

## 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 DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE LICENCIA URBANÍSTICA

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA\*

*SUMARIO: I. La problemática bajo el contexto del derecho urbanístico y territorial. II. La ruptura individualista en la decisión urbanística. III. El concepto de licencia urbanística, entre la decisión subjetiva y la de efectos colectivos en el ámbito de la aplicación de las reglas establecidas en el derecho territorial y urbanístico. IV. Conclusiones.*

Problema jurídico: se pretende, mediante el presente escrito, responder al interrogante de si las consideraciones clásicas que sustentaban al procedimiento administrativo y al acto administrativo de contenido personal, individual o concreto en razones de interés subjetivo individualista, subsisten, bajo las condiciones y parámetros del Estado social y democrático de derecho, frente a las decisiones administrativas otorgantes de licencias urbanísticas. Lo anterior, en el entendido de que constituyen presupuestos insoslayables de la concepción social y democrática del Estado, que irradian y permean al derecho urbanístico y territorial, el reconocimiento de derechos colectivos e interés difusos de la comunidad y, sobre todo, la posibilidad de participación en la conformación de las grandes decisiones rectoras de lo urbano y territorial, al igual que en las determinaciones concretas y específicas, a través de las cuales se materializan y hacen efectivas las mismas, como lo es en el caso del otorgamiento por las autoridades administrativas de licencias urbanísticas. En este sentido,

\* Universidad Externado de Colombia.

se busca determinar el estado de cosas, no sólo frente a la decisión urbanística en sí misma, en cuanto a sus contenidos y efectos frente a sus titulares, vecinos, terceros y comunidad en general, sino también en relación con los procedimientos que se deban adelantar para llegar a la correspondiente decisión.

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

El urbanístico es un derecho vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado,<sup>1</sup> más allá de las fronteras de la conurbación; esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio,<sup>2</sup> a la prevalencia imperativa, preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a ésta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio. El concepto de ordenamiento territorial se torna entonces en un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos de interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos, que le permitan una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno.

Bajo el concepto de ordenamiento territorial se engloba no sólo el problema urbano y sus contenidos clásicos, sino también todo el conjunto de temas y acciones propios del contexto territorial, y que influyen en el entendimiento y conformación del mundo de la simple ciudad, para lo cual deben ser establecidas reglas de usos y convivencia adecuadas, oportunas

<sup>1</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Publicaciones Abella El Consultor, 1995, p. 16. El concepto de lo *urbanístico*, sostiene este autor, resulta a todas luces confuso frente a las realidades de los fenómenos que pretende abarcar. Lo urbano se refiere a la ciudad; sin embargo, la ciudad no es el objeto único del fenómeno urbano frente a los adelantos conceptuales y normativos de la actualidad. Desde el punto de vista naturalístico y de la normatividad reciente, el objeto del urbanismo se ha reconducido a la problemática territorial, a las relaciones de la ciudad y del campo. En consecuencia, el urbanismo no puede ser otra cosa que un concepto englobador e integrador del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra y el suelo su eje operativo.

y coherentes. El ordenamiento del territorio es comprensivo, general; constituye la dimensión espacial de toda actividad pública y privada, individual o colectiva, que se pretenda sobre él mismo. El concepto de lo urbano es ante todo específico y concreto, aunque vinculado uno y otro concepto en aras de la integración sistemática de la ciudad y lo rural y de éstos con el contexto general del territorio.<sup>3</sup>

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

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

<sup>3</sup> Gonzáles-Varas Ibáñez, Santiago, *Urbanismo y ordenación del territorio*, Cizur Menor Navarra, Thomson-Aranzadi. 2004, p. 27. De manera concreta este autor, acudiendo a las concepciones depuestas en los diferentes ordenamientos jurídicos territoriales de las comunidades españolas y, sobre todo, a partir de los trabajos jurisprudenciales constitucionales de aquel país, propone como concepto genérico en esta materia el de ordenación del territorio y específico el de urbanismo. En este sentido, se indica lo siguiente: "...La ordenación del territorio persigue fijar los destinos y usos del espacio físico en su totalidad, así como ordenar y distribuir valoradamente las acciones públicas sobre el territorio e infraestructuras, reservas naturales, extensiones o áreas de influencia de núcleos de población, comunicaciones, etc...".

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

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

### 1. *Principio de la función social y ecológica de la propiedad*

La garantía constitucional de la propiedad,<sup>4</sup> retomada históricamente en los contenidos normativos del clásico orden constitucional de estirpe liberal e individualista, protector de un orden subjetivo abstracto, indeterminado, libertario y absoluto, simplemente limitado por otros intereses subjetivos individualistas, en donde la intervención del legislador se limitaba simple y llanamente a asegurarla y protegerla, coordinando el actuar de sus diferentes titulares —articulador de intereses subjetivos recíprocos— con miras a evitar colisiones e interferencias lesivas,<sup>5</sup> sufre en el devenir

<sup>4</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico*, Ciudad Argentina, Mendoza Instituciones Básicas, 1986, pp. 78 y ss.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993. "...Lo anterior ha permitido a la doctrina construir un núcleo esencial de la propiedad como situación activa de poder abarcadora de todas las posibles ventajas derivadas del libre goce y disposición del bien, elementos que, en los términos de la definición legal, integran genéricamente el concepto de propiedad y que, dada su abstracción e indeterminación, remiten a una entequeia metafísica —innata al hombre y anterior al estado— que coloca al ordenamiento positivo ante la única alternativa de reconocerla o abjurar de la libertad y de la persona. La inde-

social y económico de la humanidad, y a favor de la comunidad, transformaciones sustanciales, a partir de la configuración del orden normativo superior, fundador y sustentador del Estado social de derecho.

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

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

El legislador, otrora pasivo en la estructuración clásica de la garantía, adquiere funciones estelares de configuración reservada, bajo la concepción clásica al propietario.<sup>6</sup> La ley se ocupa ahora, dentro del nuevo marco garantístico de ascendencia social, de definir aspectos tales como las destinaciones y finalidades de los bienes y demás asuntos que le den prevalencia a la función pública y social de la propiedad; al interés general

terminación de las facultades concretas que emanan de la situación de propiedad, en la práctica conduce a obtener la definición de su contenido sólo por la vía negativa, lo que equivale a decir que el propietario podrá hacer con su bien todo lo que no le esté expresamente prohibido por la ley. Es precisamente esta indeterminación, originada en la conformación de la propiedad como libertad, la que resulta protegida y reconocida por el derecho, cuyas determinaciones concretas no contribuyen a fijar el contenido de la propiedad sino sus límites, entendidos como restricciones externas y excepcionales provenientes de la esfera pública, por definición separada de la privada a la cual se atribuye la titularidad y gestión de los bienes...”.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993. “...No se postula una función social que deba cumplir la propiedad; ni se ordena sacrificio alguno en aras de la comunidad. Simplemente, se introduce la regla del uso racional del derecho, con el objeto de dirimir los conflictos que se suscitan entre propietarios. Hasta aquí la propiedad sigue siendo un derecho potencialmente ilimitado. De admitirse que estas regulaciones tengan el carácter de límites a la propiedad, éstos son externos a la misma, y a lo sumo reducen el ámbito o esfera en cuyo interior el sujeto sigue actuando libremente con miras a la satisfacción de sus intereses y deseos, sin necesidad de asumir una cierta conducta o perseguir determinados objetivos, pues los límites, a diferencia de las obligaciones, se sitúan en la periferia del derecho...”.

sobre el particular, y, hacer, bajo los senderos del Estado social de derecho, operantes los principios de solidaridad e igualdad, en dirección al cumplimiento de la aspiración social de la distribución equitativa de cargas y beneficios frente a los propietarios.

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

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

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

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

Ahora bien, el trabajo configurador del legislador y la operación propias de la actividad ordenadora de la administración en desarrollo de la ga-

rantía constitucional de la propiedad, dentro del modelo de Estado constitucional y social de derecho, no implican en manera alguna, ni resulta admisible que conlleven a la consolidación de un Estado arbitrario, ni un modelo de administración desbordado en la ordenación de la propiedad.

El trabajo legislativo en esta materia y los desarrollos operativos ordenadores de la administración se ciñan de manera estricta a los postulados del derecho, la legalidad, y, fundamentalmente, en la articulación de los derechos fundamentales, tanto del propietario como de la comunidad, bajo criterios de ponderación, proporcionalidad, igualdad y, sobre todo, interdicción a cualquier posibilidad de arbitrariedad. De no entenderse en este sentido, sencillamente estaríamos ante la postulación del abuso del derecho y el reino de las vías de hecho, lesivas y desfigurantes, todas ellas, del concepto mismo de Estado de derecho,<sup>7</sup> el cual reconocemos y admitimos sustancialmente, como la base indiscutible del Estado social institucionalizado en el moderno constitucionalismo.

Como efecto directo de esta actividad ponderada y negativa de la arbitrariedad en la configuración y ordenación de la garantía de la propiedad, se deben reconocer los ámbitos de acción de los intereses estrictamente privados de los titulares de derechos de propiedad y los colectivos o titularidad general. El primero, orientado a la satisfacción del interés individual, contiene, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia; el segundo, coincidente con la función social y determinante del carácter comunitario y solidario de la propiedad.

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 102 y ss.: “lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de ‘Estado de derecho’ y no Estado legal (como también el preámbulo: el ‘imperio de la ley’ es un instrumento para ‘consolidar un Estado de derecho’). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho... La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal... Esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal”.

La construcción del sistema de la propiedad bajo el modelo del Estado social de derecho se hace precisamente sobre la base y en el entendido de la proyección social de ésta, entendiéndola en lo sustancial como una función social de la cual emanan multiplicidad de deberes y obligaciones de sus titulares frente a la comunidad, es decir, se entiende la propiedad en cuanto a su vinculación con la sociedad, y no ya sumida bajo contornos individualistas absolutos e inexplicables respecto de las problemáticas económicas de la sociedad, lo cual en materia urbanística adquiere especiales connotaciones.<sup>8</sup>

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

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

En esta perspectiva, el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido, alcance y vincularidad al derecho de propiedad. En este sentido, el entendido de la propiedad en el contexto de lo social implica para sus titulares un régimen de coacción, por lo tanto, la imposibilidad de realizar u omitir conductas

<sup>8</sup> Ley 388 de 1997, “art. 38. Reparto equitativo de cargas y beneficios. En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados. Las unidades de actuación, la compensación y la transferencia de derechos de construcción y desarrollo, entre otros, son mecanismos que garantizan este propósito”.

impuestas por el derecho objetivo con miras a tutelar un interés social que trasciende al individuo. En este evento, la inobservancia de la conducta ordenada adquiere el cariz de incumplimiento y enfrenta al propietario a variadas sanciones, casi siempre inspiradas en la pérdida de legitimación social de su titularidad, la que puede llevar inclusive a su extinción.<sup>9</sup>

## *2. El principio de interés general y el concepto de prevalencia de éste sobre el particular*

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

En esta perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir, necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Sin embargo, como se reconoce doctrinalmente, y en esto resulta fundamental para entender el papel ordenador de la administración, si bien se trata de un concepto indeterminado legislativamente, en cuanto que el legislador cuenta con una gran libertad configurativa del contenido de la cláusula

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993.

de la propiedad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el Poder Ejecutivo, y en particular la administración pública, interviene ya —como regla general— sobre la base de la concreción legislativa del interés general; luego, la actividad de ordenación es esencialmente normativa; esto, en aras de la seguridad jurídica que el tema amerita.

Por esta razón, consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad. Igualmente, sus propósitos podemos encontrarlos en muchas de las expresiones que el constituyente emplea en el texto constitucional para referirse a las finalidades o compromisos teleológicos del Estado. Al fin y al cabo, la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

Bajo este entendido, la garantía de la propiedad implica una sujeción permanente de los intereses subjetivos a los propósitos generales e intereses de la comunidad, de manera tal que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaran en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social; esto, como consecuencia inevitable de la sujeción de los poderes públicos y de los particulares al marco del interés general. De aquí se concluye que el modelo del Estado social de derecho desarrolle una garantía constitucional de propiedad que reconoce que la intangibilidad de la propiedad y de los demás derechos adquiridos con justo título no es absoluta, en cuanto que el interés público puede desplazar el derecho, lo que deja ver su anotada relatividad. Con todo, la garantía se asocia igualmente a la necesidad de que el *statu quo* sólo es modificable en virtud de una ley —no de otro acto— de las características mencionadas y a que, en principio, el sacrificio del derecho o su supresión debe suscitar el procedimiento expropiatorio y el pago de una previa indemnización.<sup>10</sup>

### 3. Principio de participación democrática

En ejercicio de las diferentes actividades que conforman la acción urbanística, las administraciones municipales, distritales y metropolitanas deberán fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y sus or-

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993.

ganizaciones. Esta concertación tendrá por objeto asegurar la eficacia de las políticas públicas respecto de las necesidades y aspiraciones de los diversos sectores de la vida económica y social relacionados con el ordenamiento del territorio municipal. La participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la acción de cumplimiento, la intervención en la formulación, discusión y ejecución de los planes de ordenamiento y en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas.

#### *4. Principio de la función pública del urbanismo*

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

Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad, a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

La función pública del ordenamiento del territorio se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Son acciones urbanísticas, entre otras: clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el

## II. LA RUPTURA INDIVIDUALISTA EN LA DECISIÓN URBANÍSTICA

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

Sin embargo, el asunto no resulta de un tratamiento pacífico en nuestros ordenamientos. El desarrollo del derecho urbanístico y territorial ha estado signado por connotaciones políticas, sociales y económicas que no se reflejan muchas veces en las estructuras procesales administrativas, e incluso, en el contenido mismo de los actos administrativos bajo con-

transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente ley. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.

cepciones tradicionales, lo que eventualmente genera un claro distanciamiento entre los propósitos del derecho urbanístico y la actividad efectiva de las autoridades, problema que debe ser resuelto a la luz de los fundamentos constitucionales del Estado social de derecho, aceptando definitivamente para el derecho administrativo, la ruptura histórica de la concepción individualista del derecho a favor de los derechos colectivos y de los intereses difusos de la comunidad.

### 1. *El procedimiento administrativo y la decisión administrativa de contenido individual, clásico como desarrollo de los derechos subjetivos individualistas*

El acto administrativo de contenido como figura y columna central del derecho de la administración pública resulta ser, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando,<sup>12</sup> y que se consolidan en la práctica revolucionaria francesa<sup>13</sup> condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789,<sup>14</sup> que sirvió de preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan a título imperativo para la nueva conformación política,<sup>15</sup> los intereses de la clase burguesa triunfante.<sup>16</sup>

El naciente derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar,

<sup>12</sup> Locke, Jhon, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.

<sup>13</sup> García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 41 y ss.

<sup>14</sup> Declaración francesa de 1789: "Art.- 2: ...El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión...".

<sup>15</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp 75 y ss. Puede consultarse en igual sentido y sobre todo por la proyección y el análisis sistemático del individualismo en las grandes revoluciones, en especial la norteamericana a Brewer-Carías, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

<sup>16</sup> Guilherme Merquior, José, *Liberalismo viejo y nuevo*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 30 y ss.

obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica.<sup>17</sup>

Definitivamente, el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses,<sup>18</sup> situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determina el sentido y necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos, en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuvieran un campo fructífero e ideal frente al despotismo y arbitrariedad de la administración frente a esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios.<sup>19</sup>

Bajo este contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y con posterioridad del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa,<sup>20</sup> estuvo signado por los destinos de los dere-

<sup>17</sup> Tigar, Michael E. y Levy, Madeleine R., *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1977, pp. 185 y ss.

<sup>18</sup> Stuart Mill, Jhon, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 126 y ss.

<sup>19</sup> Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, pp. 272. Puede consultarse igualmente, Beladiez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 118 y ss.

<sup>20</sup> Nieto, Alejandro, “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas”, *RAP*, Madrid, núm. 32, mayo-agosto de 1960, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales, fruto de las influencias jurídico-positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones sobre la materia en Polonia en 1926 y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. Carbonell Porras, Eloísa, “Los procedimientos administrativos en Estados Unidos”, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, obra conjunta con José Luis Muga Muñoz, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano: en 1946 el Congreso expidió la Federal Administrative Procedure Act (APA), aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (Model State Administrative Procedure Act) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. La idea del procedimiento aplicable a la actividad administrativa, como garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto a la legalidad y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración en procura de decisiones sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con las últimas evoluciones del Estado de derecho. Con anterioridad, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento en cuanto pugnaba con las concepciones absolutistas que enmarcaban el ejercicio de la función administrati-

chos subjetivos de raigambre individualista,<sup>21</sup> lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática.<sup>22</sup>

Para estos efectos es importante resaltar que no obstante que en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho, surgido de la revolución, esto es, el característico de finales del siglo XVIII y hasta bien entrado el siglo XX, se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias,<sup>23</sup> dada la presencia de concepciones económicas individualistas que fundadas en concepciones filosóficas y económicas libertarias, *laissez-fai-*

va. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa, con la administración, por parte de las personas que pudieran resultar afectadas con sus decisiones de carácter individual. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La administración se colocaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente al ejercicio de sus propias razones, ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones.

<sup>21</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 47 y ss.; 181 y ss. "...El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su vientre una revolución completa del derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes-y correlativamente, como se desprende, en la sociedad y en el Estado...".

<sup>22</sup> Lajugie, Joseph, *Los sistemas económicos*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 59 y 60. "...Preparada en Francia por los trabajos de los filósofos y de los fisiócratas, y en el extranjero por las doctrinas de Mandeville y de David Hume, este movimiento culminará durante la revolución Francesa, que introducirá un fermento de liberalismo y de individualismo aun en los países en donde no llegara a extender sus concepciones políticas. Los artículos principales del dogma revolucionario serán la libertad individual, la libertad de las convenciones, los derechos del hombre y del ciudadano. El régimen económico instaurado por la revolución francesa esta inspirado por estos principios liberales e individualistas. Proclamando una libertad absoluta en materia económica, cree asegurar, a la vez, la salvaguardia de todos los intereses particulares y el triunfo del interés general que sería la ruina de aquellos...".

<sup>23</sup> Samuelson, Paul A. y Narwhals, William D., *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 22.

re,<sup>24</sup> propugnaban la libertad económica absoluta; en consecuencia, la ausencia de intervención pública en los procesos propios del intercambio, comercio y las actividades productivas, lo cual tuvo incidencia directa en la construcción y concepción jurídica de los denominados derechos subjetivos, que pasaron a constituir la esencia jurídica material, por lo menos en la primeras épocas del derecho de la administración pública, del procedimiento y de la decisión administrativa.

Aunque la consolidación del individualismo, como lo explica Keynes,<sup>25</sup> tanto en lo político como en lo económico, es definitivamente el resultado de múltiples causas, lo cierto resulta ser, desde la perspectiva doctrinal, que el trabajo que definitivamente marcó la pauta histórica para su consolidación lo fue la obra de Adam Smith<sup>26</sup> *Investigación sobre la naturale-*

<sup>24</sup> Keynes, Jhon Maynard, “El final del *laissez-faire*” (1926), publicado en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, pp. 63-89. “...La máxima *laissez-nous faire* se atribuye tradicionalmente al comerciante Legendere, dirigiéndose a Colbert poco antes de finalizar el siglo XVII. Pero no hay duda de que el primer escritor que uso la frase, y lo hizo en clara asociación con la doctrina, es el Marquis de Argenson, hacia 1751. El Marquis fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas de los gobiernos que dejan en libertad el comercio. Para gobernar mejor, dijo, se debe gobernar menos. La verdadera causa de la decadencia de nuestras manufacturas, declaró, es la protección que les hemos dado. Dejad hacer, tal debiera ser la divisa de todo poder público, desde que el mundo esta civilizado...”.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>26</sup> Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Los sustentos de estas posiciones económicas con incidencia en el accionar de la administración pública tienen sus orígenes en los trabajos de este autor, quien propugnó el individualismo, el interés personal como motor de la economía; en consecuencia, la libertad de comercio y de los negocios. La economía, en su concepción, se funda en la sistemática del la libertad natural; es decir, se regula por su propia virtud y fuerza. Como lo expresa el profesor Gabriel Franco (Estudio preliminar a la edición citada) al analizar este aspecto de la filosofía económica de Smith: “...Es suficiente que dejemos al hombre abandonado a su iniciativa, para que al perseguir su propio interés promueva el de los demás. La naturaleza encomienda a cada uno de nosotros el cuidado de sus negocios en la inteligencia de que nadie es mas capaz que el propio interesado para juzgar lo que le conviene en cada caso concreto...”. Bajo esta perspectiva, no le corresponde a los poderes públicos interferir ni regular esta libertad. El buen gobierno es el que menos interviene en la economía; por lo tanto, el que deja fluir naturalmente la iniciativa privada. En lo político administrativo esta premisa es traducida como el “dejad hacer y dejad pasar” *laissez-faire, laissez passer*, conservando el Estado, en algunos casos, entre otros, tan sólo servicios fundamentales, defensa, policía, impuestos, en lo que se ha dado en denominar por la doctrina como el Estado simplemente gendarme. Este modelo hizo crisis y obligó a la reacción del Estado generándose en consecuencia el modelo de Estado social o benefactor. Rivero, Jean, *Derecho admi-*

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

Según el sistema de la libertad natural, el soberano únicamente tiene tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remunerados para el gran cuerpo social.<sup>27</sup>

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

En definitiva, cualquier sistema que pretenda atraer con estímulos extraordinarios hacia cierta especie particular de actividad económica una porción más importante de capital de una sociedad de la parte de la que, de una manera natural, gravita hacia ella, o con extraordinarias restricciones,

*nistrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en estas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publicación del derecho con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad. Sobre la evolución del modelo individualista y su replanteamiento en torno a modelos intervencionistas puede consultarse James, Emile, *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 113-163.

<sup>27</sup> Smith, Adam, *op. cit.*, nota anterior, pp. 612 y 613.

desplazar violentamente a cierto género de actividad económica particular una porción del capital que, de no proceder así, se emplearía en la misma, es en la realidad *subversivo o ruinoso para su principal propósito*.<sup>28</sup>

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

Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público, ni sabe cuanto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, solo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo.<sup>29</sup>

Proscritos enteramente todos los sistemas de preferencias o de restricciones, no queda sino el sencillo y obvio de la libertad natural, que se establece espontáneamente y por sus propios méritos. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la justicia, debe quedar en perfecta libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus capitales en concurrencia con cualquier otro individuo o categoría de personas.<sup>30</sup>

La teoría del acto administrativo, de contenido individual, según los trabajos de los teóricos franceses del derecho administrativo<sup>31</sup> y con posteriori-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 612.

<sup>29</sup> Smith, Adam, *Investigación, cit.*, nota 26, p. 400.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 612.

<sup>31</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y ss. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad individualista, de la cual es impregnada por los trabajos en esta dirección de los autores alemanes. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se obser-

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

Numerosas disposiciones —de acuerdo con la idea individualista en que, junto con rasgos sociales acentuados, funda el orden económico actual— ordenan la convivencia humana para atribuir al individuo una esfera de señorío sujeto a su voluntad. El interés del Estado se satisface enteramente por el hecho de que el individuo esté en condiciones de obrar sin trabas para alcanzar sus fines egoístas o, al menos, autónomos. Por consiguiente, el orden jurídico cuida de que, en principio, en esta esfera de señorío puedan verificarse modificaciones únicamente por voluntad del sujeto; sólo de manera excepcional se permite la intromisión arbitraria de terceros... Cuando los intereses del individuo están protegidos de este modo, es decir, de acuerdo con su voluntad, tenemos un derecho individual.<sup>32</sup>

El concepto de acto administrativo de contenido individual, no así el de contenido general,<sup>33</sup> surge, por lo tanto, según lo reiterado, como esencial-

va, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal, y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación fue, paradójicamente, utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente —en Francia— a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece, en consecuencia, como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.

<sup>32</sup> Von Tuhr, Andreas, *Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1946, vol. I, pp. 73 y ss.

<sup>33</sup> El problema surge para la teoría del acto administrativo de manera tangencial, a partir del tratamiento de los criterios en cuestión en relación con el concepto de ley, que bajo el entendido de la existencia de leyes formales y materiales acepta que en ciertas hipótesis las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley, pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de ésta. Por regla general la producción legislativa, en cualquier Estado de derecho, le es atribuida por la Constitución al órgano representativo por excelencia, como lo es el parlamento o el

mente protector de los derechos subjetivos individuales, lo cual se acenúa con los aportes de la doctrina alemana, al acudir para su consolidación sustancial a los desarrollos del negocio jurídico.<sup>34</sup>

Lo anterior implica que los conceptos de procedimiento administrativo y de acto o decisión administrativa de carácter individual, personal o concreta, estén arraigados a elementos jurídicos restrictivos, que hacen que el mundo del proceso y de la decisión se circunscriban al contexto exclusivo del sujeto directamente interesado en las resultas de la actua-

congreso, según el caso, el cual a través de las ritualidades procesales correspondientes dicta actos legislativos generales, los cuales son considerados por la forma como leyes en estricto sentido. Sin embargo, se acepta pacíficamente que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma Constitución, profieren actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad; es decir, que materialmente se podrían considerar leyes, pero que en razón del criterio orgánico y la ausencia de representación de quienes los profieren se les considera como mecanismos excepcionales al concepto de ley y de naturaleza administrativa; por lo tanto, actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicista denomina reglamentos, en cuanto a diferencia del acto administrativo tradicional, no producen situaciones jurídicas particulares o concretas, sino que contienen normas de aplicación abstracta. Bajo estos presupuestos, la doctrina administrativista moderna sostiene que los actos de la administración pueden ser normativos y no normativos, entendiendo por los primeros al reglamento, y por los segundos el acto administrativo tradicional, típica expresión o manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos individuales que no reviste las características del reglamento. En el derecho administrativo colombiano tanto el reglamento como el acto individual son modalidades del concepto más amplio de acto administrativo; así lo ha entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Por otra parte, aunque al reglamento en cuanto instrumento para el desarrollo de la constitución o la misma ley se le considera también una importante fuente o fundamento sustentador del sistema administrativo.

<sup>34</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 41 y ss. La doctrina alemana vincula a la determinación del contenido del acto administrativo el concepto de negocio jurídico; de aquí que se sostenga que es a partir de estas elaboraciones que debe iniciarse cualquier aproximación a esta materia. El acto administrativo, con independencia de las razones procesales de su surgimiento en el derecho francés, tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivatistas francogermanos, quienes se basaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por Kant en *Fichte-Grundlagen des Naturrechts*. La teoría del acto administrativo se forma a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que traslada al concepto elementos sustanciales, como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado; es decir, fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa, respetando en todo caso el orden normativo, teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.

ción, en cuanto titular de un derecho subjetivo característicamente individualista, según las construcciones civilistas sobre la materia,<sup>35</sup> sin que

<sup>35</sup> Derechos subjetivos individualistas: derechos reconocidos en la norma a un sujeto determinado, y por lo tanto objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva civilista podemos destacar la conceptualización del tema a partir de los siguientes autores: Enneccerus, Ludwing y Nipperdey, Hans Carl, *Derecho civil*, vol. I, Bosh, 1953, pp. 280 y ss. "...El derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, según su fin es un medio para la satisfacción de intereses humanos...". Para Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ejea, 1954, t. II, pp. 8 y 9, el derecho subjetivo debe entenderse como "...un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto. Poder implica posibilidad de dirigir la propia voluntad de ciertas maneras determinadas; implica por lo tanto, relevancia de la voluntad del sujeto. El poder se puede manifestar: a) o como un señorío (sobre un objeto del mundo exterior), o bien, b) como una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de modo determinado... El concepto jurídico de derechos subjetivos, bajo los parámetros del pensamiento individualista, debemos admitirlo, no ha tenido un desarrollo pacífico. Esta construcción jurídica ha estado signada por los desarrollos de diversas concepciones en torno de su naturaleza". El profesor Simón Carrejo, *Derecho civil*, Bogota, Temis, 1972, t. I, pp. 151 y ss., señala entre las principales posiciones y críticas doctrinales a los derechos subjetivos las siguientes: *Teoría de la voluntad*: expuestas en los trabajos de los profesores Savigny y Windscheid concluyen que el derecho subjetivo es "...el poder correspondiente a una persona en virtud del ordenamiento jurídico para obrar en la esfera en la cual reina la voluntad de la misma..." (Savigny, *Pandectas* I, 37). Para Windscheid, es "...el poder o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico..." (citado por Cicala, Bernardino, *Il rapporto giuridico*, Milán Giuffrè, 1959, p. 69). Para este autor, la voluntad en el sujeto debía ser decisiva para el nacimiento de los derechos subjetivos o para su modificación o extinción. En estos autores el elemento de la voluntariedad de los sujetos es determinante para la existencia de los derechos subjetivos. El profesor Carrejo destaca cómo a esta línea de pensamiento se la ha criticado, en el sentido de replicar, por ejemplo a Savigny que no es exacto que la voluntad sea una determinante de los derechos subjetivos en cuanto que "...hay seres carentes de voluntad o deficientes psicológicamente, que a pesar de ello son destinatarios de derechos subjetivos, los cuales actúan sin relación necesaria con lo volitivo..." (p. 152). Por otra parte, frente a Windscheid se alega por Carrejo, que la tesis puede ser relativa, en cuanto es una verdad innegable la de que "...en ocasiones el titular no desea ejercer su derecho, sin que este desaparezca por ello, y que hay derechos de esta índole cuya renuncia carece de efectos... *Teorías no voluntarias*: entre las principales teorías en esta línea interpretativa de los derechos subjetivos encontramos la expuesta por el profesor Von Ihering (*El espíritu del derecho romano*, t. IV), quien a partir de la noción de interés define el derecho subjetivo como "...intereses jurídicamente protegidos...", en cuanto que el "...derecho es la seguridad jurídica del goce...". Se le criticó en la medida en que utilizó para apartarse de las teorías voluntaristas el concepto de interés que tiene un vínculo directo con el de voluntad, en cuanto que toda "...tendencia volitiva de la persona se dirige a aquello en lo que tiene interés..." teorías eclécticas: Se trata de planteamientos doctrinales sobre la materia

se admita, en manera alguna, la presencia deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

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

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

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

que retoman los conceptos de voluntad e interés para definir el concepto de derechos subjetivos. Entre los exponentes más característicos de esta postura jurídica encontramos al profesor Jellinek. *Teorías positivistas*: Se desprende de los trabajos de la teoría pura del derecho formulada por Hans Kelsen, quien propugna un concepto de derechos subjetivos, entendido como una atribución de un derecho que conlleva atribución de un poder o competencia vinculado a la idea de deber jurídico, esto es, admitiendo que "...la conducta de un individuo prescrita en un orden social es aquella a la que este individuo está obligado. En otras palabras: un individuo tiene el deber de comportarse de determinada manera cuando esta conducta es prescrita por el orden social...". El derecho subjetivo envuelve un interés jurídicamente protegido, se trata de un permiso positivo de la autoridad (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Martin Fontes, 2000, pp. 140 y ss.).

se admita, en manera alguna, la presencia deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

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

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

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

que retoman los conceptos de voluntad e interés para definir el concepto de derechos subjetivos. Entre los exponentes más característicos de esta postura jurídica encontramos al profesor Jellinek. *Teorías positivistas*: Se desprende de los trabajos de la teoría pura del derecho formulada por Hans Kelsen, quien propugna un concepto de derechos subjetivos, entendido como una atribución de un derecho que conlleva atribución de un poder o competencia vinculado a la idea de deber jurídico, esto es, admitiendo que "...la conducta de un individuo prescrita en un orden social es aquella a la que este individuo está obligado. En otras palabras: un individuo tiene el deber de comportarse de determinada manera cuando esta conducta es prescrita por el orden social...". El derecho subjetivo envuelve un interés jurídicamente protegido, se trata de un permiso positivo de la autoridad (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Martin Fontes, 2000, pp. 140 y ss.).

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

En esta medida, a título de conclusión parcial del presente estudio, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que la decisión administrativa relativa a licencia urbanística 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. 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 o difusos. Así las cosas, intentar operativamente una conceptualización de licencia urbanística bajo los conceptos individualistas nos llevaría tener que aceptar que la misma sería ante todo una manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas urbanísticas, tendiente a la producción de efectos jurídicos individuales y concretos en los derechos subjetivos del sujeto interesado en la actividad urbanística.

## *2. La ruptura de los conceptos clásicos de procedimiento administrativo y de decisión administrativa subjetiva e individualista y su consolidación bajo consideraciones del Estado social y democrático de derecho en razón del respeto y sujeción a los intereses colectivos y difusos en materia urbanística*

### *A. Los primeros pasos a la ruptura*

Las concepciones individualistas del derecho administrativo sustentadas en la defensa radical de los derechos subjetivos, desde sectores doctrinales anteriores a la misma revolución, sufrió sus primeras arremetidas<sup>36</sup> en aras de un Estado y en consecuencia de un derecho con vocación en lo social, en donde, si bien es cierto no se abandonara al

<sup>36</sup> Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Tecnos, 1998.

individuo como centro de la acción pública, si se le diera al hombre los suficientes instrumentos para garantizar su supervivencia, lo que en épocas posrevolucionarias se retoma, reconociéndosele a la administración suficientes poderes para acudir en su ayuda y asistencia, lo cual evidentemente influye en la motivación y razón de ser de las decisiones administrativas, que ahora se justifican en la medida en que logren los propósitos de interés general que determinan sus finalidades. Desde la perspectiva urbanística, se comienza de esta manera a vislumbrar la posibilidad de que los asuntos relativos a esta materia puedan involucrarse desde la perspectiva de lo social.

El paso histórico que lleva al abandono del exceso de individualismo y, por lo tanto, a la revisión de las concepciones limitativas del papel interventor del Estado y, en consecuencia, de la administración en la problemática social, se produce al reconocer al Estado como administrador de servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a otras necesidades sociales no cubiertas por el hombre individualmente considerado, ni mucho menos por la iniciativa privada. Surge de esta manera la seguridad social a cargo del Estado, haciendo de éste el gran responsable de respuestas a la problemática social. En la realidad de las cosas, de un simple Estado inactivo en lo social y prestacional, se pasó en poco tiempo a uno administrador de servicios públicos, y con el mismo impulso y motivación a otro administrador, prestacional y asistencialista; es decir, como lo identifica algún sector doctrinal, se llegó por obra de la dialéctica social a un verdadero Estado administrativo,<sup>37</sup> en virtud de su ostensible crecimiento y fortalecimiento de las responsabilidades de esta función pública ejecutiva.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Cassese, Sabino, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1991, pp. 10 y 11. Si bien es cierto que la doctrina alemana desarrolló el concepto de Estado administrativo para identificar el papel estelar y principal que el Poder Ejecutivo había adquirido en el régimen intervencionista, Cassese se opone rotundamente a tal denominación con argumentos estrictamente gramaticales y jurídicos. Los primeros, en cuanto a la carencia de un concepto cierto y adecuado de Estado, y la segunda, en la medida en que la administración no está incorporada como tal en el derecho positivo.

<sup>38</sup> Soggia, Bruno, "Capitalismo", publicado en *Diccionario de Política* de Norberto Bobbio e Incola Matteucci, México, Siglo Veintiuno Editores, 1985, t. I, pp. 210 y ss. La posición política y funcional pasiva y neutral del Estado liberal de derecho correspondió en lo económico a la consolidación del capitalismo de la Revolución industrial radicalizado en sus concepciones de libre mercado y competencia, regulados exclusivamente por las leyes de la oferta y de la demanda, fenómeno éste que en el caso inglés comprende el periodo de 1783 a 1802, en Francia 1830 a 1860, en los Estados Unidos 1843 a 1860 y

Lo anterior fue así, en la medida en que lo que se evidencia de la evolución del sistema capitalista de frente al Estado de derecho es que la realidad social, política y económica que siguió al surgimiento de la institucionalización del poder se caracterizó por sus altos grados de conmoción, decadencia y crisis del capitalismo burgués clásico y de su sistema político. La explotación desmedida de los trabajadores, el crecimiento desordenado de los conglomerados urbanos, los índices de pobreza y desatención a todos los niveles de la población, la expansión incontrolable del capitalismo industrial en detrimento de las condiciones de vida de los trabajadores, el rápido aumento de la población en condiciones de miseria motivaron la reacción del Estado, quien asumió un papel protagónico<sup>39</sup> y actuante ante la crisis, fortaleciendo su aparato administrativo; en

en Alemania 1850 a 1873. Pellicani, Luciano, “Estado de bienestar”, publicado en *Diccionario, cit., supra*, p. 614. El surgimiento del Estado de bienestar constituyó la natural reacción política y jurídica en defensa de la igualdad frente al inhumano mercado auto-regulado, donde no existían hombres, valores morales, sentimientos, sino mercancías; en consecuencia, generador de pobreza, miseria, desocupación y alineación. El Estado, en consecuencia, se transforma en garante y en actor de una justicia distributiva, de la seguridad, del pleno empleo y de regular los abusos en el mercado.

<sup>39</sup> La crisis del capitalismo monopolista se dio indistintamente en todos los continentes, y fue enfrentada con claras e indiscutibles medidas de intervención económica a través de la acción estatal. Uno de los países ejemplo en adopción de estas medidas fueron los Estados Unidos de América. Para el seguimiento de las políticas de intervención en este país puede consultarse James, Emile, *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 113-163. Ejemplo indiscutible del papel actuante que debió asumir el Estado se puede observar en la gran crisis norteamericana de los años veinte y treinta del siglo XX, que llevaron a la adopción de decisiones políticas y económicas dentro del denominado *New Deal* del presidente Roosevelt, y que tuvo como fundamento los trabajos del economista y profesor Keynes. El gran compromiso del ex gobernador de Nueva York al asumir la presidencia de aquel país, consistió en sacarlo de la peor depresión de su historia, para lo cual el sistema económico de la libertad no le brindaba mayores instrumentos. Acudiendo a los trabajos económicos de Keynes, decidió abandonar las ideas del *laissez faire* y del Estado limitado e inactivo, postulando principios económicos que proponía en su reemplazo una administración activa, actuante, gestora, interventora en la economía en procura de la estabilización y mejora de los intereses generales. En concreto, las propuestas o procedimientos keynesianos de intervención los resume el autor en los siguientes (pp. 279-284): 1. Intervención del Estado a través de una política de expansión de la economía, es decir, dictar las normas suficientes para garantizar suficiente circulación de dinero y mantener la tasa de intereses lo más bajo posible; aumento de las inversiones públicas, ejecutando grandes obras que promuevan el empleo, en consecuencia, que garanticen el poder de compra de los contratados para estos efectos; redistribución del ingreso en beneficio de las clases más gastadoras, rompiendo de esta manera con los rentistas y agiotistas; intervención del Estado a través

consecuencia, colocándose en una posición de prestador de servicios y benefactor, garantizando condiciones mínimas de existencia,<sup>40</sup> haciendo presencia y asistiendo a todos aquellos sectores sensibles de la sociedad, interviniendo, regulando, controlando la economía, actuando ante la ausencia de gestión a través de las decisiones administrativas.<sup>41</sup>

La administración, que hasta ahora había mantenido un perfil de simple garantizadora del orden, se transforma en un sujeto actuante y decisivo para el bienestar público, creando en consecuencia los mecanismos institucionales indispensables para cumplir con estos nuevos cometidos, reflejando en sus decisiones esta nueva dirección de su actividad finalística. Como consecuencia, crece no sólo orgánica, sino también funcional y laboralmente; penetra sectores hasta entonces inexplorados y en muchos casos reservados a la iniciativa privada; desarrolla mecanismos empresariales e industriales, y adopta figuras societarias, a través de las cuales se orientan recursos públicos para satisfacer las crecientes necesidades de la comunidad, buscando de esta forma acercarse al sector pro-

de políticas proteccionistas de la economía. Puede consultarse igualmente Chatelet, François y Pisier-Kouchner, Evelyne, *As concepções políticas do século XX. Historia do pensamento político*, Río de Janeiro, Zahar Editores, 1983, pp. 151 y ss.

<sup>40</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 61 y ss.; 63 y 65. Por otra parte, debemos agregar que históricamente, el primer país que introdujo responsabilidades benefactoras o de Estado de bienestar fue el imperio Alemán, en la época de Otto von Bismarck. A finales de los años ochenta del siglo XIX creó un amplio sistema de seguridad social.

<sup>41</sup> Keynes, Jhon Maynard, “El final del *laissez-faire*” (1926), publicado en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, pp. 81-86. “...Creo que, en muchos casos, la medida ideal para la unidad de control y organización está situada en algún punto entre el individuo y el Estado moderno. Sugiero, por tanto, que el progreso radica en el aumento del reconocimiento de los cuerpos semiautónomos dentro del Estado —cuerpos cuyo criterio de acción dentro de su propio campo es únicamente el bien público, tal como ellos lo entienden, y de los cuales están excluidos los motivos de reflexión de interés privado; aunque todavía pueda ser necesario dejarles algún lugar, hasta que el ámbito del altruismo de los hombres se amplíe al interés de grupos particulares autónomos dentro de sus limitaciones prescritas, pero que están sujetas en último término a la soberanía de la democracia expresada a través del parlamento... Debemos tender a separar aquellos servicios que son técnicamente sociales de aquellos que son técnicamente individuales. La agenda del estado más importante no se refiere a aquellas actividades que los individuos privados ya están desarrollando, sino a aquellas funciones que caen fuera de la esfera del individuo, aquellas decisiones que nadie toma si el estado no lo hace. Lo importante para el gobierno no es hacer cosas que ya están haciendo los individuos, y hacerlas un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquellas cosas que en la actualidad no se hacen en absoluto...”.

ductivo de la sociedad, incentivando en beneficio general, y asumiendo incluso la prestación directa de servicios generales a los cuales la doctrina termina denominando servicios públicos, en virtud de su carácter prestacional y de interés de la comunidad.<sup>42</sup>

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

#### B. *La doctrina jurídica y el abandono del individualismo.* *Forsthoff y Duguit*

No en vano autores como Duguit en Francia y Forsthoff en Alemania proclamaron y reivindicaron para el objeto del derecho administrativo, y por lo tanto de sus decisiones o actos generales y particulares, todas aquellas materias acrecidas por la administración pública, en razón de la problemática económica y social y que la vinculaban de manera directa con el cumplimiento de los propósitos estatales, en especial el de la atención y asistencia al interés general. “... Allí donde hay Estado...”, declara Forsthoff en su *Tratado de derecho administrativo*, “...hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, también una ciencia del derecho administrativo...”.<sup>43</sup> De esta manera, se abrían las puertas en el derecho público alemán a lo que vino a ser la teoría jurídica sociológica

<sup>42</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 65. La administración moderna, sostiene este autor, traspasó los límites tradicionales de la soberanía y del funcionalismo propio del ejecutivo del Estado liberal clásico, asumiendo sectores económicos y productivos en nombre del interés general y para brindarle respuestas claras y efectivas a una comunidad desprotegida. En este sentido, nos encontramos ante “...un cometido político de la más alta importancia...”, que debe ser mantenido con el fin de afirmar a la administración como un cuerpo eminentemente de acción.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 70.

de la procura existencial, en cuya base estaban sin lugar a dudas prestaciones básicas de la población.<sup>44</sup>

Desde la perspectiva doctrinal, el más destacado constructor de las bases para la construcción de un derecho administrativo marcado por tendencias sociales y no estrictamente individualista lo fue el profesor León Duguit,<sup>45</sup> quien a partir de la teoría de los servicios públicos estructuró

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 61-68; 96-119; 473-480; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “La administración pública y el concepto de *daseinsvorsorge*”, *RAP*, núm. 38, mayo-agosto de 1962. Puede consultarse asimismo Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, t. I, pp. 97-101. La administración, explicada desde la perspectiva de la procura existencial, va mucho más allá de las simples estructuras liberales del Estado clásico de derecho. El concepto de libertad garantizada es otro: el del hombre en comunidad, retribuido en su espacio vital. La administración y el Estado se explican mediante conceptos de participación y prestación, que superan incluso el de intervención. La administración no se agota en simples intervenciones, sino que debe procurar acciones mucho más directas y decisivas en la solución de las deficiencias sociales y en el restablecimiento de los espacios vitales rotos por la complejidad del mundo moderno. Forsthoff ejemplifica este nuevo contexto que debe enfrentar el Estado a través de la administración, enfatizando la incidencia de la conmoción social sobre el mismo. La fuerza irresistible de los acontecimientos sociales provocada por la expansión técnico-industrial; el desarrollo casi sin transición al régimen de gran ciudad; el rápido aumento de la población multiplicada en el curso de un siglo; los movimientos migratorios; la aglomeración de grandes masas de población en espacios reducidos. Todos estos factores han influido consecuente y necesariamente en el Estado, llevándolo a afrontar una penosa realidad sociológica: la ostensible reducción de los niveles de vida y la imposibilidad de sus ciudadanos de subsistir tanto en sus espacios vitales individuales como en los comunitarios, que se degradan cada vez más.

<sup>45</sup> García de Enterría, Eduardo, “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, *REDA*, núm. 26, julio-septiembre de 1980. Los servicios públicos, como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor León Duguit, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del derecho público francés, indica García de Enterría, constituyó la más brillante de la historia. La época de “...madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del Siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado”. Duguit significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que “...desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público...”. En este sentido, el aporte de Duguit es amplio, y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de Gastón

las bases de un derecho social. En su densa obra<sup>46</sup> avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación de la ruptura al individualismo jurídico, desarrollando toda una concepción ideológica de amplias repercusiones jurídicas, políticas y sociales, frente a los derechos subjetivos, a la economía clásica y principalmente a las concepciones de poder público<sup>47</sup> como determinantes del derecho público administrativo. Su propuesta parte de entender al hombre como un fenómeno social, vinculado y obligado en consecuencia frente a la comunidad, en contraposición evidente y clara a las teorías individualistas:

Jèze el que consolida la teoría del “servicio público” en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

<sup>46</sup> En diferentes textos León Duguit mantiene su línea expositiva e ideológica sobre el concepto de poder, soberanía y servicios públicos. En diversas ediciones pueden consultarse tanto su *Manual de derecho constitucional* como el *Tratado de derecho constitucional*. En donde se profundiza sobre las razones de sus planteamientos es en los escritos conocidos como las “Transformaciones”, que constituyen un conjunto de libros, sobre las transformaciones del Estado, el derecho público y el derecho privado. Obras estas traducidas al español por el tratadista español Adolfo Posada y publicadas por la famosa librería de Francisco Beltrán de Madrid en los inicios de la centuria pasada. Las dos últimas obras fueron recogidas en un solo tomo por la editorial Heliasta de Buenos Aires en 1975 bajo el título de las *Las transformaciones del derecho (público y privado)*.

<sup>47</sup> Sobre las características y alcance de la concepción del derecho administrativo bajo el criterio de “poder público” desarrollada principalmente por Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et droit public*, París, Sirey, 1933, puede consultarse Rivero, Jean, *¿Existe un criterio de derecho administrativo? Páginas de derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, Temis, 2002, p. 27. Igualmente a Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto, cit.*, nota 4, pp. 99 y ss. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, t. I, p. 100. “El criterio de las prerrogativas públicas como conceptualizador de la administración y del derecho administrativo, e incluso del derecho público en general, se estructura a partir de los trabajos del profesor y decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, Maurice Hauriou. En un plano histórico, sus ideas significaron, desde una perspectiva eminentemente jurídica, la negación de los fundamentos teóricos finalísticos de la Escuela de Burdeos. Como lo indicamos en su oportunidad, mientras que para Duguit la administración pública era un fenómeno de servicios, para Hauriou, edificador del criterio *puissance publique*, lo era de poder público. La concepción sociológica y solidarista de Duguit justificaba el Estado y el derecho público sobre la base del concepto de servicios públicos; la tesis de su contemporáneo Hauriou lo hacía sobre la base del poder público. Mientras la primera vinculaba el servicio público a las finalidades propias del Estado (comunidad organizada); la segunda enfatizaba que lo importante y trascendental para la administración y su derecho no era tanto el fin mismo, sino los medios utilizados para alcanzarlo (medios portadores de la *puissance publique*, que en últimas determinaban, por lo menos en derecho francés, el régimen jurídico y la jurisdicción aplicable).

La doctrina individualista no puede admitirse, a nuestro juicio, porque reposa sobre una afirmación a priori e hipotética. Se afirma, en efecto, que el hombre natural, esto es, el hombre considerado como un ser aislado retirado de todos los hombres, se halle investido de ciertas prerrogativas, de ciertos derechos que le pertenecen por el solo hecho de ser hombre”, a causa de la eminente dignidad de la persona humana” según la expresión de Henri Michel. Y esta es una afirmación puramente gratuita. El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia, respecto de los demás hombres, y en posesión de derecho fundados en esta misma libertad, en esta independencia misma, es una abstracción sin realidad alguna. De hecho, el hombre nace ya miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad, y no puede vivir más que en sociedad, y el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del derecho, aunque sea, como debe ser, el hombre natural, no es el de ser aislado, y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo ligado, desde su nacimiento, con los lazos de solidaridad social. Lo que se debe, pues, afirmar, no es que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sino más bien que nacen miembros de una colectividad y sujetos, por este solo hecho, a todas las obligaciones que implican el mantenimiento y el desenvolvimiento de la vida colectiva.<sup>48</sup>

Los hombres, lejos de ser iguales, son, en realidad, esencialmente diferentes los unos de los otros, y estas diferencias, se advierten y resaltan tanto más cuanto las sociedades presentan mayor grado de cultura. Los hombres deben ser tratados diferentemente, por que son diferentes.<sup>49</sup>

Una doctrina que conduce lógicamente a la igualdad absoluta, matemática, de los hombres, es, por esto mismo, contraria a la realidad y debe rechazarse.<sup>50</sup>

Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes... Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades y no puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres... Así, pues, diremos que el hombre está unido a los demás hombres por lazos de la solidaridad social. Para evitar la palabra solidaridad, puede decirse la interdependencia social.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 5 y 6.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem.*

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

¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantidos.<sup>52</sup>

Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del derecho público, es en el fondo la noción de servicio público.<sup>53</sup>

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

Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabinete de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurará

<sup>52</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 180 y 181.

<sup>53</sup> Duguit, León, *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 31.

normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia.<sup>54</sup>

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

Doctrinas del derecho social. Así calificamos a todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo, del derecho objetivo para llegar al derecho subjetivo, de la regla social para llegar al derecho individual; todas las que afirman la existencia de una regla impuesta al hombre que vive en sociedad y que hacen derivar sus derechos subjetivos de sus obligaciones sociales; todas las doctrinas que afirman que el hombre, ser naturalmente social, se halla, por eso mismo, sometido a una regla social, que le impone obligaciones respecto de los demás hombres, y que sus derechos no son otra cosa que derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libremente y plenamente sus deberes sociales.<sup>55</sup>

Por otra parte, sobre la base de lo expuesto, la doctrina administrativista de la época recogió estos postulados desarrollándolos y determinando en

<sup>54</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. (Público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 35.

<sup>55</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 7.

consecuencia que admitida la existencia de un servicio público, surgían de inmediato reglas jurídicas especiales y procedimientos de derecho público, tendientes a facilitar su funcionamiento regular, continuo, rápido y completo, para de esta manera satisfacer los intereses generales, bajo la premisa de que el interés particular debe ceder ante el interés general.<sup>56</sup>

Bajo estas consideraciones sociojurídicas, desconocedoras del derecho subjetivo individual y edificadoras más bien de un derecho subjetivo de carácter social, la decisión administrativa evidentemente adquiere connotación e importancia alejada de los marcos del individualismo jurídico. Para Duguit, definitivamente el acto administrativo de carácter unilateral de la administración es un acto vinculado a los propósitos del servicio público, por lo tanto, sujeto a las reglas y principios propios de lo público y social. Lo social, o más propiamente, la noción social, genera para el derecho, en especial para el acto administrativo, un sistema que reconoce y protege la actividad de servicio público.<sup>57</sup>

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

La evolución estatal hacia el modelo del Estado social de derecho corresponde a una respuesta doctrinal a la evolución anormal y crítica del capitalismo dominante en la Europa de mediados del siglo XIX, que alteró radicalmente las condiciones sociales de los pobladores del viejo continente. La industrialización, el crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción, la ruptura de la capacidad de subsistencia autónoma de los individuos, el crecimiento demográfico, aunados al rompimiento de las reglas económicas del liberalismo puro, hicieron inevitable el apresurado despertar de la intervención estatal, en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema respecto a sus pobladores, situación ésta con incidencia directa en la concepción de una garantía institucional a la propiedad, la cual no podía admitirse más como protectora de un individualismo exacerbado y absoluto, contrario a los intereses y derechos de la sociedad.

<sup>56</sup> Jèze, Gastón, *op. cit.*, nota 5, pp. 4-7.

<sup>57</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. (Público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 91 y ss.

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

Según lo señala Parejo Alfonso en las diferentes obras donde se refiere a esta materia,<sup>58</sup> la idea del “Estado social” surge y se afianza a lo largo del siglo XIX en la corriente de los pensadores socialistas democráticos europeos (no marxistas), especialmente inspirados en la obra de Hermann Heller (1891-1933), quien formuló su tesis por primera vez en 1930 en el trabajo titulado *¿Estado de derecho o dictadura?*, en donde plantea la necesidad para el Estado liberal de asumir un papel central y principalísimo en la atención a los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída en manos de las dictaduras despóticas.

Predicaba la necesidad de que el Estado liberal de derecho se transformara en un verdadero Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido verdaderamente material que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, dentro de la cual su piedra angular era sin duda el asunto de la propiedad, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implica reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos;<sup>59</sup> por lo tanto, reconducir derechos como los de propiedad a sus

<sup>58</sup> Sobre el surgimiento y alcance de la cláusula del Estado social de derecho, tanto en Alemania como España, puede consultarse Parejo Alfonso, quien doctrinalmente ha desarrollado el asunto: *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 181 y ss.; *idem*, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 21-118.

<sup>59</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 136. El concepto de Estado social de derecho implica romper las fronteras entre Estado y sociedad, trasladando al primero un papel protagónico en la “autoorganización” de esta última: “El Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello, todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo”. En este sentido, para este pensador, el problema económico, cultural, de previsión de la sociedad lo son también del Estado, que debe por lo tanto generar y facilitar soluciones efectivas a los mismos, por cuanto le pertenecen.

justas y proporcionales medidas, esto es, en relación directa con los intereses de la comunidad.

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

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

En segundo lugar, que el concepto, en cuanto principio del ordenamiento y del constitucionalismo, genera fuerza vinculante directa para los poderes públicos: para el legislador, en cuanto le crea la necesidad de determinar lo que propiamente constituya el contenido de todos aquellos elementos predicables de lo social. Para la administración, en nuestra opinión, no sólo la obligación de cumplir la legalidad determinada para lo social, sino que le hace nacer una clara facultad normativa, reguladora y ordenadora de todo aquello que le pueda competer en cuanto a la función social del Estado. Esto es, que la administración, en razón de su poder central y decisivo en la ejecución de las finalidades estatales, adquiere, en virtud del postulado del Estado social de derecho, competencia suficiente ordenadora para asumir las responsabilidades propias de lo social.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Parejo Alfonso, *Estado social, cit.*, nota 58, pp. 52 y 95: “En definitiva, pues, la posición real actual de la administración no es la que resulta evocada por el significado tradicional del principio de legalidad, conforme al cual aquélla se limita a precisar en el caso concreto supuestos definidos con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal. La administración es una organización servicial y vicaria, ciertamente, pero con contenidos, tareas y responsabilidades propias desde el orden constitucional (cuya actuación no se explica por impulsos derivados de habilitaciones o mandatos emanados en ca-

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

El desarrollo y la consolidación del Estado social de derecho han estado salpicados de múltiples dificultades. La idea de la integración entre conceptos aparentemente antagónicos, como los de sumisión al derecho y responsabilidad social en procura del bien común, se ha visto enfrentada a múltiples dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta, conforme a lo expuesto, que en la práctica constituye el motor impulsor de todo el ordenamiento jurídico. De aquí que Parejo Alfonso, al analizar sus relaciones con el derecho administrativo, prefiera hablar de un “Estado social administrativo”, en cuanto que la administración constituye su punto o centro de gravedad para su operatividad: “El Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución... de las políticas públicas formalizadas legislativamente”. De aquí que tradicionalmente la presencia de la administración en todos los sectores de la sociedad se considera como un síntoma importante de la efectividad del Estado social de derecho.<sup>61</sup>

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

Al respecto, la doctrina administrativista ha sostenido la inexistencia del conflicto, y más bien la matización de los papeles en la consolidación del Estado social. Parejo Alfonso, quien con profundidad se ha ocupado del tema, sostiene precisamente que

da caso o en bloque de la legislación o de la actividad gubernamental, sino por decisión directamente constitucional, que —sin embargo— la sujeta y subordina a estas últimas), y que debe cumplir y satisfacer a partir del mismo, con las inevitables consecuencias que de ello se siguen para la interpretación del principio de legalidad”.

<sup>61</sup> Parejo Alfonso, “El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *RAP*, núm. 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 220.

El Estado social no es, en efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad. Y la apuntada crisis no afecta tanto a la idea de imbricación —confusión de Estado y sociedad, es decir, de la responsabilidad del primero por las condiciones de la segunda—, cuanto a la forma de cumplimiento de ésta y, por tanto, los procedimientos de dirección y control de los procesos sociales... En todo caso, la reducción del papel del Estado no significa eliminación de dicho papel; significa solo, como regla general, su transformación: abandono de la actividad estatal directa (servicio, préstamos, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control. No puede dejarse de tener en cuenta que si en el plano social la intervención estatal garante de la libertad (a través de la imposición de sus límites inherentes, precisados de redistribución constante) sigue siendo evidente en el plano económico, la necesidad de tal intervención se muestra con parecida evidencia en el sometimiento universal de toda actividad económica, en último término, a la política de la libre competencia.<sup>62</sup>

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

*a.* El principio de la solidaridad en la base del modelo 1.  
Principio de la solidaridad

La cláusula del Estado social de derecho implica un correlativo sistema de asistencia mutua, tendiente a la solución de los conflictos que atentan contra la vida en comunidad, en especial para solucionar los conflictos latentes entre propietario y comunidad. Este sistema se materializa en la existencia del fenómeno de la solidaridad, el cual no es otra cosa que la relación recíproca o de interdependencia que debe existir entre el Estado y sus asociados, e incluso entre los miembros de la misma sociedad. La solidaridad implica la interrelación respetuosa y ponderada de los intereses enfrentados en la sociedad. Al ser establecida en el texto constitucional, se traslada del ámbito de los imperativos éticos “para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad... compromete a la sociedad entera y al Estado”.<sup>63</sup> Así las cosas y frente a lo urbanístico, significa que las obligacio-

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia T-533, del 23 septiembre de 1992.

nes que emanan respecto de ella en el Estado social de derecho se fundan en razones solidaristas:

la dignidad humana y la solidaridad son principios fundamentales del Estado social de derecho... Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social... El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados.<sup>64</sup>

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

La cláusula del Estado social de derecho inspira la idea de la redistribución y de la ruptura de las desigualdades sociales que se observan en la sociedad, sobre la base de equilibrar al ser humano en el contexto económico y social. Esto es, que el restablecimiento de un orden normal de la sociedad implica la penetración y la presencia del Estado en todos los aspectos estelares de su vida: así sea interviniendo directamente en los fenómenos económicos, políticos, culturales y de otros géneros que puedan verse afectados, o creando las condiciones para que la misma sociedad sea la que lleve la iniciativa en ese equilibrio de convivencia que se espera. Equilibrio que el constituyente asimila al concepto de justicia o de orden justo.

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

Los principios de solidaridad y de orden económico y social justo bajo el esquema del Estado social de derecho implican, necesariamente, el respeto a la diversidad de derechos e intereses que puedan eventualmente entrar en conflicto dentro del modelo. Es de su esencia reconocer que lo individual no es la columna vertebral del sistema, y que lo social conlleva la diversidad en todos los sentidos posibles, de ahí la necesidad de incorporarla a la juridicidad, con el fin de ofrecer las garantías necesarias

<sup>64</sup> *Idem.*

para su articulación adecuada, evitando la segregación y, por lo tanto, el conflicto que la misma conlleva. En este sentido, resulta de la esencia del Estado social de derecho el reconocimiento de los derechos colectivos e intereses difusos.

No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos urbanísticos,<sup>65</sup> que son el ámbito donde se observan conflictos entre principios antagónicos vinculados con la actividad urbanística, que como lo sosteníamos, dan lugar a la formulación de reglas imperativas de esta naturaleza, es posible operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos, sostener que los derechos colectivos, vinculados al concepto en estudio, son aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida; en fin, de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional y que se predicen como propios del Estado social de derecho.

Este planteamiento nos acerca al concepto de derechos e intereses difusos,<sup>66</sup> que como lo admite la Corte Constitucional, se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen un concepto y un tratamiento unitario y común, pues la imposibilidad de la división de su objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos.<sup>67</sup> Diferencia que en nuestro dere-

<sup>65</sup> López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168.

<sup>66</sup> Lozano, Manuel e Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, Imprenta Rufino García Blanco, 1983, p. 148.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 569 del 8 de junio del 2004. MP Rodrigo Uprimy Yépes. "...Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, *mutatis mutandi*, al concepto de '*bien público*', que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracteri-

cho es reconducida al concepto genérico de derechos o intereses meramente colectivos.<sup>68</sup>

zan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro. Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente. Así, el hecho de que en una determinada comunidad una persona goce del aire puro no rivaliza con el uso de ese bien por otras personas; y si el aire es puro, todas las personas pueden gozar de él. Por todas las anteriores razones, los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen una conceptualización y un tratamiento procesal unitario y común, pues la indivisibilidad del objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos. Dentro del marco de estos derechos o intereses colectivos indivisibles, algunos sectores de la doctrina distinguen entre intereses difusos y colectivos. Así, el titular de un interés difuso es una comunidad más o menos determinada según las circunstancias fácticas en que ésta se encuentre y el tipo de interés difuso objeto de protección; en cambio, el titular de intereses colectivos, será una comunidad de personas determinada e identificable bajo algún principio de organización. La existencia de ese principio de organización es lo que, según ciertos sectores de la doctrina, permite diferenciar entre un interés difuso y un interés colectivo, aun cuando el asunto no es pacífico, puesto que el criterio de clasificación dista de ser claro, y otros autores proponen otros criterios de diferenciación entre interés difuso y colectivo. Así, la doctrina brasileña considera que lo decisivo es la presencia o no de un vínculo jurídico entre los miembros o integrantes del grupo, de suerte que si dicho vínculo existe, estamos frente a un derecho o interés colectivo, mientras que si el grupo carece de un vínculo jurídico, entonces se trata de un interés difuso. Ahora bien, en el caso colombiano, la distinción entre derechos o intereses difusos y colectivos tiene un interés doctrinario y podría tener desarrollos legales, pero carece en sí misma de relevancia constitucional, tal y como esta Corte lo ha indicado anteriormente. En efecto, la sentencia C-215 de 1999, al referirse a la naturaleza de las acciones populares y al objeto de su protección, descartó cualquier interpretación restrictiva a partir de dicha distinción, e indicó que las acciones populares protegían igualmente intereses difusos y derechos colectivos. Precisó entonces la Corte lo siguiente: “Cabe anotar, la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común”.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, sentencia C-21531 del 14 de abril de 1999, Mp Martha Victoria SÁCHICA Méndez: “la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado

Son en consecuencia intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo, y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista.<sup>69</sup> Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección a través de la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, a través de las actuaciones administrativas tendientes a una decisión positiva de habilitación o autorización urbanística,<sup>70</sup> previa la verificación de las reglas desarrolladas por el legislador o las autoridades municipales competentes, a través de procesos de ponderación, donde se supone han resuelto los conflictos entre los diversos principios involucrados en la actividad urbanística.

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

y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término 'colectivos'. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos, y, por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común".

<sup>69</sup> Henao, Juan Carlos, "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés", *Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudio homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, p. 2746.

<sup>70</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, t. III, p. 747.

En este contexto, la licencia se convierte en el instrumento estelar y central para articular, en casos concretos y específicos, toda actividad relativa al uso del suelo y del espacio, edificabilidad, urbanización, y demás requeridas por el legislador, a la legalidad territorial y urbana,<sup>71</sup> ga-

<sup>71</sup> Retomando el tema relativo a las diferencias entre urbanismo y ordenamiento territorial, debemos agregar que "...el concepto de urbanismo, se colige de la ley 388 de 1997 como un concepto específico, referido a la dinámica de la urbe o ciudad pero en clara función al territorio en general, determinando todo un conjunto normativo de acciones y limitaciones para la convivencia en este espacio reducido y siempre carente como es la ciudad. Estas apreciaciones se obtienen de la lectura de los artículos 3 y 8 de la ley 388 de 1997 que al respecto señalan lo siguiente: ‘...El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: 1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios. 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales...’ En el artículo 8 de la ley se incorporan lo que correspondería a acciones generales propias del urbanismo dentro del ordenamiento territorial, determinando que las mismas deben quedar establecidas de manera clara en los componentes urbanos de los planes de ordenamiento territorial en los términos de los artículos 13 y 15 de la ley. Estas acciones se fundamentan en una regla general en cabeza de la administración para que las configure de acuerdo a sus realidades locales, de todas maneras se destacan por el legislador entre otras las siguientes: La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras: 1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. 2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos. 3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. 4. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. 5. Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. 6. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de con-

rantizando de esta manera la convivencia y el respeto a los diferentes elementos en conflicto surgido como consecuencia de las relaciones humanas en conglomerado, y de los humanos con el medio, la tierra, el suelo, el espacio, etcétera, tal como se desprende de los objetivos y finalidades muchas veces imposibles de deslindar de los conceptos de urbanismo y ordenamiento territorial.<sup>72</sup>

La licencia se caracteriza entonces por constituir una impresionante técnica de intervención administrativa frente a los derechos subjetivos de los asociados, mediante la aplicación de reglas restrictivas, limitativas,

formidad con lo establecido en la presente ley. 7. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social. 8. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. 9. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. 10. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley. 11. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. 12. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados. 13. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. 14. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio...”. González-Varas Ibáñez, Santiago, *Urbanismo y ordenación del territorio*, Cizur Menor Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 27. El urbanismo “...se centra en la acción pública sobre el *hecho ciudad*, el racional destino y aprovechamiento del espacio físico en el núcleo poblacional...”.

<sup>72</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: fundamento, condicionamientos, alcance y composición”, *Derecho urbanístico de la comunidad de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 51. Continuando en esta dinámica de deslindar los conceptos de urbanismo y de ordenamiento territorial es importante tener presente el análisis del profesor Luciano Parejo Alfonso a propósito de este mismo tema en el estudio y análisis del derecho urbanístico de la comunidad de Madrid. Para este autor, si bien es cierto que nos encontramos frente a dos títulos competenciales de la administración de todas maneras por sus contenidos resulta difícil separarlos. “...En consecuencia, la ordenación del territorio y el urbanismo, aunque formalmente títulos competenciales diferentes, aluden a una misma tarea pública: la de organización de la utilización del territorio. La regulación constitucional sustantiva confirma esta identidad de sustancia en cuanto que contiene un único orden de valores y bienes jurídicos a cuyo servicio pueden reconducirse los dos títulos competenciales considerados: orden que presidido por la calidad de vida y la adecuación del medio ambiente, aparece integrado en lo esencial, por la utilización racional de los recursos naturales, la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio, cultural y artístico...”.

imperativas y vinculantes, contenidas en las reglas urbanísticas y territoriales, para salvaguardar los intereses de la generalidad.<sup>73</sup>

Así las cosas, esta caracterización fundamental de la licencia invita a concebirla como un asunto de interés público, y no exclusivamente como un tema relativo al estrecho ámbito de los derechos subjetivos; en consecuencia, relativo y de interés directo de la población involucrada con el proyecto afectante de los bienes protegidos, lo que nos reconduce, desde la teoría del derecho administrativo, a la concepción de una decisión administrativa habilitante o autorizatoria, que rompe los esquemas tradicionales del acto administrativo estrictamente individual o subjetivo, en cuanto contiene decisiones que trascienden al ámbito de la generalidad de la población, creándole a la misma, situaciones jurídicas que no pueden ser desconocidas, en aras una simple apreciación individualista de los derechos involucrados.

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

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

<sup>73</sup> García de Enterría, Eduardo, “Los principios de la organización del urbanismo”, *RAP*, Madrid, núm. 87, septiembre-diciembre de 1978, pp. 302-305. La función pública del urbanismo implica una ruptura histórica de los derechos subjetivos frente a la administración pública, en cuanto la decisión sobre el uso del suelo y el ejercicio del concepto de propiedad son decisiones que ya no pueden entenderse incluidas entre los derechos subjetivos individuales, sino en cabeza de la administración por razones de interés general.

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

#### 1. *El concepto de licencia urbanística*

En una quinta aproximación a la discusión doctrinal sobre el tema, esta vez trasladándola directamente al ámbito del derecho urbanístico y territorial, tenemos que la doctrina tradicional y clásica del derecho urbanístico ha retomado y aplicado de manera directa los conceptos de autorización, licencia, y limitaciones a las actividades y derechos urbanísticas y territoriales como elementos centrales de la disciplina; tanto así, que ha tipificado como uno de sus principios básicos, el del sometimiento de todas las actividades que impliquen un uso artificial del suelo y otros bienes vinculados con el urbanismo al control previo, cuya finalidad es comprobar la conformidad de las mismas con las normas en cada caso aplicables, control de competencia administrativa que se resuelve en el otorgamiento o negativa de una licencia o autorización urbanística al interesado.<sup>74</sup>

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

<sup>74</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Publicaciones Abella El Consultor, 1995, p. 218.

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

En este sentido, se considera que se trata de una simple autorización, la cual refleja un simple ejercicio de subsunción del proyecto urbanístico correspondiente con la legalidad urbanística aplicable en el territorio municipal. Lo anterior, sin valoraciones o consideraciones subjetivas de ninguna índole, lo que hace que la actuación de la administración esté dominada por un método objetivo y esencialmente reglado; excepcionalmente, en los precisos eventos señalados por el legislador podría concebirse como discrecional o producto de valoración en cuanto sujeta a conceptos jurídicos indeterminados. De todas maneras, debemos destacar que la doctrina encuentra en las licencias urbanísticas una arraigada y profunda regla general de que su otorgamiento es reglado en la medida en que están en juego el ejercicio de derechos como el propiedad.<sup>75</sup>

La doctrina generalmente acude a los anteriores elementos para caracterizar el fenómeno licenciatario. El profesor Ramón Parada, al analizar el concepto jurídico de licencia urbanística, retoma los anteriores elementos objetivos y formales del concepto de licencia urbanística y los expone siguiendo sus parámetros clásicos, como lo hace la generalidad de este sector doctrinal, reiterando que se trata de un fenómeno autorizatorio tendiente a la remoción de las limitaciones que las normas superiores imponen a los derechos y actividades relacionados con el urbanismo.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Serna Bilbao, María Nieves de la, “Las licencias urbanísticas”, *Derecho urbanístico de la comunidad de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 417.

<sup>76</sup> Parada, Ramón, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, t. III, p. 590. “...La licencia urbanística es un acto de autorización que remueve los obstáculos

Agrega en su estudio este autor, que de conformidad con el derecho español —y en esto es coincidente la mayoría de la doctrina especializada en el tema— la licencia urbanística se caracteriza igualmente, por reglada, real y autorizatoria puntual. Lo primero, en cuanto que simplemente se trata de un fenómeno de confrontación de la norma con el proyecto respectivo con el fin de verificar su coincidencia y levantar las prohibiciones que correspondan;<sup>77</sup> lo segundo, esto es real en la medida en que atiende exclusivamente el objeto sobre el que recae;<sup>78</sup> y, autorizatoria puntual, en cuanto no es una típica autorización operativa que crea una relación más o menos estable y duradera entre la administración y la actividad autorizada. Para este sector doctrinal, la licencia de obras es una autorización puntual, frente a cada proyecto, que se agota

que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes. El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia ni deriva directamente del derecho de propiedad... se adquiere con el llamado derecho al aprovechamiento urbanístico a partir del momento en que se cumplen en plazo los deberes legales. Cosa distinta es que ese derecho al aprovechamiento urbanístico no pueda ser actuado sino a partir del otorgamiento de la licencia...”.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 590. “...Pero el dato fundamental de la licencia urbanística que la jurisprudencia ha destacado una y otra vez es su carácter reglado, no discrecional. Por ello las normas y los planes invocados para otorgar o negar la licencia han de ser los vigentes y publicados cuando se otorga o deniega, no siendo lícita «una denegación de la licencia amparándose en una ordenación futura que precisamente por futura no es todavía un mandato jurídico dotado ya de eficacia social organizadora» (STS de 2 de febrero de 1989 y otras muchas anteriores y posteriores, etc.). Es asimismo incompatible con ese carácter reglado someter el otorgamiento de la licencia a gravámenes del tipo de cesión de terrenos o de pago de indemnizaciones o contribuciones especiales (STS de 12 de marzo de 1973). Sí es posible, por el contrario, imponer una *conditio iuris*, es decir, condiciones que —como dice la STS de 2 de febrero de 1989— hagan viable en Derecho el otorgamiento de una licencia «adaptando, completando o eliminando extremos de un proyecto no ajustado a la ordenación urbanística»...”.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 590. “...Es asimismo una autorización real porque sólo atiende al objeto sobre el que recae. Por eso, la licencia ni da ni quita derechos, limitándose a permitir a quien ya los tuviere su libre ejercicio. En principio, pues, para construir no es necesario justificar de forma absolutamente fehaciente la titularidad domical de un derecho real sobre los terrenos a edificar, si bien es lícita la denegación de las licencias cuando resulte probado que los terrenos son de dominio público y no del particular que la solicita o existan dudas razonables sobre la titularidad privada de los mismos. De otro lado, la licencia se otorga con abstracción de las circunstancias personales del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante en tanto que una modificación en las condiciones del terreno altera el planteamiento de la pretensión...”.

una vez realizada la actividad edificatoria. Esta característica resulta relativa cuando se refiere a otros ordenamientos, como el colombiano, en el cual la licencia acompaña prácticamente durante toda su vida la obra u actividad urbanística correspondiente, creando el legislador en algunos casos, efectos jurídicos frente a su desconocimiento como norma permanente. Por lo tanto, se trata de una afirmación válida exclusivamente para el régimen positivo dentro del cual se predica, como lo es, insisto, el español.

Luciano Parejo Alfonso determina el alcance del concepto básico de licencia urbanística, a partir de los poderes de intervención de la administración para su expedición, fundándolos precisamente en la existencia de limitaciones normativas, que deben ser objeto de verificación previa por las autoridades, con el fin de permitir la realización de actos relativos a la edificación y el uso del suelo. Bajo esta especial circunstancia, se llega a la conclusión de que la licencia es entonces una clásica medida de intervención administrativa en la actividad de edificación y uso del suelo, en cuanto excluye para esta actividad el régimen de libre ejercicio, reconduciéndose por lo tanto la actividad de la administración por los senderos de la técnica de la autorización,<sup>79</sup> con la cual no se reconocen propiamente derechos, sino que por el contrario, se hace viable su ejercicio.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 486. "...En consecuencia, es claro que la licencia urbanística se encuadra en la categoría genérica de las limitaciones administrativas de derechos, y, concretamente, en el tipo de limitaciones que implican una prohibición general (de ejecutar un acto de edificación o uso del suelo sin licencia), pero relativa o con reserva de excepción a otorgar por la Administración (concesión de la licencia si el acto se ajusta a la ordenación urbanística). En definitiva, y sin perjuicio de la vaguedad del concepto y de la crisis actual de su formulación clásica, la licencia urbanística constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto impuesta por la necesidad de contrastar previamente que dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la ordenación urbanística..."

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 486. "...Incide no sobre el contenido del derecho a la edificación o uso del suelo de que se trate (eso ya sabemos que es lo propio del Plan), sino sobre el ejercicio de dicho derecho. Lo que queda sujeto a licencia es, en efecto, el acto de edificación o uso del suelo; acto que conceptualmente sólo puede intentar realizarse con base y a partir del estatuto del derecho de propiedad definido por la previa ordenación urbanística y una vez cumplidos, en su caso, los requisitos por ésta exigidos (urbanización, justa distribución de beneficios y cargas a través de la reparcelación o de la compensación, en suelo urbano y urbanizable; aprobación específica en suelo no urbanizable normal) para la actuación del aprovechamiento por ella asignado..."

La licencia urbanística, desde la perspectiva del principio de legalidad, constituye un fenómeno de subsunción clara y evidente de la realidad fáctica representada por el proyecto correspondiente con el ámbito de las normas territoriales y urbanas.

Ésta ha de otorgarse de acuerdo con las previsiones de la propia Ley, de los Planes de Ordenación y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, es decir, de la ordenación urbanística, precisándose que toda denegación de licencia debe ser motivada.<sup>81</sup>

## 2. *La licencia en el derecho urbanístico y territorial colombiano*

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

Como lo indicaba, en lo fundamental la legislación colombiana retoma los elementos tradicionales y objetivos del concepto doctrinal de licencia urbanística. Es así como, de la simple lectura de las caracterizaciones legales y reglamentarias de licencia en la materia (artículo 99, núm. 1, de la ley 388 de 1997, en concordancia con el 1 del Decreto 564 de 2006), se las entiende como autorizaciones previas, expedidas por la

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 486. "...Tiene por objeto controlar que el acto que se pretende ejercer está de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable, es decir, consiste en un control de licitud, de respeto por dicho acto de los límites fijados (en el caso típico, al *ius aedificandi*) por aquella ordenación..."

autoridad competente, producto del ejercicio de la función pública de verificación de la legalidad urbanística, luego de ordenación de la actividad de los particulares-administrados (artículo 101, inciso 2, de la Ley 388 de 1997), con la cual se habilita al interesado para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, de loteo o subdivisión de predios para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento. Con anterioridad a este marco normativo, en el artículo 55 del Decreto-ley 2150 de 1995, se entendió por licencia "...el acto por el cual se autoriza a solicitud del interesado, la adecuación de terrenos o la realización de obras...". Este esquema normativo está perfectamente acoplado con los trabajos doctrinales que hemos referenciado en numerales anteriores.

Las licencias urbanísticas se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en la ley del medio ambiental (artículo 99, núm. 2, de la Ley 388 de 1997).

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

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

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

La existencia inevitable de derechos colectivos y difusos de la comunidad en los asuntos urbanísticos conlleva a la luz del Estado social y democrático de derecho que las licencias urbanísticas constituyen, en cuanto a

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

Pero lo que resulta más interesante y trascendental para el asunto, es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, literales a), c), d), e), f), g), h), j), l), y m) de la Ley 472 de 1998,<sup>82</sup> la temática y contenido del derecho urbanístico y territorial es considerada legalmente como relativa a los derechos e intereses colectivos. En especial el literal m), que determina que son de esta naturaleza, y no exclusivamente subjetivos, los relativos a la realización de construcciones, edificaciones y desarro-

<sup>82</sup> Ley 472 de 1998. “Artículo 4. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.

llos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

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

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

Como se observa desde la perspectiva legislativa, las licencias urbanísticas en el derecho colombiano, en cuanto ejercicio de la función pública de control urbanístico,<sup>83</sup> comparten esta esencia formal y de propósitos que la doctrina propone respecto del concepto y naturaleza de licencia urbanística; sin embargo, es de advertir que algunos de los elementos del concepto doctrinal propuesto adquieren connotaciones diferentes en el derecho nacional si se tiene en cuenta que en nuestro derecho este tipo de decisiones no se fundan en estrictas consideraciones subjetivas individualistas, en la medida en que es una verdad irrefutable que involucran en sus contenidos y decisiones, reglas tendientes a garantizar los intereses generales de la sociedad, abordando en consecuencia intereses y derechos de la comunidad.

Ésta la razón por la cual, para su cabal entendimiento jurídico, conceptualización y determinación, debamos romper el contexto clásico y tradicional del individualismo jurídico, propio de las decisiones administrativas de contenido subjetivo o personal, y nos ubiquemos en el contexto más amplio y comprensivo de los fenómenos que involucran a la comunidad en general; esto es, desde la perspectiva del derecho administrativo, aquel espacio reservado a las reglas edificadas por el legislador o la autoridades locales, sobre la base de servir de mecanismos adecuados para quebrar los conflictos relativos a los derechos colectivos o difusos, frente a los propiamente subjetivos, en donde la administración aplica,

<sup>83</sup> García de Enterría, Eduardo, “Los principios de la organización del urbanismo”, *RAP*, Madrid, núm. 87, septiembre-diciembre de 1978, pp. 302-305.

mediante criterios de subsunción las normas-reglas vinculantes diseñadas para estos efectos, y que se suponen han sido el producto de una actividad ponderada del legislador o de las autoridades locales competentes, al elaborar las reglas urbanísticas y territoriales, y a través de las cuales se supone han resuelto los conflictos entre los principios enfrentados a propósito de la actividad territorial y urbanística.<sup>84</sup>

Para estos efectos, metodológicamente debemos abordar el asunto, ubicándolo en cuanto a su procedencia y operancia dentro del ámbito específico de las reglas sobre ordenación del territorio y de lo urbano, en donde lo determinante es la aplicación de reglas que se supone se fundan en los términos de la ley y de las normas generales territoriales, en el tratamiento y defensa de los intereses generales, lo que nos reconduce a tra-

<sup>84</sup> La teoría de la ponderación como instrumento de aplicación de principios y de resolución de colisiones que se puedan presentar entre los mismos tiene plena aplicación en el ámbito de la estructuración de las normas urbanísticas y territoriales, en donde, como hemos destacado, entran en juego diversidad de principios constitucionales y legales sustentados en razones contradictorias. Sobre esta base entendemos que en la elaboración de las normas de esta naturaleza juega papel primordial en nivel de ponderación que las autoridades legislativas y administrativas desarrollan para determinar el peso específico que un principio debe tener en un momento determinado dentro de la dinámica del urbanismo y el ordenamiento territorial. Así mismo, en contraposición a esta metodología, reconocemos que la decisión habilitadora o autorizadora propia de las licencias urbanísticas no son el producto directo de un trabajo de ponderación, en cuanto que la actividad de la administración en estos casos se reconduce a la simple verificación y aplicación objetiva de normas-reglas de carácter imperativo y sujetas a criterios de jerarquía, lo cual nos lleva a sostener que en este ejercicio se observa lo que Alexy con razón identifica como un simple trabajo de subsunción normativa. Al respecto puede consultarse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss. Del mismo autor: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93 y ss. Se puede consultar integralmente el trabajo del profesor José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000. En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor Carlos Bernal en diferentes escritos, entre los que destacamos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, 2004; “Estructura y límites de la ponderación”, Universidad Externado de Colombia, 2005. En igual sentido sobre las bases de esta metodología fuera de los textos básicos de Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, y de Hart, Herbert L. A., *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, puede consultarse: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogota, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2002.

vés de la aplicación estricta de éstas, por subsunción, a la protección y respeto de los derechos colectivos y difusos de la comunidad, y no propiamente, o por lo menos de manera exclusiva, de los intereses estrictamente subjetivos o personales de los individuos, individuos que lo demás, bajo el contexto de lo territorial, no debemos olvidar, para cualquier consideración jurídica, conviven, se relacionan y ejercitan sus derechos en comunidad; luego, inevitablemente, sus derechos subjetivos se articulan y deben ceder frente a los de la colectividad, lo cual se garantiza con la aplicación estricta de las reglas imperativas, que deben ser verificadas en los procesos administrativos de obtención de licencias urbanísticas.

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

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

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

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

Con la presencia de la administración pública en ejercicio de poderes policivos se pretende la racionalización de los usos y aprovechamientos

del suelo y del territorio en función de las necesidades e intereses de la colectividad,<sup>85</sup> limitando de manera evidente por estas razones el ejercicio pleno de derechos subjetivos y las actividades individuales, de manera tal que se armonicen y humanicen los ambientes en que vive el hombre; esto es, el urbano y el rural. Se armonicen con el conjunto de intereses de la población recogidos en las normas territoriales y urbanísticas; en otras palabras, con los derechos colectivos o difusos de la comunidad, e incluso con los simplemente subjetivos de terceros.

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

La licencia verifica esta realidad objetiva limitadora garantizando la ordenada convivencia y el uso racional esperado por el legislador o la autoridad correspondiente al estructurar la norma urbanística.<sup>86</sup> Para estos efectos, la licencia se torna en el resultado positivo de un procedimiento administrativo previo, adelantado en desarrollo de facultades policivas y control de la administración, y que tiene por objeto, como lo advertimos,

<sup>85</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 484.

<sup>86</sup> Lopes Meirelles, Hely, "Limitações urbanísticas ao uso da propriedade", separata da *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 281, março de 1959, pp. 7-34.

licenciar la actividad afectante, siempre y cuando la misma se adecue a la legalidad urbanística y territorial.<sup>87</sup>

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

En la realidad de las cosas, con el deber de la administración de ejercer el control previo, se pretende que se verifique el cumplimiento del orden jurídico urbanístico, se entiendan removidos, por el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de ley, los obstáculos legales para el libre ejercicio de un derecho subjetivo o de una actividad de las que son objeto de licencia, declarándose la actividad como viable, ante el cumplimiento de las reglas garantísticas de la inviolabilidad de lo colectivo.<sup>88</sup>

En consecuencia, el ejercicio pleno de actividades, e incluso de derechos como el de propiedad, quedan sometidos a la decisión administrativa para su eficacia, acorde a la preceptiva y normativa contentiva de reglas limitadoras de carácter urbanístico y territorial, fundamentales e incluso independientes de consideraciones ideológicas en torno a la propiedad, la libertad, el mercado, la intervención estatal. Reglas básicamente de convivencia, necesarias e indispensables.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 484.

<sup>88</sup> Parada, Ramón, *Derecho administrativo*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, t. III, p. 590.

<sup>89</sup> Von Hayek, Friedrich August, *Los fundamentos de la libertad*, Barcelona, Ediciones Folio, 1996, t. II, pp. 428-430. Parte este autor, padre del neoindividualismo y proponente de la libertad absoluta y la no intervención estatal en el ámbito de los particulares, la existencia de regulación urbanística resulta fundamental, por dos importantes razones: por riesgos relativos a salubridad, incendio y daños a otros inmuebles; por seguridad jurídica en las características y exigencias de las nuevas construcciones que hacen indispensable que éstas cumplan con reglas técnicas, de materiales y constructivas. En sentido contrario, algún sector de la doctrina neoliberal sostiene que la intervención estatal se caracteriza por excesiva, lo cual incide necesariamente en el valor de la tierra y de los inmuebles. Véase Iranzo, Juan E. e Izquierdo Llanes, Gregorio, "La liberalización del

En este ejercicio, el derecho por excelencia en litigio, esto es, con mayores obstáculos institucionales para su libre desarrollo, lo es el de la propiedad. Tratándose de la propiedad y su goce pleno, derecho éste en pugna y litigio permanente frente al conjunto de las reglas urbanísticas, se evidencia por razones de interés general, su reducción a la norma y el control en aspectos trascendentales, como los de edificabilidad y urbanización, los cuales quedan sometidos para su desarrollo a las disposiciones generales del ordenamiento territorial, previamente confrontadas por la administración a través de la licencia correspondiente. No resulta en consecuencia libre en términos absolutos el desarrollo de actividades como las de edificación, dadas las técnicas de intervención administrativa que su existencia plantea frente al interés general, y a la necesidad consecuente de pronunciamiento positivo de la administración para su ejercicio, en desarrollo de la función pública de control que entraña conforme a las bases del sistema del ordenamiento territorial.<sup>90</sup>

#### *E. Licencias urbanísticas y legalidad. Sujeción a los planes de ordenamiento territorial y las normas ambientales*

Dispone el artículo 99, inciso 2, de la Ley 388 de 1997, que las licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en la ley ambiental.

La licencia urbanística la justifica la preservación de un especial ordenamiento normativo imperativo, en consecuencia vinculante. Bajo esta perspectiva, significa que toda disposición, decisión, acción, actividad urbanística, proveniente tanto de autoridades como de los particulares, está sujeta al derecho y, en consecuencia, ausente de cualquier vestigio

mercado del suelo”, *Estudios económicos, liberalización del suelo en España*, Madrid, Revista del Instituto de Estudios Económicos, 1997, t. II, pp. 3 y ss.

<sup>90</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 486. “...No es posible, pues, articular como libre el ejercicio del *ius aedificandi* definido por la ordenación urbanística. De ahí las medidas de intervención en la edificación y uso del suelo; medidas arbitrarias sobre el modelo de la técnica genérica de la limitación de derechos: La licencia y las órdenes de ejecución...”.

de arbitrariedad o de dogmatismo individualista, fundamentalista o subjetivizador que ponga en peligro las bases de nuestro sistema como Estado democrático, participativo, social y de derecho, en algo tan elemental como son las relaciones del hombre en la sociedad y en los territorios, y sobre los bienes vinculados a la convivencia humana.<sup>91</sup>

En otras palabras, el urbanismo y el ordenamiento territorial se traduce para efectos de las licencias urbanísticas en derecho vinculante, que debe ser preservado por las autoridades competentes mediante la acción directa y específica que conlleva el principio de la función pública del urbanismo. La libertad propia del individualismo sufre una ruptura profunda en cuanto se refiere a las relaciones del hombre con el contexto territorial.

El plan se torna entonces en el elemento central de nuestro derecho urbanístico, básicamente en lo local. Constituye a todas luces el complemento ideal de una legislación general y abstracta en asuntos urbanísticos, para el caso colombiano de la contenida en las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. El legislador ha depositado en el plan, para ser desarrollada por las autoridades locales, la más amplia y variada gama de atribuciones tendientes a establecer regulaciones y expedir normas en materia urbanística que se caracterizan por su concreción, especialidad e individualización de la materia, que hacen que este conjunto normativo, sin perder su carácter de reglamento, no pueda asimilarse a un simple conjunto normativo ordinario general y abstracto, como tradicionalmente se entiende al reglamento en los ordenamientos jurídicos.<sup>92</sup>

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

<sup>91</sup> Fernández, Tomas-Ramón, *Manual de derecho urbanístico*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>92</sup> Trayter Jiménez, Juan Manuel, *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 39-54.

de propiedad, constitutivas de obligaciones y deberes, llegando incluso a prefijar el contenido mismo del concepto de propiedad.

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

Claramente se pretende con las normas-reglas urbanísticas y territoriales, lograr la integración de un coherente sistema normativo a cuya cabeza se encuentra indiscutiblemente la Constitución Política, la ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley de Desarrollo Territorial, las leyes sobre áreas metropolitanas y ambientales, y que culmina en lo local con las disposiciones del plan de ordenamiento territorial y los demás instrumentos que lo hagan viable y se concreten de acuerdo con las realidades municipales. Esto es, propone todo un bloque de legalidad que regirá la actividad urbanística, generando en consecuencia un derecho indiscutiblemente aplicable a lo urbano, que lleva a sostener, de inicio, la imposibilidad de admitir un urbanismo absolutista y arbitrario y, por lo tanto, un régimen de ejercicio de actividades y derechos relativos con lo territorial, luego, propenso a los devenires del principio de la autonomía de la voluntad, o arbitrario, en cuanto ejercicio incontrolable del poder público administrativo.

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

El bloque de legalidad propuesta por el legislador para el urbanismo adquiere la mayor importancia en el nivel local, es decir, en la base de la actividad pública, en la interacción del hombre con el Estado, lo cual lo hace más importante y dinámico, en cuanto se espera que la regulación urbanística realmente surja de manera concreta a esta altura de la organización estatal, por obvias razones de la inmediatez del orden público y el interés general con la propiedad y la cotidianidad humana. Establece precisamente el artículo 1 de la Ley 388 de 1997, que la producción normativa local en

materia urbana debe buscar ante todo colmar objetivos precisos, de acuerdo con las características y necesidades de cada municipalidad.

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

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

El principio de legalidad obtiene en consecuencia una nueva perspectiva en tratándose de las actuaciones relacionadas con el derecho urbanístico. En este sentido, se rompen las barreras de las simples finalidades estrictamente urbanas y se consolida como un área del derecho administrativo de inobjetable contenido territorial, mucho más comprensivo y coherente con las realidades integrales de las municipalidades, que se evidencia en la existencia de planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, de acuerdo con la categoría y tipo de municipio, al igual que con los instrumentos que las autoridades expidan para la debida ejecución de estas normas.

#### *F. La licencia urbanística, simple autorización o generadora de derechos*

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

y del gobierno nacional a través de la reglamentación amerita profundos reparos frente a la realidad del derecho positivo nacional. Es ante todo contradictoria.

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

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

Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Y bien es sabido que las normas de contenido policivo, como las del ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social.<sup>93</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

El urbanístico es un derecho vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, más allá de las fronteras de la conurbación; esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio, a la prevalencia imperativa, preservación y respeto

<sup>93</sup> Consejo de Estado, sección primera, sentencia de agosto 12 de 1999. CP. Juan Alberto Polo Figueroa. Rad: 5500.

de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a ésta, su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio.

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

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

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

Se sostiene en respuesta al problema jurídico planteado, que dados los presupuestos doctrinales y filosóficos del concepto de lo social aplicado al fenómeno estatal y lo perentorio de los contenidos del principio de Estado democrático, que fundan y sustentan el derecho urbanístico y territorial sobre consideraciones de carácter colectivo, que la concepción clásica de las teorías de los procedimientos administrativos y del acto administrativo, por lo menos, en cuanto respecta a su aplicación al ámbito de lo urbanístico y territorial, han sufrido una profunda y sustancial ruptura; un cambio cualitativo que va más allá del simple respeto y acatamiento de una legalidad fundada en el marco de los derechos subjetivos individualistas.

A la luz de estas nuevas concepciones del Estado y del derecho, las razones y naturaleza de los procedimientos administrativos y de la decisión urbanística se adentra en lo más profundo de la problemática material de los intereses de la comunidad, nutriéndose de los elementos pro-

pios de los intereses generales de los asociados, lo que lleva a que se sustenten, ahora, en un principio de legalidad entroncado en los derechos colectivos, los intereses difusos de la comunidad en el territorio y en la presencia y participación permanente de los asociados en los procedimientos urbanísticos y en los mecanismos de control de las decisiones generales y particulares que puedan incidir en sus derechos e intereses, adquiriendo por esta vía los asociados, legitimidad general, que implica, desde la perspectiva procesal, la consolidación del principio de la transparencia y de la apertura participativa en todas las instancias y actuaciones conformadoras u ordenadoras de la actividad urbanísticas o territorial.

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

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

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

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

Propuesta de aproximación a un concepto de licencia urbanística:

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

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

Las licencias urbanísticas se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento. La licencia urbanística justifica la preservación de un especial

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

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

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

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

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