

LICENCIA DE CONSTRUCCION-Deber de comunicar a los vecinos desde la solicitud y no al conceder la licencia%RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL-Falta de comunicación de la solicitud de licencia viola el debido proceso

Esta Corporación en sentencia de 18 de julio de 2001 (Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), frente a un asunto similar al que ahora es objeto de estudio sostuvo que no toda irregularidad en un trámite administrativo conlleva la nulidad del mismo, sino solo en la medida en que el vicio vulnere el derecho de defensa. En este caso, la Sala rectifica la tesis expuesta en la precitada sentencia, habida cuenta de que es evidente que si la ley ha previsto que desde un comienzo, tratándose de materia urbanística, los vecinos de la obra a construir estén enterados de la misma, es porque el legislador ha sido conciente de que la garantía de su derecho de defensa tiene como punto de partida el momento procesal de la comunicación de la solicitud de licencia de construcción, a fin de que los mismos preparen sus argumentos en torno de la viabilidad o inviabilidad de la obra a construir. Considerar que con la posibilidad de interponer los recursos se sana la irregularidad de la falta de comunicación de la solicitud, es cercenar el derecho de defensa, pues el término para ejercitar los medios de impugnación es muy limitado (5 días), en tanto que el legislador previó en estos casos uno mucho más amplio desde la comunicación de la solicitud hasta la notificación del acto administrativo de otorgamiento. De tal manera que los actos acusados, en virtud de su expedición irregular que afecta el debido proceso, deben ser declarados nulos.

LEY 9 DE 1989 ARTICULO 65

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01415-01

Actor: URBANIZACIÓN MULTIFAMILIAR CONDOMINIO CAMPESTRE ROSEDAL.

Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN

Recurso de apelación contra la sentencia de 7 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del Municipio de Medellín contra la sentencia de 7 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La **URBANIZACIÓN MULTIFAMILIAR CONDOMINIO CAMPESTRE ROSEDAL**, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

Son nulas las Resoluciones núms. 039L y 040L de 13 de enero de 1995, emanadas del Arquitecto de Urbanizaciones del Departamento de Licencias del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana del Municipio de Medellín, que otorgaron licencia de construcción al señor RAUL FAJARDO MORENO para el proyecto denominado "Pinar del Río", con un índice máximo de ocupación de 80% del área neta y de 1.9 de índice máximo de construcción; 0557 de día 14 de Marzo de 1995, expedida por el mismo funcionario, que resolvió el recurso de reposición y 017 de 27 de abril de 1995, del Director del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana del Municipio de Medellín, que resolvió el

recurso de apelación interpuesto contra aquéllas Resoluciones.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se disponga la demolición de la parte de la obra que está construida en el área correspondiente al retiro exigido en el artículo 214 del Acuerdo 38 de 1990; y se condene al Municipio de Medellín a dejar a la Urbanización Multifamiliar Conjunto Campestre Rosedal indemne, mediante el pago de la suma de dinero que a título de restablecimiento del derecho señale el Tribunal.

I.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Que el día 8 de marzo de 1983 se otorgó a la COOPERATIVA DE HABITACIONES licencia núm. 08950-83 para la construcción de la URBANIZACIÓN ROSEDAL, situada en la calle 10 núm. 30-60 de Medellín, el cual posteriormente se sometió al régimen de propiedad horizontal. En el certificado de alineamiento se exigió el retiro de los predios colindantes "según normas".

2.-Que el 29 de octubre de 1993, la empresa AROCO LTDA solicitó a Planeación Metropolitana informe sobre las normas de construcción para el lote situado en el cruce de la transversal inferior con calle 10, a la cual se le informó que debía tener en cuenta los artículos 205 a 217 del Acuerdo

38 de 1990, dentro de los cuales se encuentra el artículo 214, relativo al retiro de los predios colindantes.

3.- Manifiesta que el día 25 de noviembre de 1994, desde el condominio Rosedal, se informó a las autoridades de Planeación que se había iniciado un proceso de construcción en el lote en mención, las cuales se limitaron a expresar que apenas estaba radicada la solicitud de licencia y que "En caso de aprobarse dicho proyecto, serán notificados a los vecinos para que hagan valer sus derechos".

4.- Que el 13 de enero de 1995, se expidió la Resolución 039L, por parte del Arquitecto de Construcciones del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana del Municipio de Medellín, en virtud de la cual se otorgó licencia de construcción a Raúl Fajardo Moreno para que en el predio referido se construyera el proyecto denominado "PINAR DEL RIO" y no se exigió retiro alguno del lindero con ROSEDAL.

5.- Aduce que oportunamente la Administración de la URBANIZACIÓN MULTIFAMILIAR CONDOMINIO ROSEDAL interpuso recurso principal de reposición y subsidiario de apelación contra el acto administrativo que concedió la licencia, y lo sustentó en debida forma; y que por Resolución núm.0557 de 14 de marzo de 1995, expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana de Medellín, se resolvió el recurso de apelación confirmando el acto administrativo que otorgó la licencia.

I.3. A juicio de la actora se quebrantaron los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, ya que la Administración Municipal de Medellín, al expedir los actos acusados, desconoció de manera ostensible el derecho fundamental a la igualdad, pues si se exigió a los constructores de ROSEDAL guardar retiro respecto del PINAR DEL RIO, obviamente también ha debido exigirse a los constructores de éste último el mismo retiro del lindero común, porque no existe razón alguna que justifique prescindir en este caso de tal exigencia.

2.- Manifiesta que se vulneró la Ley 9a de 1989, en su artículo 65, y el Decreto 1319 de 1993, ya que éstos exigen que "Las solicitudes de licencia y de patentes serán comunicadas a los vecinos, a quienes se citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos.".

Estima que se irrespetó el derecho fundamental al Debido Proceso, pues para las autoridades municipales la citación a los vecinos es posterior a la licencia, y se limitan a notificar el acto que la concede, lo que es contrario al precepto expreso y específico de la ley, que garantiza la presencia de los vecinos en el trámite de la formación del acto mismo, no apenas en su impugnación, cuando ya existe una decisión adoptada.

3.- A su juicio, se violó el artículo 10o del Decreto 1319, el cual dispone que sólo una vez ejecutoriado el acto que

concede la licencia y pagados los impuestos respectivos puede iniciarse la ejecución de la obra, pues desde el 25 de noviembre de 1994 el solicitante ya había desencadenado los procesos de construcción, situación de la cual la administración de ROSEDAL enteró a Planeación, quien obró con la mayor negligencia y con una sospechosa condescendencia.

4.- Estima que se quebrantó el artículo 214 del Acuerdo 38 de 1990, pues el uso autorizado para la Calle 10 es residencial y era forzoso para el caso en estudio exigir el retiro de seis metros desde el lindero con ROSEDAL, sin necesidad de otras elucubraciones.

5.- Considera que se incurrió en falta de motivación cuando la Administración aduce la "inmanejabilidad" para liberar al constructor de PINAR DEL RIO de la carga de guardar el retiro de seis metros.

I.4.- La entidad demandada, dentro del término legal, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Señala que la solicitud de nulidad de unos actos por no haberse publicado la solicitud de licencia de construcción y urbanización no es procedente, dado que se tuvo la oportunidad para oponerse a la licencia en el campo de la vía gubernativa; que el solo hecho de la expedición de la licencia no le genera al beneficiario la posibilidad de iniciar construcción, pues

primero debe ejecutoriarse el acto y allegarse los documentos de que trata el Decreto Municipal 32 bis de 1994.

Es decir, que aunque se falló en la publicación de la solicitud, no se vulneró ningún derecho.

Frente a la violación del derecho a la igualdad, a que se contrae la demanda, aclara que la información dada por el Municipio ha sido ajustada a las previsiones consagradas en el Acuerdo 38 de 1990 (Estatuto Municipal de Planeación, uso de suelo urbanismo y construcción), y a los planos respectivos; que, además, en estos casos similares solamente se solicitaron normas no licencias con anteproyectos.

Por último, señala que las pretensiones de la demanda no pueden ser acogidas favorablemente porque se procedió con estricta sujeción a las previsiones que regulan la materia (Acuerdo Municipal 38 de 1990, artículo 276 numera 12, entre otros) y, consecuentemente, si la actora tenía algún reparo frente a la específica consagración normativa debió demandar la nulidad de sus disposiciones y no la aplicación concreta que de ella se hizo.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de las Resoluciones expedidas por el Departamento de Planeación Metropolitana de Medellín y, a título de restablecimiento del

derecho, condenó al Municipio a pagar a favor de la actora, la suma de \$90'263.606.00, a título de indemnización, en razón a la depreciación que sufrieron los apartamentos con la construcción vecina.

Para ello, razonó, principalmente, de la siguiente manera:

Estima que la participación del ciudadano debe darse, por regla general, antes de la expedición del acto principal, a riesgo de que se vulnere el derecho a tal participación (Derecho Constitucional Fundamental). Así lo dispone el artículo 40 de la Carta que al efecto establece: del "derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" es titular de todo ciudadano.

Trae a colación apartes de la providencia del Consejo de Estado (auto de 24 de septiembre de 1998) con ponencia del Consejero doctor Ricardo Hoyos Duque, en la cual se sostuvo:

"...De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art.29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esa decisión estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública..."

Concluye que los actos demandados adolecen de nulidad por violación del derecho a la participación y al debido proceso, pues no se respetaron las formas esenciales propias del procedimiento, previstas en la ley, amén de que las obras se iniciaron antes de que se hubiese concedido y ejecutoriado el acto de licencia.

Enfatiza en que cuando se trata de proyectos de construcción comerciales, como el que dio origen a este proceso, la norma aplicable es el artículo 276 del Estatuto Municipal de Planeación, de cuyo texto y de la declaración rendida por el Arquitecto Luis Fernando Betancur Merino, se extrae que para el corredor de comercio suntuario no existe retiro hacia el lindero para los primeros niveles y que a partir del tercero se deben dejar 6 metros.

No accedió a la orden de demolición solicitada a título de restablecimiento del derecho, porque estimó que si el Centro Comercial PINAR DEL RÍO ocupó parte del retiro de la actora, la reclamación debe hacerse ante los jueces civiles a través de un proceso ordinario.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La entidad demandada fincó su inconformidad, en esencia, así:

Reitera que la Urbanización Multifamiliar Condominio Campestre Rosedal si bien no tuvo la posibilidad de intervenir frente a la solicitud de la Licencia, sí tuvo la oportunidad de interponer los recursos de reposición y apelación en contra de las Resoluciones, o sea antes de la autorización para la iniciación de las obras.

Alegan que no debió prosperar la pretensión de restablecimiento del derecho, porque el mismo Tribunal reconoce al desechar la pretensión de demolición de la parte de la obra que está construida en el área correspondiente al retiro, que de las pruebas arrojadas al expediente se colige que la Administración aprobó el proyecto de acuerdo con las normas pertinentes; y que lo relativo a la ocupación del proyecto en predios de la copropiedad no es dable porque la vía indicada para que se recupere el dominio y la posesión es un proceso ordinario.

En su opinión, la condena al pago de la suma de \$90.263.606 carece de todo soporte, dado que el avalúo de los peritos se dio partiendo de la base de que se construyó la urbanización "sin tener en cuenta que en la parte de atrás, esta ubicada una Urbanización Residencial..."; empero, según lo reconoce el fallo, para la aprobación del proyecto se aplicó la normativa pertinente para el desarrollo comercial.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos acusados otorgaron licencia de construcción al señor RAUL FAJARDO MORENO para el proyecto denominado "Pinar del Río", con base, entre otras, en las disposiciones de la Ley 9ª de 1989 (folios 56, 63 a 68, 69 a 71, del cuaderno principal).

Conforme al artículo 65 de la Ley 9ª de 1989, **la solicitud** de licencia de construcción debe comunicarse a los vecinos.

En este caso, está demostrado en el proceso que dicha comunicación no se llevó a cabo, sino que, posteriormente, **una vez se otorgó la licencia**, se ordenó notificar a los vecinos, para que dentro de los cinco días siguientes a su notificación pudieran interponer los recursos de reposición y de apelación, según también lo dispone el artículo 65 de la citada Ley 9ª (ver folio 56 vuelto).

Sobre este aspecto, resulta oportuno resaltar que esta Corporación en sentencia de 18 de julio de 2001 (Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), frente a un asunto similar al que ahora es objeto de estudio sostuvo que no toda irregularidad en un trámite administrativo conlleva la

nulidad del mismo, sino solo en la medida en que el vicio vulnera el derecho de defensa.

Al efecto, precisó la Sala en la referida sentencia:

"... observa la Sala que en la documentación aportada con la solicitud de la licencia la actora aparece como un tercero determinado, toda vez que está identificada en el folio de matrícula como colindante del terreno objeto de la solicitud y como quiera que no se evidencian circunstancias que hicieran costosa o demorada la citación de la misma, o que no se le pudo hacer, ella ciertamente debió haber sido citada de manera directa; de modo que, en su caso, la publicación no puede aducirse como un medio válido para el efecto, puesto que no se dan los supuestos que la justifican, según el artículo 14 del C.C.A. y, menos, según el artículo 15, ibídem.

Sin embargo, la Sala considera que esta omisión quedó subsanada cuando la actora intervino en el procedimiento administrativo respectivo, aprovechando una de las oportunidades existentes para ello, cual es la de la vía gubernativa..."

En este caso, la Sala rectifica la tesis expuesta en la precitada sentencia, habida cuenta de que es evidente que si la ley ha previsto que desde un comienzo, tratándose de materia urbanística, los vecinos de la obra a construir estén enterados de la misma, es porque el legislador ha sido conciente de que la garantía de su derecho de defensa tiene como punto de partida el momento procesal de la comunicación de la solicitud de licencia de construcción, a fin de que los mismos preparen sus argumentos en torno de la viabilidad o inviabilidad de la obra a construir.

Considerar que con la posibilidad de interponer los recursos se sana la irregularidad de la falta de comunicación de la solicitud, es cercenar el derecho de defensa, pues el término para ejercitar los medios de impugnación es muy limitado (5 días), en tanto que el legislador previó en estos casos uno mucho más amplio desde la comunicación de la solicitud hasta la notificación del acto administrativo de otorgamiento.

De tal manera que los actos acusados, en virtud de su expedición irregular que afecta el debido proceso, deben ser declarados nulos.

Ahora, según el texto del artículo 276 del Estatuto de Planeación, el retiro para corredor de comercio suntuario se debe dejar a partir del tercer nivel y los retiros deben ser de 6.00 metros.

Cabe resaltar que el Arquitecto Luis Fernando Betancur Merino, persona que fungió para la época en que se expidieron los actos acusados como Jefe de la Sección de Aprobación Construcciones de la entidad demandada, rindió ante el Tribunal declaración y frente a la pregunta del a quo acerca de **cuál fue la razón para que al Proyecto Pinar del Río no se le exigiera retiro**, contestó:

"Las zonas comerciales tienen sin lugar a dudas un manejo completamente distinto al de las zonas residenciales. No lo que tiene que ver con índices de ocupación de construcción, usos exigencia de

parqueo y retiros, por lo que el lote en cuestión estando cobijado por la norma de corredor de comercio suntuario tiene un manejo de retiros a la luz del Estatuto que permite que exista una mayor ocupación a si se tratara de zona residencial y unos retiros diferentes para el caso de lotes que no forman parte de una urbanización como es el caso de Pinar de Río **lo que motivó la no exigencia del retiro lateral al costado noroccidental** con la urbanización Rosedal, la que por estar en zona residencial sí debió cumplirla..." (folio 147 del cuaderno principal- Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con el dictamen pericial visible a folios 312 a 329, la construcción no tuvo en cuenta dicho retiro del lindero común y **NO SE CONSERVÓ LA DISTANCIA**, lo cual fácilmente se advierte de las fotografías que sirven de soporte a aquél.

En consecuencia, era procedente acceder al restablecimiento del derecho, conforme lo dispuso el a quo, pues el dictamen pericial rendido en el proceso, que sirve de soporte a la condena, está bien fundamentado y ofrece credibilidad.

Acorde con lo precedentemente expuesto, debe la Sala confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 13 de septiembre de 2007.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO