento conceptual del derecho administrativo, acto administrativo, licencia de urbanización y ordenamiento territorial o urbanismo, que el responsable de ejercer las veces de funcionario público para autorizar una licencia urbanística, entenderá ésta como acto administrativo reglado. Cuando se trata del curador, figura que se incorpora al régimen jurídico urbanístico colombiano con el proceso de descentralización por colaboración, se trata de la actuación de un particular, que participa de la función administrativa, cumple una función administrativa, pero en un marco estrictamente reglado. Es decir, que “las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos de la Administración, dada una situación de hecho correspondiente, se debe proferir tal o cual acto administrativo, cuyo contenido y efecto será tal o cual”. Afirmó, (Murillo,2014. P. 40)

Particularmente en el caso de las licencias y en muchos otros su facultad interpretativa está descartada en la ley 388 de 1997. Así mismo, se entiende que el curador, la autoridad municipal o distrital competente, debe tener un marco normativo que le permita casi que hacer una aplicación transparente y sin lugar a la interpretación de las normas. Este carácter reglado del acto administrativo, de las licencias urbanísticas determina el control de legalidad en los procesos de ocupación del suelo. Contrario es, como indica Murillo, (2014), “[...]cuando los órganos administrativos se desenvuelven con mayor libertad; la Ley no determina lo que deben hacer en los casos concretos, sino que les otorga poderes jurídicos y fija simplemente los lineamientos generales de su actuación”. En este caso, referenciamos un acto administrativo discrecional. (p.40). Con esta clasificación conceptual del acto administrativo, a continuación, se hace una lectura que permite enmarcar la licencia urbanística en el ejercicio de la función pública, así como, debatir la aplicabilidad su carácter reglado, en la ejecución y exigencias de norma general ya establecidas en el ordenamiento territorial o plan urbanístico.

II. Discrecionalidad o arbitrariedad.

El urbanismo y el ordenamiento del territorio como función pública de Estado, adquieren una dimensión de corte jurídico, que trasciende la teoría urbana en las cuales se conceptualiza. Dicho carácter jurídico direcciona y concreta el principio de interés general a través de su actividad administrativa que éste ejerce para su funcionamiento, principalmente de regulación; acompaña su objeto misional de un sistema complejo de instrumentos y normas, que son objeto de actos administrativos. Como se indicó anteriormente, se entiende como acto administrativo, "...una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general" (Acosta. 1986, p. 529)

La Administración Pública en virtud del principio constitucional de legalidad, opera en su mayor parte de manera reglada; sin embargo, en la complejidad misma de su estructura y misionalidad, otorga la facultad discrecional a sus actos:

En algunos casos la Ley define completa y detalladamente el ámbito de acción de la Administración, como cuando determina aspectos relacionados con la jurisdicción, competencia, oportunidad, función, finalidad y sentido de la decisión; mientras que en otros, permite que aquella ejerza su actividad dentro de una órbita de libertad, facultándola para ponderar las circunstancias relevantes en el caso y, bajo esos supuestos, obrar, abstenerse de hacerlo u optar por diferentes alternativas de decisión (facultad administrativa discrecional). (Murillo. 2014, p.106)

Los actos administrativos, en su concepción como reglados y discrecionales, ponen de manifiesto una situación de contradicción en dinámicas del ejercicio del poder, en las distintas potestades de la administración pública. Siendo la licencia urbanística el objeto de este análisis, se define que con ésta el Estado ejerce potestad para ordenar el territorio. En adelante se aplica el concepto de reglado y discrecional, en relación a los Planes de Ordenamiento Territorial, para el caso colombiano, como el Plan general al cual debe acogerse toda acción administrativa que en materia de desarrollo y ordenamiento territorial se inscriba. Es claro, evidenciar que la disyuntiva aparece en tanto, el Plan representa el

interés general de organizar el territorio y la Licencia representa el interés particular de desarrollar el predio. La licencia solo puede ser otorgada si obedece al Plan determinado, bajo criterios de revisión necesariamente técnicos.

Así, el derecho de propiedad como función social, se concreta al momento de la solicitud del derecho de urbanizar y edificar, siendo éste último un derecho estrictamente público, que no es inherente a la propiedad y por tanto está sometido a un Plan y autorización administrativa. El derecho a construir sólo puede otorgarlo o negarlo la autoridad municipal o distrital competente, o el curador urbano, como se hace explícito en el artículo 2.2.6.1.1.1 del Decreto 1077 de 2015. Compendio normativo, que igual define la figura de curador urbano como "...un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanización, construcción y subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de esta índole". Y asigna una autonomía y responsabilidad a en su ejercicio, por ley, de determinadas como funciones públicas. Es decir, que, siendo esta figura de naturaleza privada, está en la obligación de velar por el cumplimiento de la función social de la propiedad y en consecuencia por los intereses colectivos que le son implícitos a su acción administrativa delegada.

El carácter reglado de las licencias urbanísticas, que según (Gutiérrez, p. 3), la actividad administrativa esta determina en contenido y forma, y "La norma jurídica específica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto", no es motivo de desarrollo de este trabajo. Sin embargo, su concepto se hace ineludible, en tanto el carácter discrecional, se presenta de manera antagónica a éste. Como se enuncio en el apartado anterior, el acto discrecional en palabras de (Gutierrez, p.4):

[...]tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o que contenido debe dar a su actuación, es decir que igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia de interés u orden público.

Abrir el debate de la discrecionalidad en el acto administrativo de las licencias de construcción, es entender la naturaleza misma de los derechos en el proceso implicados.

“Las licencias no crean derechos, sino que permiten a los administrados el ejercicio de derechos en ellos preexistentes” (Oliver, 1962. p.5). Esto es, la licencia urbanística es la autorización permiso otorgado al interesado, previa evaluación técnica, que certifica que se está cumpliendo con las determinantes del plan en cuanto a las características del uso, que a su vez concreta la función social de la tierra y que implica obligaciones del propietario para con la colectividad. Por tanto, el encadenamiento conceptual permite establecer que la discrecionalidad, que se puede dar en este proceso por parte de la administración o quien haga sus veces, se fundamenta en interpretación misma de la norma establecida en el Plan, o interpretación por ausencia de ella. Si la licencia y el Plan de Ordenamiento fijan límites, actuar por fuera de los límites es acercarse a la ilegalidad.

Aparece aquí, una situación el ejercicio del acto administrativo, que ha entendido que la discrecionalidad que la ley confiere a las autoridades para actuar, no se refiere a una libertad absoluta, como lo afirma Gutiérrez (p.8) “[...] la autoridad pueda tomar una decisión arbitraria, en todos los casos, la administración debe actuar conforme a un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos causantes de su decisión”. En efecto, el concepto de discrecionalidad, “visto en oposición al acto administrativo reglado” Navarro, (2012 P.2), es una realidad. Pues la Administración ante determinadas situaciones dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso puede disponer de varias soluciones, lo cual da posibilidad de tomar decisiones con interpretaciones de en las líneas de la arbitrariedad.

La arbitrariedad en el otorgamiento de una licencia urbanística estará dada en tanto el desarrollo operativo, técnico y decisorio del curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente no sea como expresa Santofimio “[...] estricto a los postulados la legalidad y la articulación de los derechos fundamentales tanto del propietario como de la comunidad, bajo criterios de ponderación, proporcionalidad, igualdad”. La arbitrariedad se establece en conocimiento de los marcos de actuación de los intereses privados de quien ostenta el derecho de propiedad y del interés colectivo y carácter comunitario de la propiedad promulgado por el Estado.

Para efectos de lo que aquí se quiere demostrar, relacionado con la contradicción entre la evidencia del producto de ciudad, y el sentido reglado de las licencias urbanísticas, es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad como conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. “La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad” como dice Gayoso, “La arbitrariedad se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder, “[...]Mientras que en el actuar arbitrario la autoridad se exime de motivar sus actos, porque obviamente parten de su voluntad y capricho, en el actuar discrecional han de expresarse los motivos de su decisión”. (Guayoso. 2010, p.19). Con lo anterior, si bien el concepto de discrecionalidad en las licencias urbanísticas se plantea en sentido opuesto a acto reglado estricto de su definición, es preciso atribuir a la arbitrariedad en la toma de decisiones administrativas, el sentido extralegal, causante de las transformaciones y desviaciones del objetivo colectivo trazado en los diferentes Planes de Ordenamiento Territorial.

En esta medida, tanto la discrecionalidad y la arbitrariedad, la primera e su margen de actuación, la segunda en su ámbito de actuación caprichoso, se muestran como la de virtualización del carácter reglado de las licencias urbanísticas. Sin embargo, no es posible hablar de extra legalidad en el acto discrecional, “[...]el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, como lo expresa (Rodríguez 2020, p 86). Así mismo, la autora afirma que:

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por tanto, es posible afirmar toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades pública, de lo contrario es arbitrariedad, indistintamente del carácter del acto administrativo, reglado o discrecional. En conocimiento que la en toda potestad discrecional debe estar facultada, y determinada para este ejercicio un órgano competente, es preciso decir

que por definición la licencia urbanística se ve desdibujada por la discrecionalidad y la arbitrariedad.

En el contexto normativo colombiano, encontramos algunas disposiciones relevantes en relacionadas con la interpretación de las normas urbanísticas. Es decir, las licencias urbanísticas, como acto reglado, la Ley habilita facultades de discrecionalidad específicas siempre y cuando no se pierda el enfoque de colectivo como premisa del acto. La Ley 388 de 1997, proclama:

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. (Ley 388 de 1997, artículo 102. Interpretación de Normas.

Así mismo, el artículo 2.2.6.6.1.4. del Decreto 1077 de 2015, establece que:

(...) Solamente en los casos de ausencia de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en la norma urbanística, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades de planeación del municipio o distrito, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares, de conformidad con el artículo 102 de la ley 388 de 1997. Existe vacío normativo cuando no hay una disposición exactamente aplicable y contradicción cuando hay dos o más disposiciones que regulan un mismo tema que son incompatibles entre sí.

Con esto, queda expreso que la función del curador o la autoridad municipal competente, para otorgar el permiso, es lea la norma y aplicarla y la de la dependencia de planeación mediante circular emitirá una resolución interpretativa de la norma urbanística cuando hay vacíos y contradicciones. Igualmente, dicho decreto reza que “la interpretación que realice la autoridad de planeación, en tanto se utilice para la expedición que licencias urbanísticas tienen carácter vinculante y será de obligatorio cumplimiento, con el fin de darle seguridad a dicho trámite” (artículo 2.2.6.6.1.4. del Decreto 1077 de 2015)

Establecer la relación existente entre la aplicación directa de la discrecionalidad en el campo urbanístico y el acto administrativo reglado que soporta las licencias urbanísticas, como sostiene Hernández, “es estar conscientes de que, aunque éstas sean unas potestades regladas y estén completamente reguladas en la Ley, la Administración encuentra espacios en los que inmiscuirse sin llegar a caer en la arbitrariedad “. (2019, p.5). Esto es, será inherente la discrecionalidad al acto administrativo reglado, mientras existan vacíos en la reglamentación general de los POT, caso, en el cual el curador debe escalar la consulta, y la dependencia de planeación debe hacer una interpretación sistemática del Plan y encontrar la forma en cómo llenar el vacío sin crear ni cambiar norma y derechos a la propiedad. Esta discrecionalidad, usar todos los criterios de interpretación que trae el ordenamiento jurídico, buscar un sentido teleológico de la norma y acudir a la analogía dentro del mismo POT. Por consiguiente, puede ser una pretensión enmarcar el licenciamiento como acto reglado o discrecional, porque lo anterior está evidenciando que como proceso no se ha podido concretar. Es una aplicación de exegética jurídica, haciendo que el proyecto cumpla con unas normas, éstas deben estar pre establecidas, y el momento de licenciamiento, no es un momento para crear normas, salvo las circulares se pueden llenar vacíos y solucionar contradicciones, según lo establecer el decreto 1077 de 2015, lo cual es posible entenderse como un proceso donde la autoridad de planeación, está orientando un proceso de licencia.

El poder discrecional debe ejercerse sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el sistema jurídico, así está establecido por definición conceptual. En este sentido, es preciso reconocer que los planes de ordenamiento son actos administrativos bastante complejos, que dejan una estructura abierta a la interpretación. No es aceptable jurídicamente apoyarse en el concepto jurídico indeterminado, que busca según Merchán, “[...] la corrección del proceso de interpretación-aplicación de la norma jurídica para que sea equitativo y justa”, para convertir la expedición de licencias en un acto discrecional.

III. La ilegalidad formal actual en los procesos de ocupación del suelo.

Una vez, inscrito el concepto de licencia urbanística en su naturaleza reglada, y puesto de manifiesto las posibles desviaciones que el acto administrativo puede tener, como es la discrecionalidad y la arbitrariedad, se establece su correlación directa de las prácticas administrativas y el resultado fáctico en el territorio. Relación, que muestra el distanciamiento, en algunos casos, del ejercicio de la administración pública y la naturaleza reglada del acto administrativo. En este contexto, estamos asistiendo a la implementación un orden territorial, presunto de legalidad, con territorios cargado de contradicciones en sus estructuras físicas, y en la materialización misma de los imaginarios y apuestas de desarrollo que promueven los Planes de Ordenamiento territorial en su componente general, y desarrolla a través de normas generales y básica, en su de componentes urbano y rural.

De esta manera, se introduce como tema de debate al quehacer de la administración pública y a los análisis de las dinámicas de ocupación del suelo “*la ilegalidad formal*”, para visibilizar los impactos generados en el territorio, con el cambio de sentido conceptual de “lo reglado” que puede presentar en su praxis el acto administrativo de licenciamiento urbanístico. Es posible, que los procesos de urbanización y construcción que generan grandes transformaciones en las estructuras físicas urbanas y rurales del territorio, y que se perciben al interés colectivo con un impacto negativo, encuentren asiento legal unas veces, en actos administrativos discrecionales, en la delgada línea de la arbitrariedad. Sin desconocer el papel del mercado inmobiliario, en el crecimiento de los grandes centros urbanos, y entornos de influencia de los conglomerados metropolitanos, basado en las lógicas de rentabilidad del suelo urbano, como lo expone Jaramillo en su tratado: hacia una teoría de la renta urbana, (2009), se pone de manifiesto las tensiones del sector privado con las intenciones del interés colectivo plasmadas en los modelos de ocupación territorial. Tensiones, que, sin lugar a dudas, de acuerdo a los conceptos antes tratados, encuentran salida en los vacíos normativos de los Planes y por ende en las interpretaciones técnicas de los curadores o entidad municipal competente.

A manera de caso ilustrativo, la dinámica inmobiliaria en el municipio de La Estrella se caracteriza por dos aspectos fundamentales: El crecimiento en altura con destinación al uso residencial hacia los bordes del suelo urbano en su costado occidental y

el crecimiento de áreas industriales sobre los principales ejes viales que atraviesan el municipio, y que articula en territorio con el Municipio de Calda. Es claro, que las características ambientales del centro del Valle de Aburrá han contribuido que la demanda de vivienda migre a zonas con mejores condiciones ambientales como el municipio de La Estrella. Ante los limitantes normativos del Acuerdo Municipal 042 de 2008, para el desarrollo de grandes proyectos de vivienda en suelo urbano, la administración municipal ha tomado las herramientas normativas consignadas en la legislación nacional para aprovechar las características medio ambientales de su territorio.

Esta dinámica urbanizadora hacia el borde urbano del municipio, se ha dado especialmente a través de Proyectos Urbanísticos Generales -PUG permitidos a partir del Decreto Municipal 103 de 2011. Norma local que habilitó suelo urbano en tratamiento de desarrollo, bajo las condiciones para adelantar una actuación urbanística, establecidas en el artículo 4 del Decreto Nacional 4065 de 2008, para que los proyectos inmobiliarios, sean objeto solo de una licencia urbanística por etapas, omitiendo la implementación de la figura de Plan Parcial.

Sin embargo, a interpretación se asume que los predios que en el actual PBOT, presenta una condición espacial, porque están divididos por la clasificación del suelo, en urbano y expansión, el parámetro de vinculación de la totalidad del predio a la licencia del PUG es el código de matrícula catastral, que lo asume como urbano. Esto evidencia una alteración del perímetro urbano establecido en el Acuerdo Municipal 042 de 2008, bajo una legalidad de la habilitación de suelo para el desarrollo urbano en un marco normativo nacional. Así, mismo estos desarrollos habitacionales de alta densidad, en los bordes urbanos del municipio, contradicen los postulados del modelo de ocupación territorial propuesto en el año 2009, que hacia una apuesta por un crecimiento urbano compacto asociado a el corredor del río, donde estaban designadas las mayores densidades.

Este incremento considerable de la actividad edificadora ha traído consecuencias tanto positivas como negativas para el municipio. Por un lado, la dinámica edificadora que ha presentado el municipio en la última década ha contribuido a la disminución del déficit cuantitativo y cualitativo de vivienda, pero, por otro lado, el parque automotor ha incrementado de manera insostenible, la capacidad del soporte del suelo urbano en sus

infraestructuras viales, no respondan a las nuevas dinámicas de crecimiento. Se hace evidente la falta de concreción del modelo de ocupación planteado en el Plan de Ordenamiento Territorial y la alteración de un perfil urbano, además de la presión sobre las estructuras urbanas existentes.

El caso expuesto, permite afirmar que el proceso de expedición de la licencia también vincula una serie de conceptos que no están totalmente desarrollados, que, en materia de la concepción, desarrollo y expedición de normas, queda abierta una estructura jurídica abierta, en la cual inevitablemente queda un margen de maniobra y de interpretación bastante obvia. En el caso, del Municipio de la Estrella, el margen de discrecionalidad, se puede hallar en dos instancias: la primera, en la implementación del el Acuerdo Municipal 042 de 2008, que en efecto no surtió el debido proceso una vez aprobado el Plan, hacer la anotación en el registro de matrícula inmobiliaria a los predios urbanos que tenían un porcentaje de su superficie en suelo de expansión, para su posterior proceso de subdivisión o des englobe. La segunda, con expedición del Decreto 103 de 2011, para habilitar suelos en tratamiento de desarrollo sin Plan Parcial.

El caso expuesto, no presenta una situación ajena a cualquier municipio del territorio nacional. Este supuesto de legalidad, y prácticas en la expedición de normas posteriores a la adopción del Plan, para superar las limitaciones normativas en desarrollos urbanísticos de alta densidad. En este sentido, a veces no parece casualidad que el sector inmobiliario se concentre en los territorios donde encuentra vacíos y flexibilidad en la norma, en desconocimiento del problema de discrecionalidad que transita en el límite de la arbitrariedad que puede ser impugnada o en la arbitrariedad de los actos.

IV. Conclusiones

Se concluye, que algunos de los impactos sobre los procesos de ocupación del suelo, que van en contravía de los modelos establecidos en instrumentos de planificación, son generados por la discrecionalidad en algunos casos, o arbitrariedad en otros, en la concesión de licencias urbanísticas. Así, las licencias de construcción, concebidas como el acto administrativo reglado de autorización para ocupar el suelo, de manera tácita tienen una responsabilidad en la regulación y consolidación de los modelos de desarrollo territorial. Por tanto, su carácter reglado debe ser el fin mismo del ejercicio administrativo en materia ordenamiento, poniendo de manifiesto que su discrecionalidad hace de los procesos una ilegalidad formal.

Es claro que los planes de ordenamiento territorial, y la implementación de sus estrategias para concretar los modelos de ocupación, involucran una dimensión jurídica con procesos administrativos complejos, que implica una toma de decisiones por parte de los curadores o entidades municipales competentes para tal fin, sometidas a un importante componente de discrecionalidad. En primera instancia, por los vacíos normativos que dejan los PBOT, que permiten la libre interpretación de procedimientos, no siempre actuando a favor del sentido de interés colectivo previo. En segunda instancia, decisiones de tipo subjetivo, al margen de cualquier regla establecida, incluso de la misma facultad discrecional otorgada por decreto, a favor del interesado.

Si bien, conceptualmente la arbitrariedad se constituye en una potestad opuesta a los actos administrativos reglados, en la praxis de la administración pública, de manera específica en el otorgamiento de licencias urbanísticas, la arbitrariedad hace parte del ejercicio mismo, dejando a tras la connotación negativa en oposición a la norma. La discrecionalidad, en medio de las alternativas de decisión, también exige la premisa de interés general sobre el particular; este sentido, se vincula al debate los principios éticos y de legalidad en las decisiones de los curadores y entidades competentes. Existe una unidad de criterios para afirmar que el principio de interés general, debe ser el orientador para el funcionamiento de la Administración Pública y de todo quien haga sus veces, con investidura legal de función pública, como es el caso del curador urbano.

En conocimiento de la alta complejidad normativa contenida en los Planes de Ordenamiento territorial, hace igualmente del acto administrativo de licenciamiento una función pública igualmente compleja, dado la estructura normativa que puede quedar abierta a la interpretación. Para que se cumpla la premisa de que la licencia artística, es un acto reglado que implica un ejercicio de tomas de decisiones amparado estrictamente en una norma previa, se debe establecer y concretar en los ejercicios de ordenamiento territorial, pese a su complejidad, instrumentos, en coherencia con la norma nacional, acordes a las realidades territoriales específicas, y sobre todo con un ámbito reglamentario de normas específicas para el cumplimiento del POT. (tiempo, modo y lugar). Teniendo en cuenta, que el ámbito reglamentario posterior a la adopción de los Planes de Ordenamiento Territorial, se convierten en la acción administrativa con miras a minimizar el nivel de discrecionalidad en la expedición de licencia y otros actos administrativos en materia de urbanismo.

Es importante dimensional la complejidad de los procesos jurídicos del ordenamiento, por tanto, es oportuno aclarar que la fuerza jurídica de los Planes, no reside únicamente en el documento de Acuerdo. A este subyace un proceso técnico riguroso, llamado en los documentos técnico de soporte al acuerdo, DTS; que se convierte en instrumento clave para conceptualizar de manera objetiva, cuando el curador o entidad competente de la autorización urbanística, a esta instancia se recurra, por vacíos normativos del Plan.

Desde una nueva perspectiva de las actuaciones relacionadas con el derecho urbanístico, y en aras de su continua evolución y perfeccionamiento de proceso de la administración pública, el principio de legalidad debe ser en objeto de transversalización los actos administrativos sea cual fuere su naturaleza reglado o discrecional. En especial para la licencia urbanística, ahora desde mi punto de vista, totalmente permeado por la práctica por los parámetros de la discrecionalidad. Situación, que también expone el acto administrativo reglado, a la subjetividad y en consecuencia a la arbitrariedad. Concluyo que dicha desvirtualización del carácter reglado de las licencias urbanísticas, ha generado prácticas emergentes y paliativas de la administración pública, que van en contra de los

modelos de ocupación del suelo formulados bajo principio fundamental del ordenamiento territorial y característica inherente a la propiedad: el interés colectivo.

Referencias

- Guerrero, J. C., & Martín, E. (19 de Enero de 2019). Las licencias urbanísticas. Una historia interminable. *Alzada*(117), 36-49. Obtenido de <http://www.riarte.es/bitstream/handle/20.500.12251/1365/ALZADA%20117%20ENERO-19.%20pp.%2036-49.%20Las%20licencias%20urban%C3%ADsticas.%20Una%20historia%20interminable.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández, S. I. (Abril de 2019). La discrecionalidad técnica de la Administración en la concesión de licencias públicas: enfoque en el ámbito urbanístico. *Universidad Pontificia Comillas*. Obtenido de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/30299/TFG-Hernandez%20MARquez%2c%20Sara.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Julien-Laferrière, F. (2010). La licencia de construcción, instrumento de regulación de la ocupación del suelo. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 481-491. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2735/22.pdf>
- Murillo, J. (2014). Las facultades discrecionales en el estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. *Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/9638/MurilloMena-Jessica-2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ponce Solé , J. (2003). La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones. *Revista de Administración Pública*(162), 89-144. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784925>
- Rodríguez-Arana , J. (enero-abril de 2013). Sobre Las transformaciones del Derecho Público de León Duguit. *Revista de Administración Pública*(190), 61-100. Obtenido de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40344>
- Sáenz Acosta , H. (2010). La ciudad latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación. Por Peter Brand. *Territorios*, 163-167. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/territorios/article/view/1387/1306>
- Santamaría, J. A. (Spetiembre-diciembre de 2014). Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos. *Revista de Administración Pública*, 197-215. Obtenido de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40140>

Gamboa, J. O. S. (2009). Carácter Colectivo de las Licencias Urbanísticas Bajo los Presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho: La Ruptura del Individualismo Clásico en el Procedimiento y la Decisión Administrativos de Licencia Urbanística. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 2, 3

Acosta, M.R, (1986) Teoría general del derecho administrativo, 7a. ed., México.

GUTIÉRREZ, J. H. S. EL ACTO DISCRECIONAL: PRINCIPIOS QUE LO RIGEN Y SU JERARQUÍA.

Oliver, J. M. B. (1962). El condicionamiento de las licencias. *Revista de administración pública*, (37), 173-198.

Gayoso, G. A. (2010). A vueltas con la discrecionalidad administrativa. *Novum Jus*, 4(1), 127-150.

Rodríguez, A. R. A. (2020). *La administración pública en el ordenamiento jurídico cubano: fundamentos y tendencias actuales para su perfeccionamiento*. Editorial Universitaria (Cuba).

Merchán Garibello, D. F. (2018). La equidad: de concepto jurídico indeterminado a extensión del arte de lo justo.