

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. UNA PERSPECTIVA DESDE EL
ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN COLOMBIA**

CHRISTIAN FELIPE PINEDA CONTRERAS

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho, sede Tunja

Tunja, Colombia

2021

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. UNA PERSPECTIVA DESDE EL
ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN COLOMBIA**

CHRISTIAN PINEDA CONTRERAS

Tesis presentada como requisito para optar al título de:

Magister en Derecho

Administrativo

Director:

PhD. Doctor EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho, sede Tunja

Tunja, Colombia

2021

DEDICATORIA

“Un agradecimiento especial a Dios, Jesús, María santísima y los santos ángeles por haberme permitido culminar un logro más en mi vida, a mi familia mi madre, mi padre, mis hermanos por su apoyo incondicional, fueron momentos difíciles y de grandes sacrificios pero que hoy los vemos superados al alcanzar un logro más para toda mi familia.

A mi director de tesis y amigo Doctor Edmer Leandro López Peña, por su tiempo, orientación y apoyo brindado desde el inicio, y a todas las demás personas que, con sus experiencias, conocimientos me guiaron para la realización del presente trabajo”.

Gloria a Dios , Jesús , María Santísima y los Santos ángeles.

RESUMEN

Dentro del marco normativo que regula todo lo respectivo al ordenamiento territorial, existen artículos que conceden facultades discrecionales a la administración, v.g., son los artículos 13, 63, 103 de la ley 388 de 1997. Lo anterior, ha conllevado a distintas interpretaciones por parte de los administradores, para que, a través de potestades discrecionales, se logre un mayor aprovechamiento del territorio, del suelo, y de cada una de las riquezas que ostentan las diferentes comunidades y culturas.

En este sentido, se plantea como línea temática para desarrollar el presente trabajo la siguiente división: (I) El ordenamiento territorial. Su aplicación a través de la descentralización y autonomía administrativa. En este primer apartado, se pretende estudiar el marco normativo y jurisprudencia que ha tendido dentro de nuestro sistema jurídico, la descentralización y autonomía administrativa, la cual pretende la garantía de los diferentes fines esenciales del Estado, a cada uno de los ciudadanos dentro del territorio nacional; luego en la parte (II) La discrecionalidad administrativa: Concepto y control. Se exponen las bases teóricas que reconocen la discrecionalidad administrativa, al igual que los controles a la misma, pero también se busca exponer como ha sido la regulación en nuestro sistema legal, y la interpretación por parte de las altas cortes; donde, por último, en la parte (III) La discrecionalidad administrativa y su aplicación dentro del ordenamiento territorial: una potestad aceptada y reconocida, para el logro de los fines esenciales del Estado. Se demuestra, como la discrecionalidad administrativa se encuentra presente dentro del marco normativo respecto al ordenamiento territorial, asimismo, como el Consejo de Estado, como órgano superior de la jurisdicción contencioso administrativa, ha interpretado dichas potestades frente a los casos concretos,

En conclusión, cobra gran relevancia el estudio del marco normativo respecto al ordenamiento territorial nacional, con el fin de identificar los artículos que consagran una potestad discrecional en cabeza de la administración, y como la jurisprudencia, a través de casos particulares, ha resuelto las decisiones adoptadas por las diferentes corporaciones, quienes aplican la norma, en pro de los intereses generales y en consecuencia, el alcance de los fines esenciales del Estado.

ABSTRACT

Within the regulatory framework that regulates everything related to territorial ordering, there are articles, which grant discretionary powers to the administration, e.g., the articles 13, 63, 103 of Law 388 of 1997. The foregoing has led to different interpretations on the part of the administrators; so that, through discretionary powers, greater use of the territory, the land and each of the wealth held by the different communities and cultures is achieved.

In this sense, the following division is proposed as a thematic line to carry out this work: (I) Territorial ordering: Its application through decentralization and administrative autonomy. In this first section, it is intended to study the regulatory framework and jurisprudence, within our legal system, the decentralization and the administrative autonomy; which seeks to guarantee the different essential purposes of the State, to each of the citizens within the national territory. Then, (II) Administrative discretion: Concept and control. The theoretical bases that recognize administrative discretion are exposed, as well as the controls to it. It also seeks to expose how the regulation has been accomplished in our legal system and the interpretation made by the high courts. Finally, (III) The administrative discretion and its application within the territorial ordering: a power accepted and recognized because of the essential purposes achievement of the State. It is demonstrated, how the administrative discretion is presented within the normative framework regarding territorial ordering, likewise, how the Council of State, as the higher body of the contentious-administrative jurisdiction, has interpreted said powers in the face of specific cases.

In conclusion, the normative framework study regarding the national territorial order is highly relevant, in order to identify the articles that establish a discretionary power at the head of the administration and how jurisprudence, through particular cases, has solved the decisions made by the different corporations, which apply the rule, in favor of the general interests and, consequently, the scope of the essential purposes of the State.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
PREGUNTA PROBLEMA:	12
OBJETIVOS	12
Objetivo principal	12
Objetivo específico	12
HIPÓTESIS	13
METODOLOGÍA	14
CAPÍTULO 1. EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL, SU APLICACIÓN A TRAVÉS DE LA DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA	15
1.1. Análisis normativo de la descentralización territorial, para la consecución de los fines esenciales del Estado	17
1.2. La gestión territorial, como política pública, desarrollada a partir de un marco legal nacional para el correcto uso del espacio.	21
CAPÍTULO 2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y CONTROL	31
2.1. Desarrollo teórico y jurisprudencial, de la discrecionalidad administrativa.	35
2.2. Controles a la discrecionalidad administrativa.	38
2.2.1. Principios del derecho	39
2.2.2. Control judicial	39
2.3. La Discrecionalidad y sus confusiones respecto a la arbitrariedad	44
CAPÍTULO 3. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU APLICACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL: UNA POTESTAD ACEPTADA Y RECONOCIDA, PARA EL LOGRO DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO.	47
3.1. Los planes de ordenamiento territorial: Estudio del marco normativo y las potestades discrecionales en estos consagradas.	48
3.1.1. Los planes de ordenamiento territorial y los criterios por parte de la administración.	48
3.1.2. Limitación al derecho de dominio: Bienes inmuebles patrimonio arquitectónico	50
3.1.3. Áreas de conservación y protección de los recursos naturales	54
3.1.4. Expropiación administrativa	57
3.1.5. Cesiones urbanísticas obligatorias	59
3.2. La discrecionalidad administrativa en las licencias urbanísticas	64
3.2.1. Licencias de construcción: potestad reglada o discrecional	68

3.3. La Discrecionalidad Administrativa En La Construcción Del Ordenamiento Territorial	72
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	82
NORMATIVA	88

INTRODUCCIÓN

A través de la historia se ha discutido respecto a la existencia del Estado, y los elementos que componen el mismo, donde diferentes teóricos han discutidos sobre cuales son o no esenciales.

Dentro de estos elementos encontramos una sociedad, un orden jurídico, un soberano y un territorio. Este último, es entendido como un espacio temporal delimitado, donde las sociedades construyen y establecen: sus culturas, costumbres, lenguaje; pero también donde se demarca el espacio y las personas sobre las cuales se puede aplicar una norma jurídica, empero, este concepto ha sido revaluado a partir de la aplicación de normas internacionales, como también los Estado sin territorio¹.

A partir de la conformación del Estado colombiano, se observa que el mismo cuenta con unos límites políticos y geográficos, que le permiten conocer y comprender su territorio, esto con la finalidad de cumplir sus fines esenciales².

Sin embargo, por las extensiones del territorio, y dado que el Estado no puede brindar todos los servicios a la sociedad desde un solo punto, se crean figuras como la descentralización y autonomía administrativa, esto con la finalidad que los mismos entes territoriales, a partir de la geografía de su espacio territorial, y los recursos que del mismo se puedan generar, crear

¹ Como es el caso de judíos y su ocupación en una parte de Palestina, los cuales a pesar de tener una cultura, una lengua, y hasta una religión, no cuenta con un territorio propio delimitado.

² Uno de estos fines, es precisamente el derecho a una vivienda digna, y los servicios público domiciliarios que se encuentran concatenados al mismo, uno de los pilares que nos permiten entender la importancia que tiene para nuestro Estado el territorio, dado que a partir del mismo, además de brindar y proteger los derechos fundamentales, se abastece del mismo para producir bienes y servicios.

políticas que permiten un adecuado y correcto uso del suelo, siempre con el compromiso de lograr los fines esenciales del Estado.

Es por ello que, al momento de estudiar lo respectivo a la descentralización y ordenamiento territorial, nos encontramos con un marco normativo bastante nutrido, lo anterior, a partir del sistema constitucional y legal positivo que posee el Estado colombiano, teniendo a la Constitucional política como norma fundamental.

Lo anterior, a priori, le entrega al lector una idea sobre un sistema totalmente positivo, donde se considera que la administración solamente se encuentra supeditada al imperio de la ley, y no podrá adoptar decisiones distintas a las allí consagradas.

Pero lo anterior no es del todo cierto, ya que, durante la historia, bastantes doctrinas siempre han considerado que, a pesar de la existencia de una norma positiva, existe la discrecionalidad. Uno de los máximos exponentes de dicha teoría es el maestro García de Enterría (1962), el cual decía: “Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata.”.

En este sentido, es necesario analizar el marco normativo respecto a la gestión territorial, donde su propio articulado, guarda un conjunto de facultades y potestades, que les permiten a los administradores interpretar y aplicar la norma a los casos específicos que cada uno de aquellos encuentren, buscando un mayor uso y aprovechamiento del suelo, teniendo como base en todo momento, el principio del interés general.

Esta potestad, dentro de la administración, se conoce como discrecionalidad administrativa, la cual ha sido definida por el mismo Consejo de Estado: como el margen de relativa libertad

decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para complementar la norma estableciendo criterios objetivos donde se procura la máxima satisfacción posible del interés público (C.E. Sentencia 13074, Colom.)

Y es precisamente, dentro del gestión pública territorial, donde se encuentra un conjunto de normas que autorizan a la administración para que, a partir de la discrecionalidad, interpreten cada una de estas, dependiendo de las cualidades del territorio, su cultura, riquezas y demás, buscando siempre, un mayor aprovechamiento del suelo y con ello, proteger y abogar por el interés público general; empero, esta discrecionalidad debe contar con unos controles, en la medida que pueden ser afectados los derechos e intereses de los particulares.

En este sentido, se plantea como línea temática para desarrollar el presente trabajo la siguiente división: (I) El ordenamiento territorial. Su aplicación a través de la descentralización y autonomía administrativa. En este primer apartado, se pretende estudiar el marco normativo y jurisprudencia que ha tendido dentro de nuestro sistema jurídico, la descentralización y autonomía administrativa, la cual pretende la garantía de los diferentes fines esenciales del Estado, a cada uno de los ciudadanos dentro del territorio nacional; luego en la parte (II) La discrecionalidad administrativa: Concepto y control. Se exponen las bases teóricas que reconocen la discrecionalidad administrativa, al igual que los controles a la misma, pero también se busca exponer como ha sido la regulación en nuestro sistema legal, y la interpretación por parte de las altas cortes; donde, por último, en la parte (III) La discrecionalidad administrativa y su aplicación dentro del ordenamiento territorial: una potestad aceptada y reconocida, para el logro de los fines esenciales del Estado. Se demuestra, como la discrecionalidad administrativa se encuentra presente dentro del marco normativo respecto al ordenamiento territorial, asimismo, como el Consejo de Estado, como órgano

superior de la jurisdicción contencioso administrativa, ha interpretado dichas potestades frente a los casos concretos,

Finalmente, bajo la premisa que reconoce y aplica la discrecionalidad administrativa dentro del ordenamiento territorial, así como los principios que buscan controlar las actuaciones de la administración, el presente trabajo busca desarrollar el marco normativo respecto al ordenamiento territorial donde se encuentran consagradas ciertas potestades discrecionales, y como la administración, con base en el principio del intereses general, busca desarrollar cada una de aquellas, con el fin de garantizar un uso adecuado de los suelos y los recursos que cada una de las regiones posea.

PREGUNTA PROBLEMA:

¿Desde una perspectiva del sistema jurídico colombiano, existe discrecionalidad por parte de los entes territoriales municipales, para el desarrollo de sus ordenamientos territoriales?

OBJETIVOS

Objetivo principal

- Analizar el marco normativo para la gestión territorial, desde la protestad administrativa discrecional de las entidades territoriales en Colombia.

Objetivo específico

- Estudiar la jurisprudencia respecto a la descentralización territorial.
- Examinar la normativa y doctrina, frente al ordenamiento territorial municipal.
- Determinar el alcance de la discrecionalidad administrativa, en el desarrollo de los ordenamientos territoriales.

HIPÓTESIS

El ordenamiento territorial, visto como uno de los fines esenciales del Estado, está formado por un marco normativo propio del sistema positivo, el cual busca regular todos los componentes que hacen parte del mismo.

En este sentido, dadas las condiciones y particularidades de que gozan las diferentes regiones dentro del territorio nacional, se hace necesario consagrar dentro de las normas, una potestad discrecional para que los respectivos dirigentes, tomen las decisiones que mejor convengan a su comunidad, ya sea por su diversidad, cultura, costumbres; todo lo anterior, siempre dentro del marco legal.

Por lo anterior, dentro del marco normativo que regula todo lo respectivo al ordenamiento territorial, existen artículos que conceden facultades discrecionales a la administración, prueba de lo anterior, por nombrar algunos, son los artículos 13, 63, 103 de la ley 388 de 1997, lo anterior, permitiendo que a través de la potestad discrecionalidad se logre un mayor aprovechamiento del territorio, del suelo, y de cada una de las riquezas que ostentan las diferentes comunidades y culturas.

En conclusión, cobra gran relevancia el estudio del marco normativo respecto al ordenamiento territorial nacional, con el fin de identificar los artículos que consagran una potestad discrecional en cabeza del administrador, el cual deber velar por la protección del interés general, y en consecuencia, la materialización de los fines esenciales del Estado; asimismo, cobra importancia el análisis de la jurisprudencia nacional, y la resolución de conflictos que se han suscitado como consecuencia de la interpretación de los administradores.

METODOLOGÍA

Para la presente investigación se utilizó la metodología analítico-descriptiva, con enfoque crítico. Para la primera parte, se realizó un análisis de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema; y a partir de las mismas, se propone una crítica, donde si bien se acepta y reconoce la discrecionalidad, la misma genera un choque frente a otros derechos fundamentales, presentándose una prevalencia del interés general respecto del particular.

CAPÍTULO 1. EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL, SU APLICACIÓN A TRAVÉS DE LA DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA

Luego de la constitución de 1991, el Estado colombiano se organizó bajo la idea una república unitaria, descentralizada, donde la autonomía de sus entidades territoriales sería la piedra angular de esta nueva forma de Estado – Estado social de Derecho –, en la que los ciudadanos serían los encargados de construir cada uno de sus territorios.

En este sentido, nuestra norma de normas, estableció a los departamentos y municipios como entidades territoriales, a partir del principio de autonomía, la protección y materialización de los intereses generales y fines esenciales del Estado.

Ahora bien, antes de pasar a realizar el desarrollo normativo pertinente, debemos definir la figura de la descentralización, entendida “como la facultad que se otorga a las entidades públicas diferentes del Estado central para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones para que las ejerzan autónomamente” (Rodríguez, 1990, p. 62).

Seguidamente, encontramos que existen tres clases de descentralización: territorial, por servicios y por colaboración.

Frente a la descentralización territorial, se encuentra regulada en los artículos 1, 286, 287 y 311 de la Constitución política, y es entendida como el otorgamiento o transferencia de competencias, recursos y capacidades por parte de la Nación a los departamentos, distritos y municipios, para que dentro de su autonomía y responsabilidad garanticen el bienestar de sus

habitantes de acuerdo a las funciones y competencias otorgadas por el nivel central, tales como servicios públicos, infraestructura y demás (Sánchez, 2009, p. 20).

En cuanto a la descentralización por servicios, consagrada en el artículo 210 de la carta magna, se caracteriza por la transferencia de funciones y competencias del nivel central, a ciertas entidades, las cuales tienen como fin la prestación de servicios públicos, y se encuentran dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y son constituidas únicamente por orden legal (Castañeda, 2014, p. 29).

Finalmente, sobre la descentralización por colaboración, es la transferencia por parte del Estado de la responsabilidad de prestar servicios públicos a cargo de los particulares, conforme las funciones que señale la ley, de forma eficiente y eficaz, creando conexiones entre el Estado y los ciudadanos a través de la institucionalización de mecanismos de participación popular (Sánchez, 2009, p. 20).

Ahora bien, en cuanto al principio de autonomía, que otorga la descentralización, su definición no ha sido absoluta, dado que, por una parte de la doctrina, el mismo es concebido como aquella prerrogativa necesaria con la cual debe contar la administración, para la consecución de los fines esenciales, empero, por otra parte de la doctrina, han recibido esta definición como una legitimación de la administración, para desarrollar los fines que ellos consideren pertinentes, entrando en la discrecionalidad y las ambigüedades, por ello, consideran la necesidad de reglamentar el derecho sobre el cual se fundamenta dicha autonomía como se expondrá adelante. Igualmente, este derecho positivizado, no elimina la discrecionalidad que se encuentra presente en cada uno de las decisiones dentro de la administración pública.

1.1. Análisis normativo de la descentralización territorial, para la consecución de los fines esenciales del Estado

El Estado colombiano, arropado bajo el sistema constitucional, se encuentra supeditado a regular cada una de los principios, fines del Estado, lo anterior, con la finalidad de garantizar y proteger los derechos de cada uno de los ciudadanos.

Luego de diferentes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, el principio de autonomía se concibe actualmente no sólo como un término ligado a la potestad de autonormación, ya sean normas jurídicas individuales u ordenamientos jurídicos completos, sino como la capacidad de autodirección o auto orientación, tanto política como administrativa, del ente autónomo (Robledo, 2006, p. 130).

Aún así, nuestro órgano legislativo, busca regular el mayor número de actividades, más aún delegadas, esto con el fin de mantener un sistema de seguridad jurídica. Por ello, como resultado del principio de autonomía del cual gozan los entes territoriales, se ha expedido un marco normativo considerable, con el fin de delimitar cada una de las funciones y competencias, siempre bajo los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Inicialmente hay que señalar, que luego de la promulgación de la constitución de 1991, hubo diferentes desacuerdos al momento de proferir la ley 69 de 1993, la cual sería sancionada dos años siguientes a la carta magna. Esta ley orgánica de ordenamiento territorial, establece las competencias de cada uno de los departamentos, municipios y distritos, con su respectiva participación fiscal, dentro del presupuesto nacional.

Sin embargo, a diferencia de los fines que tenía planteada la constitución, la ley 60 no cumplió las expectativas, dado que no reguló lo respectivo a las provincias, regiones y entidades territoriales indígenas, consagrando únicamente los tres niveles anteriormente suscitados. Aún así, esta ley fue más allá, al crear la Comisión de Ordenamiento Territorial (en adelante COT), adicional a la posibilidad de crear comisiones regionales de ordenamiento territorial, las cuales brinden su apoyo a las diferentes administraciones, en la formulación de proyectos respecto al ordenamiento territorial y demás acciones concordantes (Duque, 2012, p. 183).

Luego, con la sanción de la ley 136 de 1994, se actualiza la organización y funcionamiento de los municipios. Estableciendo los requisitos para la creación de cada uno de los municipios, las categorías a las cuales pertenecen y con ello la conformación de cada uno de los concejos municipales, estableciendo además un régimen de inhabilidades para los alcaldes.

Es ley cobra gran importancia dentro del Estado social de derecho, en la medida que los municipios se encuentran como la entidad administrativa con mayor acercamiento de la población, y sobre la cual se encuentran el mayor número de funciones y competencias, esto con el fin de lograr alcanzar y materializar cada uno de los fines esenciales del Estado.

Como hechos relevantes, en relación a la investigación, se encuentra la inclusión de los principios de eficacia, eficiencia, publicidad y transparencia, moralidad, responsabilidad e imparcialidad (Art. 5, Ley 136 de 1994, Colom.). Los mismos son establecidos como reglas bajo las cuales se deberá desarrollar la administración, sin embargo, son los mismos los que permiten a los dirigentes cierta ambigüedad en la toma de sus decisiones.

Seguidamente, se señala dentro del artículo 74 de la ley supra, que los planes de desarrollo³, deben estar conforme a la ley de ordenamiento territorial, la cual será estudiada más adelante.

Con la promulgación de la ley 1551 de 2012, se esperaba un gran avance hacia la materialización de la discrecionalidad administrativa, sin embargo, estos deseos solamente quedaron en expectativas, dado que no fue posible atizar cada uno de los presupuestos que se tenían planteados.

Como hechos relevantes que trajo la ley en estudio, fueron: el ensayo de una nueva modalidad de gobierno local, la tenue intervención que realiza sobre la categorización de los municipios y los requisitos de número de población que deben cumplir para crear nuevos municipios.

Aún así, la ley exige a los municipios inicialmente, el cumplimiento de las competencias asignadas, como también incentivar el comercio, el consumo interno, así como el turismo, sin embargo, para cumplir con los mismos, las entidades requieren recursos, los cuales se encuentran supeditados a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda, quien a través de la promulgación de leyes, niega dichos aumentos, esto con el fin de mantener el equilibrio en las finanzas municipales.

En términos generales la ley no modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, tampoco cumple con el objetivo de regular la legislación normativa; por el contrario, se limita a hacer unas enmiendas y discretas adiciones al régimen municipal, quedando en esencia, igual que antes (Hernández, 2015, p. 14).

³ Entendidos como aquellos donde se materializan los planes de gobierno del candidato electo, donde además se pretende, estar de acuerdo con las necesidades del municipio,

A partir de las tres divisiones territoriales presentadas ab initio, la ley 1617 de 2013, busca dotar a los distritos de las facultades, instrumentos y recursos que les permitan cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, así como promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos propios de su sistema.

Con esta ley se crean además de los distritos de Bogotá, Barranquilla, Santa Marta y Cartagena, se creó el distrito de Buenaventura. Sin embargo, con la sanción presidencial, y en su afán de desarrollar los fines del Estado, se creó una política pública menos rigurosa para el otorgamiento de dicha categoría, lo que impulsó a muchos municipios a optar tal reconocimiento, generando la incertidumbre sobre cuales son los fines verdaderos de estas entidades territoriales.

Finalmente, dentro del desarrollo normativo relativo a la discrecionalidad de las entidades territoriales, nos encontramos con la ley 1625 de 2013 por medio de la cual se crea el régimen para las Áreas metropolitanas.

Las Áreas Metropolitanas son entidades administrativas de derecho público, formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo, vinculados entre sí por dinámicas e interrelaciones territoriales, ambientales, económicas, sociales, demográficas, culturales y tecnológicas que para la programación y coordinación de su desarrollo sustentable, desarrollo humano, ordenamiento territorial y racional prestación de servicios públicos requieren una administración coordinada (Art. 2, Ley 1625 de 2013, Colom.).

Aunque la ley pretende una mayor materialización de la discrecionalidad, esto a partir que las entidades conjuntas y las decisiones que las mismas puedan adoptar, aquello no es del todo posible, en la medida que el municipio núcleo, tendrá mayor poder de decisión, lo cual no garantiza que ejecute la utilidad de los municipios periferia; sin contar que muchas de estas áreas, deberá realizar un pago adicional al impuesto predial, en atención al número de habitantes con el que cuenten.

Aún así, desde una posición ontológica, se puede rescatar que el marco normativo sobre las áreas metropolitanas, responden a la reforma constitucional de elección popular de autoridades locales dado que en la actualidad dicha normativa tiene componentes centralistas –como la formulación de planes de largo plazo que deben seguir todos sus miembros–, y policéntricos –como la junta metropolitana como espacio de discusión de intervenciones de política–, lo que promueva la cooperación entre los municipios de forma sostenible (Roldán, 2017, p. 131)

1.2. La gestión territorial, como política pública, desarrollada a partir de un marco legal nacional para el correcto uso del espacio.

Para el tema que nos atañe, uno de los fundamentos a través del cual, se les otorgó a los entes territoriales su autonomía, fue la organización de su territorio de conformidad a las recursos, capacidades y necesidades de sus ciudadanos.

Es por ello que se realizará un desarrollo normativo, en cuanto a la legislación que desarrolla y regula todo lo referente a organización territorial.

Con la expedición de la Ley Orgánica 152 de 1994, se establece que los municipios además de contar con Planes de Desarrollo también deben tener un Plan de Ordenamiento Territorial y demás acciones político-administrativas, de planificación física a través de instrumentos que permitan el desarrollo y crecimiento de los municipios (Miranda, 2015, p. 4).

En cuanto a los planes de desarrollo, los debemos entender como aquellos instrumentos sobre el cuales la nación y los entes territoriales, desarrollarán cada uno de los proyectos y programas propuestos para sus periodos de gobierno el cual, hasta el momento, son de cuatro años en cualquiera de los casos.

Asimismo, establece los principios sobre los cuales se deberán fundamentar los distintos planes de desarrollo, siendo estos: autonomía, ordenación de competencias, coordinación, consistencia, prioridad del gasto público social, continuidad, participación, sustentabilidad ambiental, desarrollo armónico de las regiones, proceso de planeación, eficiencia, viabilidad, coherencia, conformación de los planes de desarrollo (Art. 3, Ley 152 de 1994, Colom.).

La ley crea la necesidad de enlazar al gobierno nacional con los diferentes entes territoriales, en la medida que, antes de adoptarlos deber existir una concertación. Asimismo, se crea al Consejo Nacional de Planeación, el cual además de estar conformado por los representantes territoriales, tendrá una participación activa de los diferentes sectores, principalmente de la ciudadanía. Otro aspecto a tener en cuenta es el carácter especial de la Ley 152 respecto al Plan Nacional de Inversiones que le da prioridad y prelación sobre otras leyes en relación a la necesidad de sujeción de las proposiciones de desarrollo al presupuesto oficial (Miranda, 2015, p. 6).

Frente a la participación ciudadana, como unos de los pilares a desarrollar por parte de la ley en análisis, encontramos a Clemente y otros autores, quienes sostienen que

la población debe contar con la posibilidad de decidir sobre qué tipo de bienes, calidad y forma se van a proveer, para ello se plantea: la eliminación de las asimetrías de la información; la posibilidad que los ciudadanos generen procesos de discusión sobre los programas a ejecutar por parte del Estado; y establecer mecanismos de control sobre los representantes elegidos, para verificar el cumplimiento de los acuerdos establecidos de tal forma que a través de la participación se concierten los fines del Estado (Forero, Clemente, Jiménez, Ortiz, Pulido, 1997, p. 100).

Para cada uno de los planes de ordenamiento, contarán con la participación de varios actores, a nivel nacional: será el congreso de la república y el Consejo Nacional de Planeación; a nivel territorial, comenzando con los departamentos: la autoridad competente de su aprobación a priori será la asamblea departamental; y siguiendo con los municipios: esta será el concejo municipal. En cuanto a su aplicación, deberán cumplir con las etapas de: elaboración, aprobación, ejecución y evaluación.

Sin embargo, es precisamente en lo material, donde se observa la poca participación de la ciudadanía, dado que los órganos de participación, v.g. el CNP, no permiten la transmisión directa de las necesidades de la comunidad a los gobernantes.

En conclusión, tomando las consideraciones por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-015/96, señala

El Plan, entonces, no es el resultado exclusivo de trabajos técnicos y económicos elaborados en el interior del Gobierno, ni tampoco el de las deliberaciones que tienen lugar en el congreso, sino que incorpora, por mandato constitucional, el concepto y análisis de un foro deliberante y libre (ciudadanos) que representa a los asociados, cuyo interés en el proceso de planeación es incuestionable en cuanto los afecta de forma directa (C.C. Sentencia C-015/96, Colom.).

A través de la historia, existieron por parte de diferentes autores, diversas teorías sobre el Estado moderno, el cual debía tener diferentes componentes, como una sociedad humana, un orden jurídico, un soberano, pero sobre todo un territorio delimitado, sobre el cual desarrollar cada una de los fines sociales de la comunidad.⁴

Por lo anterior, el territorio es considerado como un espacio determinado el cual le pertenece exclusivamente a una sociedad, respecto al área ocupada por otras organizaciones; este territorio además, deber contar con los medios suficientes para satisfacer las necesidades materiales de la población, donde el Estado es el responsable directo de cumplir con dichas obligaciones específicas; asimismo, el Estado, dentro de su territorio, está capacitado para vigilar y controlar a los habitantes que se encuentren dentro del mismo (Porrúa, 2005, p. 279).

Precisamente, con la finalidad de regular el territorio colombiano, se expidió la ley 388 de 1997, la cual tenía como fin, además de armonizar las disposiciones de la ley 9 de 1989, establecer mecanismos, que le permitan a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial

⁴ Adoptando la teoría social y contractualista de los autores Rousseau y John Locke respectivamente.

(Núm. 2, Art. 1, Ley 388 de 1997). Garantizando, además, uno de los fines del Estado: la propiedad privada, y con ello el cumplimiento del derecho fundamental a la: vivienda digna y los servicios públicos domiciliarios.

Se resalta a comparación de las anteriores normas descritas, que la ley sobre ordenamiento territorial, no guarda ningún tipo de principio sobre el cual se pueda estructurar las políticas públicas, para la concreción de los fines del Estado.

Ahora bien, luego de la aprobación y ejecución de los primeros planes de ordenamiento territorial⁵, se encuentra dentro del informe entregado en el CONPES 3305 de 2004, varios puntos: inicialmente, se identifica una escasez de suelo urbanizable, luego, la urbanización informal y el déficit de vivienda, los anteriores han sido características del sistema urbano colombiano.

El documento hace un balance específico sobre el componente suelo con las siguientes conclusiones:

- Había subutilización del suelo urbano consolidado y de expansión urbana,
- Algunas de las normas urbanísticas limitaban el desarrollo de Vivienda de Interés Social,

⁵ La mayoría de los primeros planes de ordenamiento territorial de Colombia fueron aprobados entre los años 2000 y 2003, y son conocidos como POT de ‘primera generación’. Como la vigencia de estos es de 12 años (equivalentes a tres periodos de gobierno), a corte de 31 de diciembre del 2015, el 80 por ciento de los municipios del país tenían el POT vencido. “En la formulación de los primeros POT se improvisó. Los municipios no sabían bien cómo formularlo. Algunos lo hicieron a las carreras, otros lo copiaron, pocos hicieron bien la tarea; la conclusión es que los primeros POT son de muy mala calidad y no promovieron el desarrollo de los municipios”, enfatizó Diana Muñoz, gerente del programa POT Modernos, de Planeación Nacional (El Tiempo, 2016).

- Se tenía baja capacidad de gestión de los municipios y poca articulación con el nivel regional,
- Se estaban presentando conflictos de uso del suelo urbano, especialmente en áreas de suelo de protección (Consejo nacional de política económica y social [CONPES 3305], 2004, p. 10).

Con la regulación y ordenamiento del territorio, por parte de las administraciones, se busca igualmente incentivar el desarrollo urbano y con ello mejor funcionamiento del suelo, que pueda permitir tanto al Estado en primera instancia, como a los privados, una participación del suelo, v.g. la ley 1537 de 2012, la cual permite a los privados una participación verdadera del suelo, a través de la construcción de vivienda digna, específica vivienda de interés social – VIS – y vivienda de interés prioritario – VIP –.

Una de las mayores incidencias que ha tenido esta ley es la clasificación del suelo por parte de los entes territoriales, lo cual ha limitado la expansión urbana.

Señala el Departamento Nacional de Planeación

La determinación de perímetros urbanos vinculados a la disponibilidad de servicios públicos, las exigencias en materia de justificar áreas de expansión urbana y el establecimiento de categorías como suelo suburbano, de expansión y de protección se perciben como decisiones que significan una contención del suelo urbanizable disponible, lo cual para algunos ha producido escasez del mismo y ha alentado la aparición de mercados informales del suelo; sin embargo se trata de medidas que buscan formas más racionales y sostenibles de ocupación territorial (2013, p. 12)

Otra de las inferencias relevantes de la ley supra, son los planes parciales y los macro proyectos urbanos, donde los primeros buscan evitar la fragmentación del espacio territorial, en áreas inservibles, donde no sea posible su urbanización y futura edificabilidad, de acuerdo a los planes de uso.

Los planes parciales tienen importantes implicaciones frente a la clasificación y utilización de los suelos, por lo siguiente

- Obligan a la integración, englobe o ajuste de los predios y reconfiguración de la propiedad.
- Incluyen un régimen de cargas urbanísticas para mejorar la oferta del espacio urbano y asegurara que los particulares aporten a conformar suelo e infraestructura pública.
- Permiten sistemas más equitativos de participación entre propietarios y constructores
- Facilitan la captura de plusvalías por causas de desarrollo urbanístico y mejores aprovechamientos (Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 12)

En este sentido, a través de la figura de la plusvalía⁶, se busca la materialización de cada uno de propósitos de la presente ley como el acceso a vías públicas, el transporte público, la vivienda digna, el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, y de más. Pues el régimen urbanístico colombiano ya no permite, como desafortunadamente ocurría en el pasado, otorgar licencias de uso y edificabilidad de manera gratuita, sin que haya

⁶ Entendido como el incremento en el valor del suelo, derivado de los beneficios que generan las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, y del cual son beneficiarias cada una de las entidades públicas.

contraprestación alguna del propietario de suelo (Maldonado & Pinilla & Rodríguez & Valencia, 2006, p. 14).

Largo tiempo y varios proyectos fracasaron para la concreción de la norma orgánica de ordenamiento territorial, sancionada con la ley 1454 de 2011, empero, esto resulta un sofisma, dado que dicha norma no brinda nada nuevo al ordenamiento legal en cuanto al desarrollo territorial, y por el contrario, resalta por su omisión legislativa absoluta frente a las entidades territoriales del artículo 307 de la carta magna y los entes territoriales indígenas, tal como fue expuesto dentro de una demanda de constitucionalidad.

Tanto de rescatar algunos hechos relevantes de la norma supra, encontramos la inclusión de principios, los mismos que habían sido extrañados en normas anteriormente analizadas. Asimismo, crea sistemas asociativos territoriales, con la finalidad de lograr la prestación adecuada de los servicios públicos domiciliarios, funciones administrativas, entre otras.

Y es precisamente esos puntos los únicos que se pueden resaltar en esta oportunidad, dado que el resto de artículo – que tampoco es mucho – es la traslación de fines y definiciones brindadas en normas anteriores, es por ello la desilusión y el imposible de llamar a esta ley, como norma orgánica de ordenamiento territorial.

Aunando a lo anterior, la presente norma fue demandada por medio de la acción de constitucionalidad, donde la Corte Constitucional señaló la existencia de una omisión absoluta dentro de la en cuestión, no obstante, la corte se declaró inhibida al no poder pronunciarse sobre algo que no existe, y en consecuencia, exhortó al congreso para regular lo pertinente a las entidades territoriales omitidas, regulación que a la fecha no se ha realizado.

En cuanto a la omisión absoluta de regulación de los contenidos establecidos en los artículos 307 y 329 de la C.P. en la Ley 1454 de 2011 y la explicación del fallo inhibitorio con relación a este cargo se evidencia que con la expedición de la Ley 1454 de 2011, el Congreso incurrió en una omisión legislativa absoluta al no desarrollar en dicha ley los contenidos establecidos en los artículos 307 y 329 de la C.P., que se refieren respectivamente al establecimiento de regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas (C.C. Sentencia C-489/12, Colom.).

Todo este recuento que hasta el momento se ha tratado, es fundamental para poder entender, en primera medida, como las entidades territoriales son las encargadas de organizar y desarrollar cada uno de sus territorios, lo anterior, a través de los respectivos planes de ordenamiento, los cuales buscan desarrollar cada uno de estos espacios, teniendo en cuenta las características y recursos que se ofrezcan.

Será el POT, el documento bajo el cual se señalarán las zonas susceptibles de urbanización, donde podrán intervenir la misma entidad o cualquier órgano competente, al igual que los particulares que tengan intereses; siempre protegiendo las zonas clasificadas como suelo de protección⁷, asimismo los predios que se hayan desarrollado por procesos de urbanización o construcción con fundamento en actos administrativos expedidos por las autoridades competentes; las zonas o barrios consolidados con edificaciones, y los asentamientos de hecho que deban ser objeto de procesos de legalización y regularización urbanística previstos en la ley (Parágrafo, art. 2.2.2.1.4.1.2., Decreto 1077 de 2015, Colom.).

⁷ Artículo 35 de la ley 388 de 1997.

Una vez expuesto el marco normativo, respecto al ordenamiento territorial, encontramos un conjunto de artículos que demarcan, de una forma general, los fines que deben cumplir los diferentes entes territoriales, a partir de la autonomía de que gozan cada uno de ellos.

Y es precisamente a partir de la autonomía, que los diferentes planes de desarrollo y planes de ordenamiento territorial, deben ser adecuados a las necesidades como también a los recursos que haya en el determinado territorio, por lo anterior, es posible dentro de un marco normativo positivo, encontrar artículos que faculden en cabeza de los administradores, la potestad de regular su territorio conforme sus planes, siempre dentro de unos determinados límites.

Por lo anteriormente señalado, cobra gran relevancia el estudio de la figura de la discrecionalidad administrativa, dado que la misma le permitirá a la administración adoptar las decisiones que mayor beneficio traigan a su comunidad, conforme las cualidades del suelo, sus riquezas, culturas y demás características propias de su región o zona geográfica, siempre en pro del interés general; por ello, se pasará a exponer como reconoce y desarrolla la ley, la jurisprudencia y la doctrina, la discrecionalidad administrativa dentro de nuestro territorio nacional, para con ello, poder encontrar las situaciones jurídicas aplicables dentro del ordenamiento territorial.

CAPÍTULO 2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y CONTROL

A través del presente capítulo, se busca estudiar la figura de la discrecionalidad administrativa dentro del ordenamiento nacional, la cual a priori, es negada por una parte de la doctrina, no obstante, nuestra normativa la recoge y aplica para casos determinados, tal como lo sostiene la misma jurisprudencia, y se pasará a exponer en las siguientes líneas.

Así como el significado lexical del término ‘discrecional’ se define como “aquello que no está sometido a regla sino que depende del criterio de una persona o autoridad dada” (Seco & Ramos, 1999).

La cualidad discrecional de un acto administrativo se puede definir, al menos inicialmente, en oposición al acto administrativo reglado. Mientras que el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad (Navarro, 2014, p. 201).

La discrecionalidad administrativa es un tema que hasta la fecha, sigue generando polémica por parte de los diferentes doctrinantes.

Por una parte, quienes la aceptan, consideran que aquella es necesaria para la consecución de los fines del estado, mientras quienes la niegan, sostienen que, ante la existencia un sistema normativo, todas las actuaciones de la administración se encuentran regladas, motivo por el

cual no es posible concebir dicha discrecionalidad, so pena, que los intereses subjetivos por parte de cada una de las personas que tengan poder decisorio, se antepongan a los intereses generales.

En un punto intermedio, encontramos a López, quien señala que la discrecionalidad administrativa, a razón de su naturaleza misma, se circunscribe a la existencia de un margen de decisión plural, siendo este jurídicamente admisible para la administración (2015, p. 24).

En este mismo sentido, escribió García, al sostener

“Al haberse conferido una potestad discrecional] no ha derogado para ella [La administración] la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la administración (...)” (García de Enterría, 1962, p. 170).

Como un punto intermedio entre las dos corrientes doctrinales al inicio planteadas encontramos a Parejo (citado en Marín (2007, p. 163)), quien anota que la discrecionalidad “consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad” dentro del cual, “pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas y conformes con el derecho aplicable”.

Finalmente, se puede sostener que la administración entonces, al hacer uso de la discrecionalidad podrá optar por tomar una decisión que lo aproxime al logro del interés general, lo cual constituye el punto de partida y de finalización de todo el aparato estatal. De tal manera que, la discrecionalidad no sólo está circunscrita a una norma jurídica que la faculta a actuar, sino que también, tiene la posibilidad de acomodarse según la posibilidad

que le da la misma ley, para que se ajuste a circunstancias de modo, tiempo, lugar y demás factores relevantes, para la consecución del objetivo social (Castro, 2015, p. 18).

En efecto, aparte de las fórmulas elásticas que entrañan conceptos jurídicos indeterminados (aunque legalmente hayan sido objeto de una predeterminación legal) que, en principio, admiten sólo una decisión justa o un conjunto limitado de decisiones razonablemente posibles, lo cierto es que ya sea por la existencia de lagunas normativas o la presencia de normas oscuras, imperfectas o incompletas, el órgano administrativo no actúa siempre en función a conductas predeterminadas en forma expresa o implícita por la norma. Incluso, en ciertas ocasiones y a condición de no vulnerar garantías fundamentales de la Constitución, el órgano administrativo debe determinar el sentido de la finalidad del acto conforme al principio de la especialidad⁸. De un modo u otro, la Administración participa activamente en el proceso de creación del derecho (p. 18)

Este tema igualmente ha tenido sus pronunciamientos dentro de la jurisprudencia nacional, la cual ha entendido o aceptado la discrecionalidad como una potestad, la cual emana de una ley – lo que podría ser considerado como discrecionalidad reglada – y recae sobre un sujeto determinado, el cual, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, deberá adecuar sus actos administrativos en pro de los intereses colectivos.

⁸ Véase lo que decimos en nuestro Derecho Administrativo, Tº I, 8º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 253-254.

En este sentido se pronunció el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, al argumentar

Tener un reglamento rígido absoluto es imposible, ya que la norma no puede preveer y pronosticar todas las formas de relaciones y consecuencias de las mismas. Hay situaciones y casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar y juzgar las circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia (C.C. Sentencia C-031/95, Colom.).

Precisamente, el Consejo de Estado como órgano de cierre de lo contencioso administrativo, no ha sido ajeno a la discrecionalidad, donde su misma norma especial, consagra dicha potestad sobre la administración, siempre y cuando se cumpla con el espíritu de la norma.

[L]a jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la

discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad” (C.E. Sentencia 4578-16, Colom.).

Es claro que si bien la norma y la jurisprudencia, reconocen y aceptan la discrecionalidad, también es claro que frente a la misma anteponen tres determinantes para que, las decisiones subjetivas que adopte la administración, se encuentren dentro del marco de legalidad, donde se resalta la razonabilidad, entendida ésta, “como la cualidad de un acto o decisión que se ajusta a lo esperable o aceptable en atención a su motivación y a los antecedentes conocidos” (Real Academia Española, sf, definición 1).

Sin embargo, esta definición no puede ser tomada a raja tabla, dado que las decisiones que adopta la administración, varían de conformidad a las situaciones y los intereses generales que hayan de por medio, tal como lo ha sostenido el mismo órgano contencioso administrativo.

Ahora bien, tomando la obviamente la corriente que reconoce la discrecionalidad dentro de la administración, aquella establece mecanismos a través de los cuales, se controlen las decisiones subjetivas que puedan ser adoptadas por el administrador, señalando en primera medida, los principios, y en últimas instancias, el control judicial.

2.1. Desarrollo teórico y jurisprudencial, de la discrecionalidad administrativa.

Esta concepción diferencial nace dentro del Consejo de Estado, exactamente dentro de la Sección tercera, al entender que, si bien la norma es la que concede a la administración la posibilidad de adoptar decisiones conforme al supuesto de hecho en concreto, el órgano de cierre considera que la misma norma presenta dos formas de discrecionalidad.

En cuanto a la discrecionalidad material, es entendida como aquella ley positiva la cual, de forma taxativa, le otorga la potestad a la administración de resolver el caso conforme a los hechos y circunstancias que rodeen al mismos. Contrario sensu de la discrecionalidad formal – negativa –, donde la ley presenta una laguna, motivo por el cual, el administrador deberá resolver de conformidad.

Así lo sostuvo el Consejo de Estado al fallar

En las definiciones materiales o positivas, el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley. Para este tipo, la autorización se confiere –expresa o implícitamente– a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre la solución más adecuada para la satisfacción del interés público.

Por su parte, las catalogadas como definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad, ponen el acento no ya en el objeto de la misma –esto es, como se veía, la apreciación o integración del interés público en el caso concreto–, sino en la *forma* en que se configura, entendiéndosela como un espacio o ámbito de decisión no regulado o regulado solo de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, por tanto, ha decidido otorgar a la Administración (C.E. Sentencia, 1995-03074-01(13074), Colom.).

Este tipo de circunstancias las podemos ver en el desarrollo normativo hasta el momento realizado, donde muchas normas guardan dentro de su articulado, la facultad en cabeza de la

administración, para resolver los casos específicos conforme considere se proteja en mayor forma el interés general, asimismo, encontramos normas que guardan silencio absoluto, lo que la jurisprudencia ha denominado omisión legislativa absoluta o relativa, permitiendo a los competentes, tomar decisiones, dentro de un marco legal, pero a conformidad personal, donde en casos pueda perjudicar el interés general.

Ahora bien, reconociendo la existencia de una norma que faculta a los administradores la toma de decisiones conforme factores subjetivos, pero que deben ir encaminados hacia la protección del interés general; se hace necesaria la existencia de controles de fondo para la discrecionalidad administrativa, como afirma el Doctor López: hechos determinantes, principios generales del derecho y conceptos jurídicos indeterminados (2015, p. 73).

Por ello, se reconoce que la discrecionalidad administrativa no es absoluta, contrario sensu, tiene límites desde los principios de legalidad, mismos que en su momento eran negados al considerar que los actos de la administración no podrían ser sujetos de control por parte del órgano judicial; concepto ampliamente rebatido a la fecha, tal como se desprende de los medios de control.

En este sentido, se entiende el concepto de discrecionalidad, como aquella potestad por medio de la cual los entes de control adoptan una decisión entre una o más variantes, las cuales pueden estar debidamente regladas o ampliamente entregadas a la discrecionalidad de los órganos administrativos, podemos encontrar distintas clases de discrecionalidad dentro de las teorías doctrinales.

Según Dworkin, hay una discrecionalidad débil y otra fuerte. La primera, denominada instrumental por Desdentado (1999, p. 52), se refiere a los supuestos en que las normas no

permiten una aplicación mecánica, sino que exigen una operación de discernimiento (1999, p. 84), como ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En dicho ejemplo y en otros similares, la discrecionalidad instrumental está limitada por estándares que le son impuestos al órgano administrativo a diferencia de la llamada discrecionalidad fuerte, en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra (Desdentado, 1999, p. 52).

Hay que advertir, empero, que la llamada discrecionalidad fuerte “no equivale a una libertad sin límites” y que, en cualquier caso, ella debe desenvolverse respetando “ciertos estándares de racionalidad, justicia, y eficacia” (Dworkin, 1984, p. 83 y ss.).

2.2. Controles a la discrecionalidad administrativa.

En este punto tenemos claro de la existencia de la discrecionalidad administrativa, y como esta se encuentra desarrollada por la normativa y jurisprudencia nacional. Ahora bien, respecto a los doctrinantes que reconocen la discrecionalidad, señalan la necesidad de controlar la misma, dado que, si bien se pueden tomar decisiones desde un ámbito subjetivo, estas siempre se puedan enmarcar dentro del marco de la legalidad.

Tomando la teoría de Arias, encontramos dos fuentes para controlar la discrecionalidad administrativa: primero, los límites “naturales” o intrínsecos, propios de las particularidades que entraña; y un conjunto de límites “relacionales” o extrínsecos que son el resultado de su ejercicio e interacción con lo social (2010, p. 144)

2.2.1. Principios del derecho

En primera medida, como límites naturales, nos encontramos con los principios del derecho, ubicados en la mayoría de la normativa nacional, entendiendo el estado social de derecho en el cual nos encontramos, donde se busca garantizar la prestación del respectivo servicio para el cual se profirió la ley.

Uno de los principios sobre el cual se basa todo acto de la administración, es el de la legalidad, el cual no funciona como un mero límite externo del ejercicio de la administración, sino como el presupuesto de su validez, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico (Campolieti, 2016, p. 112).

De la mano con el principio de legalidad se presente el principio de interés público, ese elemento de adecuación al fin realza de manera concluyente el elemento teológico que caracteriza la rama administrativa y deriva, o bien de la norma jurídica que habilita el ejercicio discrecional, o en última instancia del ordenamiento en su conjunto que determina cuáles son los fines públicos a cumplimentar por la administración (Arias, 2010, p. 144).

Siendo estos los principios generales que se encuentran dentro de la administración pública, no se pueden dejar de lado, los principios sobre los cuales se funda el Consejo de Estado, como son la taxatividad, la proporcionalidad y la razonabilidad.

2.2.2. Control judicial

Seguidamente, siguiendo con la teoría ab initio, encontramos como límites externos, los controles judiciales que se realizan por el órgano judicial – siguiendo la teoría de la división de poderes – en la medida que los actos administrativos discrecionales al tener efectos sobre

la sociedad, reconociendo o negando un derecho, estando conforme o no al interés general, son susceptibles de control por parte de autoridad judicial competente.

El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo⁹, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades (García de Enterría, 1962, pp. 179-180).

Así, pues, sostiene el juez controla en sentido amplio la legitimidad del acto administrativo, pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente. La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes (Gordillo, 2014, 187).

Empero, a partir de nuestro sistema tripartito, la teoría del control judicial no fue aceptado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, bajo la teoría clásica de división de poderes, donde el órgano judicial no puede controlar los actos discrecionales de la administración, pues estaría incurriendo en una intromisión. Por lo mismo, no era exigible la motivación de dichos actos, los cuales quedaban fuera del alcance de un control judicial

⁹ Pues, como ha notado justamente SCHEUNER, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats, pág. 252. «sin un campo libre a la iniciativa configuradora y a la elección ninguna administración puede actuar eficazmente para la satisfacción de las necesidades de la vida moderna. El polo opuesto sería... la uniformización mecánica de todas las medidas y prestaciones de la autoridad, según preceptos normalizarlos exactamente fijados, y con ello la enervante igualización e inmovilidad de un Leviatán burocrático».

Se trata, entonces, de una evolución necesaria de dos criterios fundamentales: por un lado, el control de arbitrariedad en el resultado de la decisión y, por otro lado, el control de la arbitrariedad como simple ausencia de motivación¹⁰. Por tanto, autores como Ponce Solé¹¹ menciona que el juez debe evitar la arbitrariedad tanto en los casos que controle una decisión de la Administración con un contenido irracional, así como también la arbitrariedad como cuando la autoridad administrativa no motiva su decisión o lo hace de forma insuficiente¹², donde se tiene por consecuencia la declaratoria de nulidad del acto administrativo (Milkes, 2018, p. 171).

En ese marco, se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia y, más tarde, sobre el fin del acto administrativo (a través del recurso de desviación de poder) dado que con ello se protegían los derechos subjetivos de los particulares. Tales derechos no se consideraban configurados cuando la Administración emitía actos de pura facultad o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio, industria (v.g. la policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Estos actos se consideraban discrecionales y no estaban sujetos a revisión por la jurisdicción administrativa¹³ (Cassagne, 2016, p. 9).

Sin embargo, al momento de adoptar el sistema de estado social de derecho, el Estado colombiano se comprometió a la protección de los derechos fundamentales de todos sus

¹⁰ Ponce Solé, J. (2014). “Ciencias sociales, derecho administrativo y buena...”, óp. cit., p. 187

¹¹ Ponce Solé, J. (2014). “Ciencias sociales, derecho administrativo y buena...”, óp. cit., p. 188

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-297 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ LAFERRIÈRE, M. F., Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif, Tº II, París, 1854, p. 733 y ss., citado por FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, cit., p. 26, nota 10

ciudadanos, motivo por el cual transforma el control judicial que se venía aplicando sobre los actos, incluyendo el control mutuo

Desde otra visión, que predica una separación de poderes *recíproca o de controles mutuos*, en pro de la protección de derechos de los administrados y una proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones

Así, para esta Corporación¹⁴ ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad (C.C. Sentencia SU-172/15, Colom.).

En conclusión, a pesar que la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, tampoco ha sido unívoca frente a los controles judiciales de los actos administrativos discrecionales, encontramos por parte de la Corte Constitucional, desde su función nomofiláctica, una decisión de unificación la cual marca el camino que deben seguir los diferentes órganos de cierre, dentro de las diferentes jurisdicciones, es especial para el tema que nos atañe el Consejo de Estado.

Para Enterría la posibilidad de un control judicial no puede entenderse como un debilitamiento de la democracia, por el contrario, la confianza que implica un

¹⁴ Cassagne, J. C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires. Pág. 216.

pacto social y la representatividad como actos de gestión, implica la existencia de un control externo necesariamente judicial que permita obtener la corrección de las actuaciones de la administración, a través de un marco objetivo de aplicación y observancia del derecho y de la ley, y en la corrección objetiva en el régimen constitucional soportado en el canal constitucional (racionalidad, más igualdad, sin ventaja ilegítima de nadie)¹⁵ (López, 2015, p. 67).

Y es que precisamente, encontramos como antítesis de la discrecionalidad, la actividad reglada, la cual se presenta cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta, una conducta determinada que el administrador debe seguir, es decir, cuando la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto (Gordillo, 2014, p. 179).

En estos eventos, el administrador se encuentra supeditado a las normas, y la consecuencia jurídica que esta señale, sobre el supuesto de hecho en concreto, restringiendo así, la posibilidad de adoptar decisiones subjetivas.

Precisamente, respecto a las facultades regladas, encontramos que las normas jurídicas las regulan de forma directa o indirecta. Aquel, la encontramos en las normas especiales que regulan una materia en específico, para el tema que nos atañe, lo encontramos en las leyes 154 de 1994, 388 de 1997 y demás normas concordantes; mientras ésta, se presenta frente a

¹⁵ García de Enterría, E. (2000). Democracia, jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5ª. Ed. Ampliada. Madrid. Pág. 111 y ss.

las normas que impone deberes generales, v.g., la constitución política y la protección de los derechos fundamentales (Gordillo, 2014, pp. 179-180).

Respecto a los controles que todos los actos administrativos son susceptibles, se observa que la distinción entre actos discrecionales y actos reglados servía para determinar la admisibilidad de los medios contencioso administrativos.

En esta corriente, sostiene Debbasch (citado en Campolieti 2016), una gran diferencia de los actos reglados respecto de los actos discrecionales, señalando

Una de las particularidades que determina, entre otros efectos, la imposibilidad de revocar por razones de oportunidad los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades regladas o la aplicación de la doctrina de los vicios inoperantes según la cual la obligación de la Administración de actuar en un determinado sentido priva de relevancia jurídica a los vicios de incompetencia y forma, puesto que independientemente de que el acto administrativo dictado fuese irregular por la presencia de tales vicios, carecería de sentido proceder a su revocación o a su anulación en la medida en que el nuevo acto administrativo a emitirse conduciría al mismo resultado (pp. 108-109).

2.3. La Discrecionalidad y sus confusiones respecto a la arbitrariedad

Dentro de la cultura se tiene a confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, sosteniendo que una es resultado de la otra, empero, esto es totalmente contrario como se pasará a exponer.

En primera medida, la arbitrariedad se define como todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio (Real Academia Española, sf, definición 1).

Esta definición nos permite, a todas luces, poder diferenciar la arbitrariedad de la discrecionalidad, inicialmente, porque la arbitrariedad no tiene norma sobre cual fundarse, contrario sensu de la discrecionalidad, dado que, es la misma norma, la que otorga la facultad de aplicar la consecuencia jurídica respecto del caso en concreto; seguido, los actos que se profieran carecen de razonabilidad, una de las características esenciales, sino fundamentales, que sostiene la jurisprudencia nacional para admitir la discrecionalidad administrativa; y finalmente, la falta de motivación, uno de los requisitos sine qua non, dentro de todos los actos que se profieran dentro de las distintas organizaciones, toda vez que, es justamente la expresión de los motivos que indujeron a su dictado lo que permite ejercer el control de proporcionalidad o razonabilidad de la decisión.

“Puede decirse que la discrecionalidad se opone propiamente a la arbitrariedad más que a la normatividad, ya que en el ámbito de la legalidad se puede efectuar un control de los actos administrativos discrecionales atendiendo a su legalidad y al control jurisdiccional sobre los elementos característicos de todo acto discrecional. Dichos elementos hacen de él un acto susceptible de impugnación, y han sido consignados del siguiente modo: (i) motivación, (ii) órgano que ejerce dicha potestad discrecional, (iii) finalidad de servir al interés público o finalidad pública sin más y, por último, (iv) hechos determinados en cada caso o, mejor

dicho, requisitos de hecho necesarios para emitir dicho acto discrecional (Navarro, 2012, p. 202).

Todo lo anterior, nos permite claramente, delimitar que se entiende por discrecionalidad administrativa, y los supuestos jurídicos que deben concurrir para que la misma pueda ser aplicable, seguidamente, queda claro dicha discrecionalidad es aceptada y reconocida, tanto por la norma como por la jurisprudencia, las cuales también, buscan a través de ciertos controles, que la discrecionalidad no se ejerza de forma absoluta, es por ello, que encontramos controles en principios del derecho, como también judiciales.

Finalmente, es importante tener claro que, al momento de hablar de discrecionalidad, no estamos tratando en ningún momento actos arbitrarios, toda vez que el primero, se encuentra fundado en una norma legal, y establece unos límites, mientras la segunda, se presenta ante la inexistencia de cualquier tipo de norma nacional, o facultad otorgada.

**CAPÍTULO 3. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU
APLICACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL: UNA
POTESTAD ACEPTADA Y RECONOCIDA, PARA EL LOGRO DE LOS
FINES ESENCIALES DEL ESTADO.**

Ahora bien, luego de hacer un recuento respecto a la autonomía territorial, reconociendo su importancia e injerencia en el ordenamiento de las diferentes regiones dentro del territorio nacional, a partir de mecanismos como los planes parciales y planes de ordenamiento territorial.

Nos encontramos con la discrecionalidad administrativa, la cual además de ser reconocida y regulada, encuentra un papel preponderante dentro del ordenamiento territorial, dado que a partir de los diferentes características, riquezas y necesidades que cada uno de los suelos dentro del territorio, la ley le otorga una potestad a la administración para que a partir de actos, las cuales se encuentran amparadas bajo el principio de legalidad y validez, tome decisiones que protejan y alcancen el interés general.

No obstante, muchas de estas decisiones pueden ocasionar daños y perjuicios a los particulares, caso en el cual, estos podrán hacer uso de los diferentes medios de control y acciones constitucionales para proteger sus derechos.

Es precisamente en esta parte de la investigación, donde se analizarán los diferentes casos en los cuales a partir de una norma que otorga una potestad discrecional a la administración, se han tomado decisiones que han podido o no, vulnerar derechos de particulares en pro del interés general, y como muchas de estas situaciones han sido resueltas por las altas cortes, o

en otros casos, no se han podido materializar por las particularidades de cada una de las situaciones de hecho.

3.1. Los planes de ordenamiento territorial: Estudio del marco normativo y las potestades discrecionales en estos consagradas.

Luego de hacer el estudio respecto al marco normativo que comprende y regula todo lo respectivo a la gestión pública territorial, nos encontramos que dentro de la misma legislación se encuentran consagradas unas potestades discrecionales, las cuales, como se pasará a exponer, son fundamentales para un desarrollo óptimo del suelo, para cada una de las entidades territoriales, teniendo en cuenta sus recursos y necesidades dentro de la comunidad; sin embargo, esto no es óbice para adoptar cualquier tipo de decisión, toda vez que, además de cumplir con la exigencia de emanar de una norma, la discrecionalidad administrativa cuenta con unos controles, los cuales pretenden encaminar en todo momento, las decisiones hacia una actividad reglada.

3.1.1. Los planes de ordenamiento territorial y los criterios por parte de la administración.

Inicialmente, encontramos dentro de los Planes de ordenamiento territorial (POT), un marco normativo determinado, el cual proviene desde la ley 388 de 1997 y continua con sus respectivas complementaciones y derogatorias.

Fundamentalmente, es a partir del artículo 9 de la ley ibídem, donde se consagra el papel fundamental que cumplen todos y cada uno de estos planes, los cuales se deberán proyectar y aprobar, conforme al desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.

Y es precisamente, en los artículos subsiguientes¹⁶, donde encontramos la discrecionalidad con la que cuentan los distintos administradores, al momento de presentar sus respectivos proyectos. Los cuales cuentan con incontables alternativas de decisión basados en criterios no exclusivamente jurídicos, como los provistos por la ingeniería, la arquitectura, la sociología, la antropología, la ecología o la economía, entre otros que deben sustentar las determinaciones que comprometen la planeación y el desarrollo adecuado del suelo (Santofimio, 2004, p. 33).

Por lo que no es de sorprender la infinidad de posiciones que se han expuesto tanto por quienes defienden el respecto de los espacios autónomos como por quienes reafirman la existencia de un poder de dirección del Estado como sujeto coordinante de la globalidad del sistema jurídico¹⁷ (Vásquez, 2019, p. 266).

Para el caso que nos atañe, es clara la existencia, en primer lugar, de una norma positiva la cual busca regular todo lo relativo al POT, frente a los principios y fines esenciales del Estado, donde se busca el correcto aprovechamiento del suelo; segundo, de una facultad discrecional, la cual se apoya en los distintos factores técnicos y jurídicos, que además, deberán ser tenidos en cuenta por parte de los dirigentes al momento de presentar el respectivo proyecto ante su autoridad competente, en el caso municipal, el concejo, el cual

¹⁶ Artículos 11 al 19 de la ley 388 de 1997.

¹⁷ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, La relación interadministrativa de coordinación y la garantía de la autonomía local, tesis doctoral, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017, p. 77. A este respecto, es especialmente ilustrativo lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-035 de 2016, ya que para este tribunal la coordinación como técnica de alineación de intereses no implicaba un poder unilateral y vinculante de un sujeto, sino más bien la concertación de voluntades, situación que contrasta con los determinantes que en ciertos casos implica el ejercicio de un poder unilateral.

contará con unos términos a fin de aprobar o pedir las correcciones del caso, para finalmente, con la expedición del acuerdo municipal, quedar materializada la discrecionalidad.

Será posteriormente, con base en la aprobación del POT, que la administración adoptará las respectivas decisiones razonables, con criterios objetivos, en cada caso en concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, a los fines que a las actuaciones urbanísticas señalen la ley y el POT¹⁸ (Marín, 2009, p. 170).

3.1.2. Limitación al derecho de dominio: Bienes inmuebles patrimonio arquitectónico

Dentro de los diferentes POT, podemos encontrar un acápite respecto a la delimitación de los ciertos bien inmuebles que, por su características, y las condiciones culturales de las ciudades donde se encuentra, son catalogados como bienes de patrimonio urbano arquitectónico, motivo por el cual recaen sobre ellos unas medidas de protección, lo que genera sobre los propietarios una limitación a su derecho de propiedad, en la medida que no podrán realizar modificaciones sin estar previamente autorizadas, ni mucho menos demoler la propiedad; como reconocimiento, los propietarios pueden ser merecedores a un incentivo económico por parte de la administración.

Sobre esta clase de limitación a la propiedad, en pro del interés general, han existido diferentes pronunciamientos por parte de las altas cortes, quienes sostiene que no existe la discrecionalidad administrativa, en la medida que las decisiones adoptadas, la mayoría de

¹⁸ La necesaria correlación y complementariedad entre las distintas instancias normativas y decisorias en materia urbanística en Colombia, que queda ilustrada al explicar cómo se ejerce la facultad discrecional de expedir el POT, se encuentra, además, legalmente asegurada por el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 388 de 1997, de acuerdo con el cual “ningún agente público o privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementarias del mismo [...]”.

veces por los Concejos Municipales, se encuentran amparadas por la misma carta magna, la cual consagra en su artículo 313 numerales 7 y 9, que a su vez propenden por hacer efectiva la función social y ecológica que debe cumplir dicho derecho, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 de la Carta Política que lo salvaguarda¹⁹.

“...La propiedad, en tanto que función social, puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad, como, por ejemplo, por razones de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad, etc.; el interés individual del propietario debe ceder, en estos casos, ante el interés social...” (C.C. Sentencia C-295/93, Colom.).

Sin desconocer las consideraciones por parte de estas altas cortes, no podemos negar la existencia de la discrecionalidad en muchas de estas decisiones, dado que, como vimos en líneas anteriores, la existencia de un marco normativo, no impide estricto sensu, que exista discrecionalidad, en la medida en que se configura mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados de muy amplio margen o halo de vaguedad o imprecisión²⁰ (Marín, 2009, p. 170).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 22 de mayo de 1997, Exp. 4207, Actor: Sdad Las Mercedes Ltda. Hnos y Cía S en C.S., M.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

²⁰ Como permite constatarlo el ejemplo suministrado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1.º de octubre de 1998, C. P.: Libardo Rodríguez, expediente: 4804. En dicho pronunciamiento se refiere el artículo 140 del Acuerdo 30 del 21 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, que a la letra señala: “Patrimonio urbano-arquitectónico es el conjunto de inmuebles y/o espacios públicos que representan para la comunidad un valor urbanístico, arquitectónico, documental, ambiental, histórico y/o afectivo y que forman parte por tanto de la memoria urbana colectiva” (cursivas fuera del texto original). En similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, C. P.: Libardo Rodríguez, expediente: 4341; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de mayo de 1997; C. P.: Ernesto Rafa el Ariza Muñoz, expediente: 4205. En tales pronunciamientos, por lo demás, se deja abierta la posibilidad de controvertir judicialmente la calificación que la autoridad urbanística efectúe del inmueble del cual se trate como de conservación arquitectónica, valiéndose, al efecto, de la utilización de dictámenes periciales dentro del proceso contencioso administrativo, por medio

Lo anterior, lo podemos encontrar en una providencia reciente, la cual traigo a colación.

El presente asunto, fue resuelto por el Consejo de Estado Sección tercera subsección C, en el cual, si bien es cierto, se tuvo que producir un fallo inhibitorio por la falencia en la escogencia del medio de control, y las pretensiones incoadas por la parte demandante. Se resaltan los fundamentos de hechos que llevaron a la interposición de la demanda.

La demanda da inicio, en la medida que una sociedad propietaria de un bien inmueble catalogado como patrimonio arquitectónico, solicita a la administración la exclusión de dicho bien dentro de la categoría en mención, al considerar que no se cumplían los requisitos. La administración siempre se amparó en el POT, motivo por el cual nunca fue excluido como bien inmueble de patrimonio arquitectónico. Ante la limitación al derecho de dominio, la sociedad vendió el inmueble con la sorpresa que, tiempo después, la administración de turno determinó que dicho bien inmueble no cumplía los requisitos para ser catalogado como patrimonio arquitectónico, motivo por el cual se procedió a su exclusión.

Por lo anterior, y al considerar que le había ocasionado un presunto perjuicio, la sociedad presentó demanda ante los jueces administrativos, sin embargo, no realizó un correcto uso de los medios de control adecuado, como tampoco de las pretensiones, lo anterior conllevó a un fallo inhibitorio; no obstante, y con fines académicos, se traen a colación parte de las consideraciones que tuvo el órgano de cierre dentro del fallo supra:

de los cuales controvertir el criterio técnico formulado por la administración, asunto que conecta con el tema de la discrecionalidad técnica y de los límites al control judicial de las decisiones administrativas sustentadas en criterios técnicos, que será abordado más adelante.

Tal afirmación, sin embargo, parte de la asunción, contra toda evidencia, del reconocimiento que según la accionante habría hecho la administración distrital en la Resolución precitada de la pretérita comisión de un error determinante de la clasificación de los predios de propiedad de la parte convocante dentro del inventario de bienes de interés cultural según los parámetros urbanísticos contemplados en el Decreto 606 de 2001. A juicio de la Sala, los hechos probados revelan que, con el paso del tiempo y con ocasión del desarrollo urbano, los inmuebles perdieron las características técnicas que permitían predicar de ellos la necesidad de limitar su urbanismo.

En tal sentido, es indudable que la causa eficiente del daño radicó en la manifestación de voluntad que, en ejercicio de funciones administrativas y con efectos jurídicos, expresó la administración distrital por medio del Decreto 606 de 2001 (...) (C. E. Sentencia 48943, Colom.).

Del caso sub examine, podemos decantar que, si bien existió una falencia en la escogencia del medio de control, de conformidad a las consideraciones del Consejo de Estado, también es cierto que la administración incurrió en la producción de un daño, el cual consistió en el “error” de catalogar un bien inmueble como patrimonio arquitectónico, y las limitaciones que ello conlleva. Pero este error se produjo por la interpretación discrecional que tuvo la última administración, de sus predecesoras, en cuanto a las características que debían cumplir dichos bienes inmuebles, quedando nuevamente señalado, que a pesar de la existencia un marco normativo, no dista que la administración a partir de sus consideraciones y la discrecionalidad, pueden delimitar ciertos bienes inmuebles como patrimonio arquitectónico, en desmejora de los demás.

3.1.3. Áreas de conservación y protección de los recursos naturales

Seguidamente, encontramos en materia ambiental, un sinnúmero de normas que regulan todo lo respectivo a las entidades y corporaciones competentes, así como la obligación que tienen estas en la protección del medio ambiente, ya sea en la concesión de las diferentes licencias o en adelantar los respectivos procesos administrativos, en la protección del medio ambiente.

Dentro de estas funciones, encontramos una facultad discrecional regulada en la ley 99 de 1993, la cual señala una de las funciones que tendrán las corporaciones autónomas ambientales, respecto a la delimitación de las zonas de reserva forestal:

Reservar, alinderar, administrar, en los términos y condiciones que fijen la ley y los reglamentos, los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, y reglamentar su uso y funcionamiento. Administrar las Reservas Forestales Nacionales en el área de su jurisdicción. (Ley 99 de 1993, art. 31. Núm. 16., Colom.).

Se aduce que es discrecional, en la medida que las corporaciones, si bien se pueden apoyar en estudios técnicos, que determinen cuales zonas son de protección forestal, nada limita que dicho perímetro puede ser ampliado alrededor, afectando los bienes inmuebles que se encuentran en cercanías.

A su vez, encontramos dentro de la ley base (388 de 1997) de los diferentes planes de ordenamiento territorial, su artículo 13 que prevé los componentes mínimos que deberá tener todo POT, del cual resaltamos su numeral 3 que estipula:

La delimitación, en suelo urbano y de expansión urbana, de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos y de conjuntos urbanos, históricos y culturales, de conformidad con la legislación general aplicable a cada caso y las normas específicas que los complementan en la presente ley; así como de las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales (Ley 388 de 1997, art. 13., núm. 3., Colom.).

Es por lo anterior, que surgen distintas discrepancias al momento de regular y aplicar los diferentes planes ambientales, en la medida que, aunque se basan en el cumplimiento de un orden constitucional y legal, los diferentes organismos, estarán sujetos a lo que pueda estipular o considerar la administración de turno, respecto a que zonas deben ser consideradas de protección ambiental, en menoscabo del derecho de los diferentes propietarios; situaciones que valga la pena señalar en este punto, siempre van a gozar del principio de legalidad, dado que los diferentes actos administrativos encuentran su sustento en la ley, misma que no delimita de forma cierta y técnica, hasta qué punto pueda ser considerada una zona como reserva forestal.

Para el caso que se relata, encontramos un pronunciamiento reciente por parte del Consejo de Estado, en el cual se estudia un plan de manejo ambiental, donde se determina como zonas de reserva forestal, los predios de un floricultor el cual, por el nuevo uso de suelos, se le restringe el desarrollo de la actividad económica que venía desarrollando desde hace bastantes años, ocasionando con ello, un daño antijurídico:

Sin necesidad de ahondar más acerca del carácter cierto que debe revestir el daño reclamado para que sea indemnizable, la Sala estima que en el caso concreto le asiste la razón al recurrente al esgrimir que el supuesto daño que se alega haber sufrido se

estructura sobre la base de la ocurrencia de una circunstancia fáctica real, que no eventual, y que consistió en la suspensión de la actividad floricultora desarrollada por la sociedad actora en su predio, como producto de una decisión administrativa expedida por la demandada con el propósito de cumplir sus cometidos institucionales enderezados a la protección del medio ambiente.

La suspensión de la actividad floricultora en el predio de los Andes emerge como un hecho cierto, desde el ángulo jurídico, a partir del momento en que cobró vigor la decisión contentiva de esa limitante, lo que hace que el daño que habría sufrido el demandante tenga origen en ese Acuerdo y que desde ese momento se hubiera activado el cómputo de caducidad dispuesto para acudir a la jurisdicción en procura del resarcimiento de los perjuicios que ello pudiera ocasionar. (C.E. Sentencia 63087, Colom.).

Sin embargo, la misma corporación cierra la puerta a cualquier discusión, tomando como piedra angular, la prevalencia del interés general sobre el particular, así lo sostiene el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo:

En relación con estas limitantes del derecho de propiedad, en sentencia de 2015 esta Subsección consideró que, por regla general, la sola modificación de los usos del suelo, per se, no tiene la virtualidad de constituirse en un daño antijurídico, en la medida en que se trata de una carga que, de ordinario, los particulares se encuentran en el deber jurídico de soportar. En esa oportunidad se desestimaron las pretensiones de la demanda. (...) [L]a Sala encuentra pertinente reiterar que, de una manera general, el Estado puede limitar el derecho de propiedad, ya sea ocupando

materialmente el bien inmueble privado, despojando al propietario de su posesión material o mediante la constitución de afectaciones que delimiten su ejercicio, por razones de diversa índole y con distintos alcances, cuestión que aun cuando puede ocasionar un daño, no en todos los casos constituye un daño antijurídico resarcible, debido a que, en veces, corresponde a cargas que el asociado está en el deber de soportar por lo que no está llamado a comprometer la responsabilidad del Estado. Corresponderá al juez, de cara a las particularidades de cada caso concreto, establecer si la alegada afectación al derecho de propiedad ostenta el carácter de excepcional y causa un daño especial a su titular. (C.E. Sentencia 63087, Colom.).

En conclusión, observamos que si bien las corporaciones, y demás entes territoriales se encuentran amparados bajo un marco normativo, para la delimitaciones de las zonas de consideraciones forestal, no existe dentro del mismo marco normativo un límite respecto a los estudios y zonas que lleguen a determinar dichas entidades, y los daños y perjuicios que puedan ocasionar a los propietarios de los bienes inmuebles, y a quienes desarrollen actividades económicas, las cuales por una decisión administrativa, ya no son compatibles con el uso de suelos y por ello se debe restringir su ejercicio.

3.1.4. Expropiación administrativa

Otra de las situaciones jurídicas urbanísticas donde podemos encontrar la discrecionalidad administrativa, resulta de la expropiación por vía administrativa, regulada a partir del artículo 63 de la ley 388 de 1997, y complementada por el artículo 58 ibídem y demás normas concordantes.

A priori, se puede afirmar que dicha discrecionalidad no existe, en la medida que la norma es taxativa en señalar las únicas situaciones en las cuales procede la expropiación, con base en el principio de utilidad pública, no obstante, esto no es absoluto, ya que al observar por ejemplo el literal c del artículo 58 de la ley 388 de 1997, se prevé:

c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos;

Solamente de lo anterior, se puede rescatar que la expropiación es procedente, en el eventual caso que la administración de turno decida a través de su plan de desarrollo o plan parcial, determinar un bien inmueble de utilidad pública, con el fin de desarrollar algún plan o proyecto de renovación – valga decir que no se determina el verbo renovación – que considere necesario.

La jurisprudencia en esta materia, no ha variado respecto a sus pronunciamientos, de los cuales se resalta que, el acto administrativo que declara la situación de utilidad pública, como el acto que declara la expropiación son susceptibles de control judicial, asimismo, se aclara que los dictámenes que determinen el valor del bien inmueble, solamente pueden ser emitidos por el Agustín Codazzi o demás entidades con actividades de lonjas, además, deben ser discutidos en la vía administrativa; finalmente, se rescata la diferencia que existe con las cesiones obligatorias, donde para el último caso no es procedente la recompensa en dinero, tal como señala el artículo 37 de la ley 9 de 1989 (C.E. Sentencia 2008-00089-01., Colom.).

3.1.5. Cesiones urbanísticas obligatorias

Debemos partir que la presente disposición se encontraba regulada en la ley 9 de 1989, que posteriormente vendría a ser acogida por el artículo 37 de la ley 388 de 1997, la cual estipula:

Las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general, y señalarán el régimen de permisos y licencias a que se deben someter así como las sanciones aplicables a los infractores a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el capítulo XI de esta ley (Subrayado declarado exequible por la sentencia C-495-98) (Ley 388 de 1997, art. 37, Colom.).

Del precitado artículo, se rescataba inicialmente, que las cesiones urbanísticas que serían impuestas a los futuros edificadores, únicamente podrían ser destinadas para vías locales, equipamiento colectivo y espacio público, pero en ningún momento podría ser destinado para malla vial, so pena de una violación directa de la norma sustancial.

Empero, este concepto, fue evolucionando a partir de las diferentes decisiones que adoptaban las administraciones públicas, en sus planes de ordenamiento territorial, quienes imponían a partir de su autonomía y discrecionalidad administrativa, la carga sobre los futuros constructores de ceder determinadas porciones de terreno, con el fin de destinarlo no solamente para vías locales, sino para malla vial.

Inicialmente, estas decisiones discrecionales, encontrarían a un Consejo de estado opositor a la teoría de destinar, las cesiones gratuitas obligatorias, para fines de malla vial, considerando que la norma era muy clara en señalar los fines específicos para dichas cesiones²¹, lo que conllevaría a la declaratoria de nulidad de diferentes apartados de los acuerdos municipales.

Si bien, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 9ª de 1.989, los municipios podrán crear, de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales, no lo es menos que, conforme a las precisiones de las sentencias antes mencionadas, ello únicamente es viable para efectos de urbanización de predios.

De tal manera que la cesión obligatoria gratuita, de manera indiscriminada, para fines distintos de los anteriores efectivamente configura una expropiación sin indemnización, la cual es contraria a los artículos 58 y 59 de la Constitución Política, que prevén que dicha figura sólo es posible cuando así lo determine el Legislador, por razones de equidad, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, o por parte del Gobierno Nacional en caso de guerra, y sólo para atender a sus requerimientos, circunstancias que no se presentan en el asunto examinado. (C.E. Sentencia 5595, Colom.).

²¹ Para mayor amplitud se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de enero de 1995, expediente 3015, C.P.: Miguel González Rodríguez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de agosto de 2001, radicación número: 25000-23-24-000-1996-8166-01(5595), Actor: José María Garzón Díaz y otros, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sin embargo, estas decisiones discrecionales tomadas por los diferentes entes de control, que a priori, contrariaban el ordenamiento urbanístico, encontraron asidero por una línea del Consejo de Estado, el cual hasta la fecha del presente escrito, sostiene que las cesiones gratuitas obligatorias si pueden tener una destinación diferente a la señalada por la norma (art. 37 de la ley 388 de 1997), al realizar una interpretación sistemática de la precitada norma, y no una aplicación literal.

Antes de pasar a discutir lo sostenido por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, y con fines académicos, es relevante determinar qué se puede entender como interpretación sistemática. En este sentido, sostiene Anchondo

Esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece.

Procura el significado atendiendo el conjunto de normas o sistema del que forma parte. La razón es que el sentido de una norma sólo no está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas (2012, pp. 41-42).

Ahora bien, respecto a las consideraciones sostenidas por parte del Consejo de estado, en cuanto a las diferentes destinaciones que pueden tener las zonas cedidas gratuitamente, sostiene, primero, que las cesiones son una carga que deben soportar los edificadores de vivienda, como retribución a la plusvalía que adquieren sus bienes inmuebles a partir de los planes y proyectos que planteen las administraciones públicas; segundo, que por lo tanto no es una expropiación, impuesto o tributo; y finalmente, se debe hacer su interpretación en armonía con el espíritu de la norma en conjunto

Esta figura tiene como propósito la ordenación del territorio y el crecimiento armónico de las ciudades²². En definitiva, se trata de «[...] las porciones de terreno que tienen la obligación de ceder los promotores de las actuaciones urbanísticas²³» que tiene como propósito permitir la compensación a la colectividad por el desarrollo de diferentes proyectos urbanísticos de carácter particular, por haber generado un impacto urbanístico y ambiental en el proceso de urbanización²⁴. Las cesiones así entendidas concretizan el reparto equitativo de las cargas y beneficios, de esta manera, unas cesiones beneficiarán de manera directa a la comunidad (cargas locales), mientras que otras, favorecerán a la ciudad o al municipio (cargas generales)²⁵. (C.E. Sentencia 2002-02031-01, Colom.).

Finalmente, respecto a interpretación sistemática, sentencia el alto tribunal que lo señalado por el artículo 37 de la ley 388 de 1997, debe ser interpretado en conjunto con el numeral 2 del artículo 10 ibídem, en la medida que, dentro de los diferentes POT, es una obligación por parte de la administración incluir proyectos en los cuales se asegure a la comunidad una malla vial adecuada para sus necesidades, además de proyectar la expansión del territorio.

La Sala, en aplicación del principio de interpretación jurídica *bi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, según el cual donde la ley no distingue no le es dable

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 3 de agosto de 2020, Radicación número: CE-SEC1-EXP2000-NAP049, AP-049, Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2014, número de radicado: 25000- 2324- 000- 2007- 00235- 02, actor: CAMACOL, demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá, M.P.: María Claudia Rojas Lasso

²⁴ Ibídem.

²⁵ Sección Cuarta, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de junio de 2017, número de radicado: 250002337000-2012-00370-01 [21001], actor: Fiduciaria Bogotá S.A. Como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Almenara – Fidubogotá S.A. E Inmobiliaria Concreto S.A.S, demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Planeación - SDP y Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital – UAECD.

hacerlo al intérprete, no resulta admisible el planteamiento del recurrente quien afirma que las cesiones urbanísticas se deben destinar, exclusivamente, para vías locales, pues como se ha venido analizando el legislador previó indistintamente que las mismas se debían realizar para la infraestructura del sistema vial, sin incorporar ningún criterio de diferenciación (C.E. Sentencia 2002-02031-01, Colom.).

En conclusión, nos encontramos, que a pesar de ser bastante debatido el término de la gratuidad dentro de estas concesiones obligatorias, toda vez que el otorgamiento de una licencia le otorga al constructor un beneficio económico respecto al uso y aprovechamiento del uso dentro del territorio, también es necesario exponer las consideraciones por parte del Consejo de Estado, en cuanto a esta figura.

Donde encontramos la nueva interpretación respecto a la destinación que se le pueda dar a las concesiones gratuitas obligatorias; asimismo, se faculta a la administración para determinar los bienes sobre los cuales se aplicará dicha limitación a la propiedad, imponiendo además a los propietarios de dichos bienes, la talanquera de negar el otorgamiento de licencias hasta tanto no se cumplan con la carga por la plusvalía del bien; no obstante, esta figura debe ser analizada con mucho detenimiento, toda vez que, dentro del marco normativo para la promulgación del POT, el cual como fue expuesto en líneas precedentes nace de la potestad discrecional, no se señalan unos límites técnicos ni jurídicos respecto a las concesiones gratuitas obligatorias, lo que podría ocasionar daños y perjuicios a los particulares, en pro del interés general.

Por ello, aunque se reconozca por parte de la doctrina y la jurisprudencia, la existencia de la discrecionalidad administrativa, la cual se entiende por la diversidad de territorios, culturas,

y gobiernos, también es cierto que, además de los principios que limitan dicha potestad, debe existir por parte del legislador una mayor regulación, so pena de contar con diferentes posiciones jurídicas, y el cambio de precedentes jurisprudenciales respecto a la interpretación de una misma norma jurídica.

3.2. La discrecionalidad administrativa en las licencias urbanísticas

Para el presente asunto, se consideró exponerlo en un punto central, por la envergadura que el mismo represente, principalmente, por el impacto que genera en la sociedad el otorgamiento en una licencia, y las repercusiones que la misma genera. Precisamente, este fue uno de los puntos cruciales que fue discutido en los debates que generó la caída de la torre 6 de la edificación Space en la ciudad de Medellín,

En 6 segundos, 200 kilos de explosivos distribuidos en los sótanos y en los pisos superiores bastaron para derrumbar las cuatro torres restantes del conjunto Space en Medellín el pasado 23 de septiembre. Con esta demolición programada, se cerró parcialmente un triste ciclo iniciado la noche del 12 de octubre de 2013 cuando una de las torres colapsó, dejando 12 muertos (ArchDaily, 2014).

Del artículo reseñado por la revista Semana, se resalta una de las preguntas más polémicas: ¿Por qué la constructora entregó los apartamentos sin el visto bueno de la Alcaldía de Medellín?; ¿Decisiones del gobierno Uribe relajaron los controles en el sector de la construcción?; ¿Le hicieron el quite al POT?; ¿Fallaron materiales como el acero con el que se construyó?; ¿Las curadurías se convirtieron en imperios sin ley que tienen como negocio la venta al por mayor de licencias sin requisitos? (Subrayado personal) (Semana, 2013).

Pero lastimosamente este no fue el único caso, en la medida que se presentaron otros casos similares en la misma ciudad de Medellín, otros en Cartagena y Bogotá

En Bogotá, cerca de 2.500 edificaciones están en riesgo de colapso, así lo reveló una investigación del Concejo de Bogotá donde este año fue emitida una alerta por 2.363 viviendas o edificaciones que tienen serios problemas estructurales con riesgo de colapso de no tomarse medidas a tiempo.

En Cartagena 16 edificios están en riesgo inminente de colapso, por lo cual, la Fiscalía General de la Nación ordenó la evacuación de las edificaciones.

En Medellín, el Departamento Administrativo de Gestión del Riesgo de Desastres (DAGRD) siguió de cerca el caso del edificio Bernavento, que tuvo que ser demolido por los evidentes deterioros en la mampostería de la estructura (Metro cuadrado, 2018)

De lo anteriormente descrito, sale a relucir una cuestión muy importante, y es: si existe un marco normativo reglado, en el cual se consagran un sinnúmero de requisitos y presupuestos los cuales deben ser cumplidos, so pena de ser denegado el acto administrativo que otorgue la licencia de construcción, por qué sucedieron tan lamentables hechos en nuestro territorio nacional.

Para lo anterior, encontramos por parte del doctrinante Santofimio, el desarrollo de dos posiciones, respecto a si las licencias de construcción son regladas o por el contrario gozan de cierta discrecionalidad administrativa.

Frente a la primera de las proposiciones, se considera la licencia un acto administrativo esencialmente de verificación y de naturaleza reglada, vinculado al ejercicio de los derechos subjetivos del interesado, razón por la cual, es requisito sine qua non para su expedición, el cumplimiento de los requisitos imperativos de carácter legal por parte del interesado, lo que para la administración implica irremediablemente el deber de expedir las licencias correspondientes si se dan estos presupuestos, negando por lo tanto la potestad discrecional²⁶. (Santofimio, 2009, p. 44).

Luego, respecto a la segunda de las posiciones doctrinales, la cual acepta la discrecionalidad administrativa se sostiene:

Dentro del marco de las acepciones derivadas de acciones propias de la administración dentro del Estado intervencionista de derecho, la licencia no tendría por acepción adicional, como consecuencia de esta característica básica, la de autorización o aprobación, en donde lo dominante es el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración²⁷ (Santofimio, 2009, pp. 44-45).

²⁶ Respecto de esta doctrina puede consultarse: Celso Antonio Bandeira de Melo. Curso de derecho administrativo, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 378 a 380; Lopes Meirelles. Direito administrativo brasileiro, cit., pp. 170 y ss.; Batista dos Santos. Licença urbanística, cit., pp. 18 a 20.

²⁷ Véase la doctrina indicada en la nota anterior. En efecto, para este sector de la doctrina se entiende por autorización el acto administrativo discrecional y precario mediante el cual la administración hace posible que el interesado pueda realizar determinadas actividades, prestar servicios, utilizar determinados bienes, cuando la ley condiciona estas actividades al beneplácito previo de la administración. En esta hipótesis, a diferencia de la licencia, así el interesado satisfaga plenamente los requisitos de ley, de todas maneras la autorización queda sujeta a la decisión discrecional de la administración, al igual que su duración, que puede ser revocada discrecionalmente por las autoridades cuando lo consideren oportuno y necesario. El permiso es entendido como aquel acto administrativo igualmente discrecional, precario mediante el cual se faculta a un particular para que ejecute algún servicio de interés público, o haga especial uso de ciertos bienes de uso público, a título gratuito o remunerado, en las condiciones establecidas por la administración. En este sentido, se retoma lo que la doctrina de alguna manera conoce como las concesiones unilaterales o permisos de acción, diferentes de las concesiones contractuales. Es de advertir que esta conceptualización doctrinal corresponde a la doctrina emanada de un determinado ordenamiento jurídico, por lo que no puede dársele una aplicación extensiva a otros ordenamientos jurídicos en donde, la verdad sea dicha, el legislador no ha hecho las sutiles diferencias que se

En conclusión, respecto a las dos teorías doctrinales traídas a colación, aplicadas para nuestro ordenamiento nacional, se debería aceptar la primera de ellas y negar la segunda, en la medida que, tal como lo establece la carga magna, la jurisprudencia y la doctrina, el sistema normativo nacional es puramente reglado y positivo, negando a priori, la posibilidad de que existan decisiones discrecionales dentro de las diferentes actuaciones administrativas.

Sin embargo, nada en el derecho es absoluto, tal como se ha podido observar en el desarrollo del presente trabajo, podemos encontrar que la existencia de un sistema positivo, no imposibilita la toma de decisiones discrecionales.

Para el otorgamiento de licencias de construcción, encontramos que compete a la administración – secretarías de planeación o curadurías –, analizar el cumplimiento de las condiciones impuestas en las normas superiores, sin embargo, tal como se expuso, la misma doctrina acepta que las decisiones puedan darse por vía de la discrecionalidad o del ejercicio de la potestad reglada. Para la primera de las hipótesis, resulta inevitable, en cuanto el ejercicio del poder es esencialmente humano y no se agota en la presencia absoluta de potestades regladas (Santofimio, 2009, p. 55). Toda vez que, como fue sustentado, en materia de ordenamiento territorial, es difícil poder reglamentar todos los espacios del territorio nacional, los cuales gozan de características únicas, las cuales deben ser aprovechadas por los diferentes entes de control encargados.

anotan entre estas figuras administrativas. En la dirección de esta crítica a la diferencia artificial antes anotada se pronuncia algún sector de la doctrina entre la que podemos destacar a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (Curso de derecho administrativo, cit., p. 140) cuando sostiene que dependiendo de lo que disponga el legislador, las autorizaciones pueden caracterizarse por ser regladas o discrecionales. Así mismo, puede consultarse Pietro Gasparri. “Autorizzazione” (diritto amministrativo), Enciclopedia del diritto, cit., p. 514.

(...) por la potísima razón de que las normas que en el pot o en otros cuerpos normativos establecen los criterios que habrán de gobernar el otorgamiento de tales autorizaciones, pueden acudir –y, de hecho, acuden– a la utilización de conceptos indeterminados, de conceptos técnicos, por ejemplo, que no siempre ofrecen una interpretación unívoca, lo cual, según se ha explicado, abre las puertas a que el criterio deba ser completado o precisado por quien lo aplica, de manera objetiva y razonable, es decir, abre las puertas a la discrecionalidad (Marín, 2009, p. 172).

Empero, lo anterior no es óbice para aceptar la ocurrencia de las situaciones que lamentablemente ocurrieron en nuestro territorio.

Fue por lo anterior, que en el año 2016 se sancionó la ley 1796, también conocida como la ley de vivienda segura, y sus respectivos decretos reglamentarios, buscando con lo anterior, además de crear los diferentes mecanismos de amparo, como último recurso al cual llegar establecer y endurecer, el conjunto de normas y requisitos técnicos necesarios, para el otorgamiento de licencias de construcción.

Lo anterior, con el fin de brindar una seguridad y tranquilidad a los adquirentes de vivienda nueva, los cuales, en últimas, son las personas que más afectadas con la ocurrencia de los siniestros, ya que no existen mecanismos que los amparen en sus derechos.

3.2.1. Licencias de construcción: potestad reglada o discrecional

Inicialmente, las licencias de construcción se otorgan con ocasión a los diferentes planes de ordenamiento territorial, su consagración, la encontramos en el artículo 99 de la ley 388 de 1997, la cual se encuentran en concordancia con el decreto 564 de 2006, en ella se prevé, las

obras que requerirán de la autorización previa para edificar, además de señalar las autoridades encargadas de proferir dicho acto administrativo el cual debe ser individual y concreto.

Es determinante la existencia de la discrecionalidad administrativa, en el otorgamiento de licencias, que la misma norma de ordenamiento territorial, regula el tema respecto a la interpretación normativa, en el cual se subraya un aparte de la norma, donde se dará mayor prevalencia a las interpretaciones que realice las autoridades de planeación. Por lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de hecho, en el cual los curadores se encuentran sometidos al imperio de la ley, contrario sensu, de las autoridades de planeación – secretarías de planeación – las cuales, a través de la interpretación de la norma, no solamente emiten conceptos, sino que los mismos, serán doctrina de interpretación.

En el ejercicio de sus funciones, los curadores urbanos verificarán la concordancia de los proyectos de parcelación, urbanización, construcción y demás sometidos al trámite de licencias con las normas urbanísticas vigentes. En los casos de ausencias de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en la normativa urbanística, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades de planeación, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares (Ley 388 de 1997, art. 102, Colom.).

Seguidamente, dentro de nuestro estudio normativo, se encuentra dentro del decreto 1077 de 2015, el artículo 2.2.6.1.1.11, el cual señala un régimen especial en materia de licencias urbanísticas, donde se resalta que no requerirán de dicha autorización: la ejecución de proyectos que determine el Ministerio de Vivienda.

Dicha disposición se adopta a través del decreto 287 de 2021, la cual busca regular la construcción de viviendas dentro de los espacios territoriales de capacitación y reincorporación, mismos que serían incorporados a través de los acuerdos de paz logrados con los grupos al margen de la ley.

Si bien se entiende la situación que atraviesa el país, en especial dichas zonas afectadas por el conflicto, no se puede apoyar en una facultad discrecional, es decir la potestad que tenga el ministerio de vivienda, de proponer y construir los proyectos de vivienda que este considere “adecuados”, para el cumplimiento de un derecho fundamental consagrado en el artículo 51 de la carta magna, el cual goza de un conjunto de requisitos mínimos que debe contar toda vivienda digna, tal como fue establecido por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸.

No obstante, dentro de los decretos reglamentarios, que completaron a la ley 1796 de 2016, se encuentra en decreto 1203 de 2017, el cual pretende regular con mayor fuerza, el otorgamiento de licencias de construcción a través de la supervisión técnica de las edificaciones.

En este sentido, a partir del presente decreto, además de los documentos que deberá aportar la parte solicitante en búsqueda de la licencia, será una obligación por parte por parte del curador o autoridad urbana competente, el estudio jurídico y técnico de dicha documentación, lo anterior pensando, en limitar las potestades discrecionales, entendiendo que, al momento

²⁸ A su vez, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, mediante observación No. 4, indicó que una vivienda puede ser considerada como adecuada cuando se presentan los siguientes factores: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios materiales e Infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural (Orjuela, 2014, p. 36).

de otorgar una licencia, y llegue a ocurrir un siniestro como la caída de un inmueble, dicho funcionario será responsable por los daños y perjuicios ocasionados

Artículo 2.2.6.1.2.2.3 *De la revisión del proyecto.* El curador urbano o la autoridad municipal o distrital encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias deberá revisar el proyecto objeto de la solicitud desde el punto de vista jurídico, urbanístico, arquitectónico y estructural, incluyendo la revisión del cumplimiento del Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 y la norma que lo adicione, modifique o sustituya; los diseños estructurales, estudios geotécnicos y de suelos y diseños de elementos no estructurales, así como el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación aplicables (Decreto 1203 de 2017, art. 7, Colom.)

Finalmente el artículo 8 de la ley ibídem, regula lo respectivo al concurso de méritos que deberán aprobar los curadores.

De lo anteriormente descrito, se observa, a partir de la aceptación de la discrecionalidad administrativa dentro del ordenamiento territorial, para el caso que nos atañe dentro de las licencias urbanísticas, de la potísima razón que las decisiones siempre van a ser discrecionales, partiendo que las mismas son adoptas por un ser humano; empero, esto no puede ser absoluto, en la medida que, como en su tiempo fue criticado, dicha discrecionalidad entregó en los curadores la facultad de otorgar licencias sin ningún tipo de exigencias jurídicas y principalmente técnicas, lo que conllevó a tan lamentables hechos, como lo fueron los descritos en líneas precedentes.

Por lo anterior, aunque la discrecionalidad esta presente, también es necesario su control a partir de principios, o para el presente asunto, de una norma positiva, a través de la cual se

les exija un mayor trabajo y preparación a los funcionarios competentes en el otorgamiento de dichas licencias, so pena de ser acreedores de una sanción y una responsabilidad estatal, pero principalmente, en pro de evitar lamentables sucesos.

3.3. La Discrecionalidad Administrativa En La Construcción Del Ordenamiento Territorial

En este punto de la investigación, se ha podido determinar, en primera medida, que el ordenamiento territorial es la piedra angular sobre la cual se desarrollan fines esenciales del Estado, como lo son el derecho fundamental a la vivienda, y con ello, derechos fundamentales como lo son la vida, la salud, el trabajo, el acceso a servicios públicos entre otros, pero también, otros derechos conexos como son el derecho a la ciudad, el patrimonio y la moralidad administrativa. Y segundo, se ha podido concluir como la potestad discrecional administrativa, es fundamental para la construcción del ordenamiento territorial, al encontrarse en total armonía con la normativa supra, además de los principios que complementan y ayudan a regular dicha potestad.

Por ello, tal como fue planteando en la pregunta problema, y ha sido resuelto a través del presente trabajo, se puede afirmar que sí existe discrecionalidad administrativa dentro del marco normativo que regula el ordenamiento territorial.

Además de los casos que fueron traídos a colación dentro del capítulo 3, los cuales resultan de la jurisprudencia del Consejo de Estado, es importante exponer otras situaciones jurídicas en las cuales se puede ver la aplicación de la potestad discrecional.

Es claro que, dentro del marco normativo que regula lo referente al contenido de los planes de ordenamiento territorial, artículo 9 y subsiguientes de la ley 388 de 1997, decreto 2190 de 2009, y demás normas concordantes, se establece la obligación por parte de las respectivas administraciones, de delimitar zonas donde puedan ser llevados a cabo proyectos para la construcción de viviendas de interés social y prioritario, empero, y dadas las características y estratificaciones de los diferentes territorios, es cuando entra en acción la potestad discrecional, facultando a los administradores para que delimiten en la zona que consideren más conveniente, la construcción de los proyectos de vivienda.

Inicialmente, se puede traer a discusión, el proyecto de vivienda de interés prioritario que fue planteado por el gobierno del exalcalde Gustavo Petro en la ciudad de Bogotá, el cual si bien, no pudo salir adelante, permite entender cómo, a partir de la discrecionalidad administrativa, los gobernantes de turno pueden adecuar sus planes de ordenamiento territorial a las expectativas que ellos consideren pertinentes, siempre amparados bajo el imperio de la ley.

La administración de izquierda del alcalde Gustavo Petro (2012-2015), en su reforma extraordinaria al Plan de Ordenamiento, buscó estimular la localización de nuevas unidades de vivienda en áreas centrales de la ciudad donde se encuentra la mejor dotación de soportes urbanos, evitando la expansión en la periferia alejada de los centros de empleo y estudio (Yunda, 2020, p. 9).

Caso similar fue el presentado en el municipio de Tunja, donde a partir de la entrega de un predio por parte de la gobernación de Boyacá a este, se empezó a desarrollar un plan de vivienda de interés social en una zona de estrato 4 y 5, a priori, se podría deducir que el desarrollo de estos planes de vivienda, podría afectar la valoración de los predios a su

alrededor, sin embargo, son más las dificultades que podrían asumir los habitantes de vivienda nueva, al tener que costear los precios de los servicios públicos para dicha zona, y la presión social (Tiempo, 2016).

Precisamente, situaciones como las anteriormente mencionadas, concatenadas con las providencias analizadas en líneas precedentes, nos permiten observar y concluir, como la discrecionalidad administrativa, cumple un papel fundamental respecto a la construcción del ordenamiento territorial. Donde siempre podrán confluir intereses particulares, como los casos expuestos, pero será en intereses general el que deberá primar.

En este sentido, encontramos derechos, como por ejemplo, la ciudad y la moralidad administrativa, el primero, desde una posición ontológica, donde las personas se deberán relacionar con su entorno y hacer parte de la plusvalía del mismo; mientras el segundo, un derecho constitucional, sobre el cual se deberán proyectar y desarrollar las actuaciones de la administración, en pro del interés de la comunidad.

Sostiene Correa

Sintetizados los contenidos del derecho a la ciudad desde tres facetas –(a) el usufructo equitativo de la ciudad por parte de sus habitantes, (b) la participación democrática y pluralista en su construcción y (c) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos–, es necesario ahora preguntarse por los sujetos que participan de él (2011, p. 141.)

Es por ello que, al analizar la normativa respecto a la gestión territorial, comprendemos que muchas de las disposiciones guardan una facultad discrecional, previendo que los

administradores puedan desarrollar sus planes, no solamente durante el periodo de gobierno, sino proyectando un progreso de su territorio y comunidad.

Y es que al hablar de la discrecionalidad administrativa, a partir de la existencia de una norma positiva que permite su aplicación, encontramos un conjunto de principios que, además de limitar lo que dicha potestad pueda radicar en cabeza de los administradores, también complementa el ejercicio de la misma, primando el intereses general de la comunidad; uno de estos principios es el de la moralidad administrativa, el cual ha sido desarrollado por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, de la siguiente forma

Y en cuanto a la moralidad, como un valor Constitucional, en la citada sentencia de 2 de septiembre de 2013, se dijo que este no se agota en el principio de legalidad, en tanto *“trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos. Es decir se propugna por una estricta corrección que al legislador no le queda posible particularizar, pero que, en todo caso, se encuentra inmersa en el manejo de lo público y que impone a la acción popular, en cuanto mecanismo de control ciudadano por excelencia para lograrlo, mayor alcance que el que se predica de las acciones de nulidad.”*²⁹ (C.E. Sentencia 2010-00441, Colom.).

De esta forma, podemos comprender la injerencia de la discrecionalidad administrativa dentro del ordenamiento territorial, dado que, a partir de la misma, se tiene un correcto uso y

²⁹ Ibídem.

aprovechamiento del suelo sobre el cual se asientan las diferentes comunidades dentro del territorio nacional.

Si bien, muchas de las decisiones pueden generar discrepancias dentro de la comunidad, por medio de figuras tales como: cesiones gratuitas obligatorias, expropiaciones administrativas, o la declaratoria de un bien como patrimonio cultura; también es importante resaltar que muchas de esas decisiones se toman con base en una norma que los faculta, y la búsqueda de un interés que genere bienestar en la comunidad.

Sin embargo, tal como fue expuesto, todas las decisiones y actuaciones que realice la administración, son susceptibles de control jurisdiccional, donde la parte que se considere afectada podrá alegar la vulneración de sus derechos. Aún así, debemos reconocer esta potestad discrecional, la cual dista totalmente de la arbitrariedad, como una de las facultades en cabeza de la administración, para una correcta organización del territorio, y un óptimo uso del suelo.

CONCLUSIONES

A través del presente trabajo, se ha buscado desarrollar de una sucinta el marco normativo respecto al gestión territorial, principalmente, en cuanto al ordenamiento territorial, entendiendo que, por medio de la descentralización y autonomía territorial, se pretende que cada uno de los entes territoriales, realicen un adecuado uso de los suelos, y exploten de la mejor forma, cada uno de los recursos naturales y culturales que posean en sus determinados territorios.

Por ello, si bien existe un marco legal, que determina las pautas por las cuales se deben seguir los órganos administradores, también es cierto que por el amplio número de situaciones jurídicas que pueden ocurrir, y dado que, las decisiones adoptadas para un grupo territorial, en ciertos casos pueden afectar a los demás, dentro del mismo sistema positivo, se han consagrado un conjunto de potestades discrecionales, para que la administración, adopte la decisión más adecuada, y aquella que favorezca los intereses de su comunidad.

Respecto a la discrecionalidad administrativa, ha existido a través de la historia una gran participación por parte de la doctrina, en la cual se han presentado diferentes posturas, por un lado, quienes niegan la posibilidad de que exista si quiera, una pizca de discrecionalidad en la administración, ya que la misma se encuentra supeditada a un conjunto de normas, y en las decisiones que adopte nunca podrá existir un factor subjetivo; sin embargo, por otra parte encontramos quienes reconocen y acepta la discrecionalidad administrativa, inicialmente, bajo la potísima razón de que las decisiones son adoptadas por seres humanos, mismos que al gozar de sentimientos, guardan en sus decisiones un trasfondo de subjetiva, y seguido, bajo el principio de que la ley no siempre puede regular todo, y aunque pueda existir en la mayoría

de casos una regulación taxativa, en la misma se encuentra consagrada la potestad para que el órgano administrativo, adopte la decisión que mejor convenga a sus administrados.

Reconociendo claro está, que dichas decisiones siempre encontrarán un límite, ya sea a partir de los principios de derecho, como igualdad, proporcionalidad, o los mismos controles administrativos y judiciales, a que son sujetos los actos administrativos, esta última teoría que a la fecha, luego de una gran evolución, se encuentra aceptada dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Claro está, podemos dejar sentada la gran diferencia que existe entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, conceptos jurídicos que en muchas situaciones, tienen a ser usados como sinónimos, nada más alejado de la realidad, en la medida que la discrecionalidad administrativa, siempre partirá de una norma jurídica en la cual se permite su aplicación; contrario sensu, de la arbitrariedad, dado que las actuaciones y decisiones administrativas, no cuentan con ningún sustento normativo, premiando los intereses particulares y subjetivos, de quien ostenta el poder decisorio.

Dentro de nuestro sistema de Estado social de derecho, la ley 1437 de 2011 prevé dentro de su articulado, la potestad discrecional para que la administración adopte decisiones, la cuales siempre deberán cumplir los supuestos jurídicos de que, dicha potestad se encuentre regulada en una norma, y segundo, que la decisión que se profiera, vele por el interés general.

Es por ello que, el ordenamiento territorial, un tema tan crucial para el desarrollo de las sociedades dentro del territorio nacional, no es ajeno a dicha potestad discrecional, toda vez que, por la gran diversidad de suelos, climas, culturas, recursos naturales o artificiales, se le otorga a los administradores la facultad de adoptar, la decisión más adecuada para su

comunidad, en la cual se proyecte un correcto uso del territorio, además de la primacía del interés general sobre el particular.

Por lo anterior, y respecto a la pregunta problema, de si existe discrecionalidad administrativa dentro de la gestión territorial, se puede concluir que si existe dicha potestad, tal como se ha expuesto y se reconoce por parte de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, se trajo a colación temas de gran envergadura, como lo son los planes de ordenamiento territorial, mismos que, al ser proyectos que recaen sobre las distintas administraciones de turno, gozan de un amplio margen de discrecionalidad.

Seguidamente, las decisiones administrativas que se toman en torno a estos planes de ordenamiento, planes parciales y demás, gozan igualmente, de cierta discrecionalidad administrativa, que les permite adoptar más adecuada en pro del interés general.

Empero, en este punto, se presentan muchas discrepancias respecto las facultades discrecionales de que gozan las administraciones, ya que, si bien se piensa en el interés general, muchas de las afectaciones que se realizan sobre los derechos de los particulares, no cuentan con unos límites proporcionales, hasta el punto de privar de forma absoluta un derecho privado.

Tales son los casos de las expropiaciones o las cesiones obligatorias gratuitas, en la medida que, a pesar de la existe de una norma positiva que regula los casos precisos en los cuales se podrá predicar la primera de las situaciones jurídicas; y una norma, que consagra los eventos en los cuales únicamente se pueden destinar las limitaciones al derecho de dominio que se realiza. No es absoluto para exigir dicho cumplimiento, ya que la misma jurisprudencia, con

base en los principios de validez y legalidad sobre los cuales se profieren los actos administrativos, además de las interpretaciones sistemáticas que se hacen respecto de las normas, se ha permitido que los derechos de los particulares se vean limitados y hasta extintos, a pesar de observar, en muchos casos, la violación de unos derechos fundamentales.

Por lo tanto, a pesar de la existencia de controles a la discrecionalidad administrativa, como lo pueden ser los principios del derecho, mismos que se ven sobrepasados por las decisiones de la administración; o los controles judiciales, a las decisiones discrecionales adoptadas por los entes territoriales, las cuales son confirmadas por las altas cortes, al considerar que se basaron en un marco legal, encontramos que los mismos no son suficientes.

En este sentido, y a la espera de las futuras situaciones jurídicas que se puedan presentar con la entrada en vigencia de la ley 1796 de 2016, y sus decretos reglamentarios, respecto al otorgamiento de licencias, podremos observar si la eliminación de ciertas potestades discrecionales, garantizan de una forma idónea los derechos de los particulares.

Finalmente, debemos aceptar que la discrecionalidad administrativa es una potestad aceptada por el ordenamiento jurídico, pero además necesaria dentro del mismo, para el logro y consecución de los fines esenciales del Estado, otorgando la facultad de adoptar la decisión que prime por el interés general.

Si bien, se acepta y se demuestra la existencia de la discrecionalidad, dentro de la gestión territorial, también es importante recalcar, la necesidad por parte del legislador, de regular los mínimos y los máximos dentro de dichas potestades administrativas, como sería por ejemplo, establecer unos límites técnicos y posteriormente jurídicos, donde esa limitación al derecho de propiedad no sea absoluta.

Donde si bien, es necesario tomar una decisión entre muchas, también es fundamental que las mismas cuenten con unos límites, dado que, como se pudo observar en los casos expuestos, las decisiones que en ciertos casos limitaban el derecho de propiedad, llegan hasta un punto en el cual podían eliminar por el completo el derecho de dominio.

Asimismo, como contraprestación a la limitación al derecho de propiedad que muchas de las figuras estudiadas generan sobre los bienes de los particulares, se plantea la posibilidad de que los entes territoriales, Departamentos y Municipios, a través de sus estatutos de rentas, establecen un beneficio en tema de impuestos para los propietarios de dichos bienes inmuebles, buscando de esta forma, compensar el daño que dicha limitación a priori pueda ocasionar a los particulares.

En conclusión, podemos encontrar que la discrecionalidad administrativa se encuentra presente dentro del ordenamiento territorial, siendo esta uno de los pilares a través del cual se busca el logro de los fines esenciales del Estado, donde si bien goza de unos controles, también debemos reconocer que los mismos no son garantía para evitar decisiones que en cierto punto, puedan violentar derechos de particulares.

BIBLIOGRAFÍA

Achondo Paredes, V. E. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid iuris* (Chihuahua) (16) 33-58. Recuperado a partir de: <https://biblat.unam.mx/es/revista/quid-iuris-chihuahua/articulo/metodos-de-interpretacion-juridica>

ArchDaily. (2014). Medellín: Edificio Space, el derrumbe de un error. Recuperado de: <https://www.archdaily.co/co/628112/edificio-space-el-derrumbe-de-cuatro-torres-y-una-nueva-reforma-habitacional>

Arias Gayoso, G. (2010). A vueltas con la discrecionalidad administrativa. *Novum Jus*, 4(1), 127-150. Recuperado a partir de <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/703>

Campolieti, F. (2016). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En *El control de la Actividad Estatal 1* / Horacio Rosatti (et.al.) 1a. edición para el profesor (pp. 107-120). Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2016). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. 2. Ed. Argentina: Editorial B de F.

Castañeda Gómez, L. A. (2014). Ordenamiento territorial: Elementos para su desarrollo (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Colombia. Bogotá. Recuperado a partir de <http://hdl.handle.net/10983/1617>

Castro Lozano, A. C. (2015). La Discrecionalidad Administrativa en la Estructuración de los Pliegos de Condiciones en la Licitación Pública (Tesis de maestría). Universidad Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Recuperado a partir de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13141>

Correa Montoya, L. (2011). ¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos. *Territorios*, (22), 125-149. Recuperado a partir de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/territorios/article/view/1386>

Departamento Nacional de Planeación [DNP] (2013). Evaluación del impacto de la Ley 388 de 1997 y sus instrumentos sobre el mercado del suelo en las principales ciudades del país, Informe Final. Recuperado a partir de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Vivienda%20Agua%20y%20Desarrollo%20Urbano/POT%20y%20Mercado%20de%20Suelo%20-%20Econometr%C3%ADa.pdf>

Desdentado Daroca, E. (1999) Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico, Navarra: Aranzadi.

Duque Cante, N. (2012). Particularidades de la ley orgánica de ordenamiento territorial. *Análisis Político*, 25(76), 175-190. Recuperado a partir de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43501>

Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio, trad. del inglés, Ariel, Barcelona.

El Tiempo. (2016). La clave para planear un nuevo país es el POT. Recuperado a partir de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16643406>

El Tiempo. (2016). Polémica por viviendas de interés social en estratos 4 y 5 de Tunja. Recuperado a partir de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16638350>

Forero, C., & Clemente Hidalgo, C., & Jiménez, G., & Ortiz, M., & Pulido, S. (1997). Descentralización y participación ciudadana. Bogotá: universidad nacional de Colombia Facultad de Ciencias Económicas, tercer mundo editores

García de Enterría, E. (1962). La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos). Revista de Administración Pública, (38), 159–208. Recuperado a partir de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>]

Gordillo, A. (2014). Formas jurídicas de la actividad administrativa, Capítulo VIII: Facultades regladas y discrecionales de la administración. En Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeros manuales, 1a ed. T. 9. (pp. 179-189). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Hernández Becerra, A. (2015). Del municipio, sus reformas y la paz. Serie Documentos de Trabajo, No. 52. Departamento de Derecho Constitucional pp. 1-22, Universidad Externado de Colombia. Recuperado a partir de <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2016/04/DOC-DE-TRABAJO-52.pdf>

López Peña, E. L. (2015). Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Valencia: Tirant lo blanch.

Maldonado Copello, M. M. & Pinilla Pineda, J. F. & Rodríguez Vitta, J. F. & Valencia Dávila, N. (2006). Planes parciales, gestión asociada y mecanismos de distribución equitativa de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano: Marco jurídico, conceptos básicos y alternativas de aplicación. Bogotá: Lincoln Institute of Land Policy.

Marín Hernández, H. A. (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marín Hernández, H. A. (2009). Algunas anotaciones en relación con la Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial de su Ejercicio en el Derecho Urbanístico Colombiano. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (2), 161-193. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2582>

Metro cuadrado. (2018). 2.500 edificaciones en Bogotá están en riesgo de colapso. Recuperado de: <https://www.metrocuadrado.com/noticias/actualidad/2500-edificaciones-en-bogota-estan-en-riesgo-de-colapso-3478>

Milkes S., I. (2018). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (21), 153-178. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.08>

Miranda Ruiz, L. P. (2015). De la ley orgánica del plan de desarrollo: una reflexión a la ley general de cultura respecto a la implementación y viabilidad de los planes especiales de manejo y protección – PEMP en los municipios de sexta categoría 1-3, Universidad Católica de Colombia. Recuperado a partir de <http://hdl.handle.net/10983/2666>

Navarro, M. (2014). Discrecionalidad administrativa. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 0, 200-205. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2134>

Orjuela Martínez, G. (2014). Marco normativo para la vivienda de interés prioritario – Alternativas para la política de vivienda. Trabajo de grado. Universidad Nacional. Facultad de Derecho. Bogotá D.C. Recuperado a partir de: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75312/6700490.2014.pdf?sequence=1>

Porrúa Pérez, F. (2005). Teoría del Estado. México: Editorial Porrúa S.A.

Real Academia Española. (S.f.). Arbitrariedad En Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado a partir de <https://dpej.rae.es/lema/arbitrariedad>

Real Academia Española. (S.f.). Razonabilidad En Diccionario de la lengua española. Recuperado a partir de <https://dpej.rae.es/lema/razonabilidad>

Robledo Silva, P. (2006). Hacia la construcción de un concepto de autonomía territorial en la Constitución colombiana. *Revista Derecho Del Estado*, (18), 127-152. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/746>

Rodríguez, L. (1990). *Elementos de derecho administrativo*. Bogotá: Escuela Superior de la Administración Pública.

Roldán Alzate, L. (2017). Instituciones formales de la gobernanza metropolitana en Colombia: un análisis de elección racional. OPERA, (21), 113-132. <https://doi.org/10.18601/16578651.n21.07>

Sánchez Cubides, P. A. (2009). Hacienda pública municipal en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Santofimio Gamboa, J. (2009). Carácter Colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (2), 3-81. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2577>

Santofimio Gamboa, J. O. (2004). Derecho urbanístico. Legislación y jurisprudencia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Seco, M. & Ramos, G. (1999), *Diccionario del Español Actual*, Madrid: Aguilar.

Semana. (2013). El efecto del edificio Space. Recuperado de: https://www.semana.com/nacion/articulo/debate-edificio-space/361588-3/?utm_medium=website&utm_source=archdaily.co

Vásquez, I. (2019). Los determinantes de ordenamiento territorial como límite a la autonomía local en materia de disposición urbanística del territorio. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (22), 255-295. <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.11>

Yunda, J. G. (2020). Disparidad espacial y gentrificación en la densificación de los primeros suburbios latinoamericanos. La experiencia del Decreto 562 en Bogotá. *Territorios*, (42), 1-23. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/territorios/a.7229>

NORMATIVA

Colombia. Ley 152 de 1994. Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

Julio 15 de 1994. D.O. núm. 41.450.

Colombia. Decreto 1077 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio. Mayo 26 de 2015. D.O. núm.

49.523

Colombia. Decreto 1203 de 2017. Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y se reglamenta la Ley 1796 de 2016, en lo relacionado con el estudio, trámite y expedición de las licencias urbanísticas y la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2017. D.O. núm. 50.292.

Colombia. Ley 136 de 1994. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Junio 2 de 1994. D.O. núm. 41.377.

Colombia. Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. Julio 24 de 1997. D.O. núm. 43.091

Colombia. Ley 1625 de 2013. Por la cual se deroga la Ley Orgánica 128 de 1994 y se expide el Régimen para las Áreas Metropolitanas. Abril 29 de 2013. D.O. núm. 48.776.

Consejo nacional de política económica y social [CONPES 3305] (2004). Departamento nacional de planeación. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

Colombia. Recuperado a partir de

https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/conpes/2004/Conpes_3305_2004.pdf

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], julio 29, 1993, MP.: C. Gaviria Díaz, Sentencia C-295/93, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], enero 23, 1996, MP.: J. G. Hernández Galindo, Sentencia C-015/96, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 27, 2012, MP.: A. M. Guillén Arango, Sentencia C-489/12, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], febrero 2, 1995, MP.: H. Herrera Vergara, Sentencia C-031/95, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 16, 2015, MP.: G. E. Ortiz Delgado, Sentencia SU-172/15, [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Segunda, Subsección B, febrero 10, 2018, C.P.: S. L. Ibarra Vélez, Sentencia 2013-01223-02 (4578-16), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, Subsección C, mayo 27, 2020, C.P.: J. E. Rodríguez Navas, Sentencia 2010-00369-02(48943), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, noviembre 30, 2006, C.P.: J. E. Chemas Jaramillo, Sentencia 1995-03074-01(13074), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera Subsección A, febrero 19, 2021, C.P.: M. N. Velásquez Rico, Sentencia 2016-01574-01(63087), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Quinta Descongestión, mayo 31, 2018, C.P.: R. Araujo Oñate, Sentencia 2008-00089-01 (2113896), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, agosto 30, 2001, C.P.: G. E. Mendoza Martelo, Sentencia: 1996-8166-01(5595), [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, octubre 22, 2020, C.P.: R. A. Serrato Valdés, Sentencia: 2002-02031-01, [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, marzo 5, 2020, C.P.: J. R. Sáchica Méndez, Sentencia: 2010-00441-01, [Colom.].