



CONTRATO URBANÍSTICO O AGENTE URBANIZADOR

FRANCISCO GNECCO ESTRADA*

RESUMEN

En 1994, la Comunidad Valenciana revolucionó el derecho urbano creando un instrumento nunca antes visto en la gestión urbana: el agente urbanizador. Por medio de este, no solo se vinculó al no propietario a la gestión y urbanización del suelo, sino que se le otorgó a la administración local la facultad de imponer la iniciativa privada sobre los rígidos planes de ordenación u ordenamiento, dando flexibilidad al postulado constitucional de la función social de la propiedad. Este trabajo se propone analizar la forma como esta institución se concibe en el derecho español y la razón por la cual resulta, no solo procedente, sino necesaria su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico

Palabras clave: contratación pública; derecho urbano; derecho administrativo; agente urbanizador; contratación administrativa; Estado autonómico; función social de la propiedad; contrato urbanístico.

*Fecha de recepción: 8 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

* Francisco Gnecco cursa actualmente 10º semestre de derecho en la Universidad de los Andes y se desempeña como asesor jurídico del proyecto de renovación urbana “Progresía Fenicia”.
Correo: f@gnecco.com

URBANISTIC CONTRACT OR URBANISTIC AGENT

ABSTRACT

In 1994 the Valencian Community of Spain, created a revolution regarding urban planning law, known as the “Agent Developer”. This agent, is in charge of taking into account those who are not the land owners when a construction project is being developed, but also local authorities –governments- have the right to impose private initiatives over the rigid land-use plans, these under the strict observance of the constitutional principle of the social end of private property. This paper seeks to analyze how the “Agent Developer” has worked within the law of Spain, and unveil the reasons, why it is needed to establish such an institution in the Colombian legal system.

Keywords: *public procurement; development law, administrative law; development agent; autonomous community; social function of property; planning contract.*

INTRODUCCIÓN

Señala el jurista y magistrado de la Corte Constitucional, Luis Guillermo Guerrero, que:

“... la comparación jurídica es una operación de contraste entre ordenamiento, institutos y normativas, cuyo valor como herramienta depende que el cotejo se lleve a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico”.¹

Pues, de acuerdo con él, una simple referencia “al Derecho internacional o a los ordenamiento jurídicos de Estados distintos del propio puede considerarse como un ejercicio de Derecho comparado, pues si no se hace de manera sistemática puede conducir a equívocos y distorsiones”.²

1 Luis Guillermo Guerrero Pérez. *Justicia transicional en el derecho comparado*. Diálogo constitucional para la paz: Memorias del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional de Colombia. Pág. 101. Ed., Universidad del Rosario. (2014).

2 *Ibid.* Pág. 102.

Con esto en mente, y con el objetivo de evitar proveer una visión descontextualizada del contrato urbanístico -a la luz del ordenamiento colombiano-, es preciso empezar por una breve reseña del derecho español que regula esta materia, en la que, como punto de partida y dada su relevancia para el tema a tratar, se explique la forma en que se organizan sus autoridades administrativas y la manera en que estas se reparten las competencias con respecto a la ordenación del suelo. Luego se analizarán la figura del agente urbanizador en la legislación valenciana, el interés general como función administrativa y se concluirá con una breve explicación de cómo funcionan hoy en día las llamadas operaciones estratégicas urbanas en Colombia.

1. DE LA LEY DEL SUELO DE 1956 AL AGENTE URBANIZADOR VALENCIANO DE 1994

Los orígenes de las disposiciones reguladoras del uso del suelo –o derecho urbano- en España se remontan al siglo XIX, cuando se estableció que las propiedades inmuebles ubicadas alrededor de las ciudades debían ser destinadas al ‘ensanche’³ de la urbe, por encima de la voluntad de los propietarios, atendiendo la importancia que esto representaba a las ciudades.⁴ Luego, en 1924, se establecieron expropiaciones en los predios que iban a ser destinados para la construcción de vías.⁵ Pero no fue sino que se crearon la Ley de expropiaciones de 1954⁶ y la Ley de suelos de 1956 –las grandes obras del derecho urbanístico español-, cuando en realidad se reguló de forma estructural la intervención del Estado en el derecho de propiedad.

La Ley de suelos de 1956 materializó en normas la función social que se incorpora a la propiedad, de forma que el interés general limita el poder dispositivo que ostenta el propietario sobre su bien. Adicionalmente, se designó al municipio como la entidad administrativa que impondría los límites al propietario para los usos del suelo, y la que ejecutaría los instrumentos

3 Así se le denomina a la expansión de urbes en el léxico urbanista en España.

4 Marta Lora-Tamayo Vallvé. *El urbanismo español: una visión de conjunto*. La ciudad y el derecho: una introducción al derecho urbano contemporáneo. Pág. 443. Ed., Uniandes. (2012).

5 *Ibid.* Págs. 437-439.

6 Sobre esta norma señaló el doctrinante Juan Alfonso Santamaría Pastor: “Finalmente, sería el régimen franquista el que introdujese por la vía de la ley de Régimen Local (1950) y la ley de Expropiación Forzosa (1954), los principios de la responsabilidad del Estado que fueron la piedra angular del artículo sobre responsabilidad patrimonial del Estado, introducido en el proceso constituyente de 1978 mediante los artículos 33.3 y 106.2 anteriormente citados”. Juan Alfonso Santamaría Pastor. *Principios de Derecho Administrativo*. Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (2000).

urbanos para hacer realidad los llamados planes generales de ordenación territorial.⁷

No obstante, la Constitución de 1978 introdujo un cambio esencial a la estructura del Estado, que daría un vuelco fundamental a la ordenación del territorio. Definió a España como un Estado Autonómico, en el cual las comunidades pueden, conforme a la Constitución y la ley estatal, crear leyes.⁸ La propiedad tiene una reserva constitucional de ley,⁹ lo cual quiere decir que tanto el Estado, como las comunidades, en ejercicio de sus respectivas facultades legislativas, pueden imponer límites a su ejercicio.

La ley estatal en España nunca impuso un procedimiento objetivo sobre la forma como deben gestionarse los planes de ordenamiento del suelo en todo el territorio. En contraste, sí lo hace en Colombia la Ley 388 de 1997 –teniendo en cuenta que en Colombia también existe la reserva de ley para la imposición de límites a la propiedad, y que por tanto el Congreso de la República es el único facultado a hacerlo-. Así las cosas, en España es facultativo de cada comunidad autonómica la estipulación de los procedimientos necesarios para poder establecer la forma en que se planifica la ordenación del territorio y la manera en que se ejecuta lo planeado.

Un ejemplo que permita ilustrar mejor esta distinción es la diferencia en que la Comunidad Valenciana y Aragón conciben el procedimiento para la expedición o revisión del plan general de ordenación del territorio. En la Comunidad Valenciana, la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, Lruv,¹⁰ y posteriormente la Ley Urbanística Valenciana, LUV,¹¹ y la Ley de Ordenamiento del Territorio Urbanismo y Paisaje, Lotup,¹² señalaron que el plan general de ordenación territorial debe formularse en el Ayuntamiento –o municipio- donde

7 José María Castañares Gandía. *Derecho urbanístico y medio ambiente*. Tesis de Diplomatura en Gestión y Administración Pública <http://www.jmcprl.net/PUBLICACIONES/F13/DerUrbMAmb.pdf>. Pág. 14. (Consultado el 10 de abril de 2015).

8 Manuel Aragón Reyes. *La construcción del Estado Autonómico*. Revista general de derecho constitucional. Pág. 83. Edición 1ª de 2006.

9 “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia. La función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Constitución española. Artículo 33. 29 de diciembre de 1978.

10 Ley 6/1994, *Reguladora de la Actividad Urbanística de la Generalitat Valenciana*. 15 de noviembre de 1994. Publicada en el Docv N° 2394 del 24 de diciembre de 1994.

11 Ley 16/2005 de la Generalitat, *Urbanística Valenciana*. 30 de diciembre de 2005. Publicada en el Docv n° 5167 del 31 de diciembre de 2005.

12 Ley 5/2014 de la Generalitat, de *Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Publicada en Docv N° 7329 del 31 de julio de 2014

se decidirá sobre el primer borrador, pero su aprobación final se remite a la Generalitat,¹³ que decidirá de conformidad con el *plan de acción territorial de finalidad urbanística*,¹⁴ cuya aplicación se extiende a toda la comunidad.

Mientras tanto, en Aragón, si bien el gobierno de la comunidad participa en el trámite, tanto la formulación de un primer borrador como su aprobación final corresponden al Ayuntamiento. El gobierno de Aragón puede participar en el procedimiento por medio del Consejo Provincial Urbanístico, enviando comentarios al primer borrador aprobado por el Ayuntamiento, los cuáles son vinculantes y deben ser atendidos. No obstante, al final del procedimiento, el que aprueba o imprueba el plan general de ordenación territorial es el Ayuntamiento en pleno -el alcalde y el concejo municipal-.¹⁵

2. EL AGENTE URBANIZADOR EN EL DERECHO URBANÍSTICO VALENCIANO

En este orden de ideas, la LRUV presentó la novedad del agente urbanizador como herramienta idónea para lograr financiar el planeamiento y la ejecución de obras de urbanismo. Esta figura se presentó como un mecanismo para solucionar la dificultad de gestión de las determinantes de los planes de ordenación que se proponían generar suelo urbano edificable. Los planes de ordenación siempre habían intentado incorporar mecanismos de participación de privados, pero nunca se había hecho mediante un procedimiento de contratación pública, es por eso que la LRUV se erige como un punto de quiebre histórico en el derecho urbano.¹⁶

El mecanismo del agente urbanizador propone lograr que un privado asuma la construcción de vías de acceso, redes y demás condiciones del predio urbanizado, por tener la mejor propuesta de planeamiento del inmueble, en atención al interés general. Tanto en la LRUV, como en su posterior reforma, la LUV, se planteó que sea el urbanizador quien adelanta las gestiones de planeación mediante la realización de estudios y quien financia las obras que

13 Autoridad administrativa de la Comunidad Autónoma Valenciana.

14 José María Castañares Gandía. *Derecho urbanístico y medio ambiente*. Tesis de Diplomatura en Gestión y Administración Pública <http://www.jmcprl.net/PUBLICACIONES/F13/DerUrbMAmb.pdf>. Págs. 17 y 18. (Consultado el 10 de abril de 2015).

15 Ley 3 de Urbanismo de Aragón. 17 de junio de 2009. Artículo 49. Publicada en el BOA N° 124 de 30 de junio de 2009.

16 Ley 6/1994, *Reguladora de la Actividad Urbanística de la Generalitat Valenciana*. Artículo 44. 15 de noviembre de 1994. Publicada en el Docv N° 2394 del 24 de diciembre de 1994.

permiten que el suelo sea urbanizable.¹⁷ El modelo impuesto por la LOTUP separa al urbanizador del planeador, con lo cual se logra un retroceso, toda vez que el revolucionario de este contrato es delegar en el contratista la gestión completa con el beneficio de tener un solo proceso de selección y solo contrato.¹⁸

No obstante, el solo hecho de la posibilidad de que se presenten iniciativas privadas, constituye una *alternativa* a la planeación de proyectos urbanos, toda vez que por medio de la presentación de la propuesta para la realización de la actuación integrada –planeamiento y urbanismo–, puede modificarse incluso la norma urbana que define el uso que se le dará al lote o su densidad e índice de edificabilidad, etcétera. Con elocuencia, González-Varas explica la conveniencia de delegar en el contratista el planeamiento y las obras:

“En la práctica, el quid del modelo valenciano está en permitir que, simultáneamente, pueda presentarse el planeamiento, la programación e incluso la reclasificación del suelo. En todo caso, financia el empresario (más bien los bancos) no la administración, si bien pagará el propietario quien se beneficia de la urbanización”.¹⁹

2.1 Naturaleza jurídica del contrato urbanístico

Se trata de un contrato público entre el ayuntamiento y el urbanizador, que se adjudica por medio de un concurso público en el que gana la mejor propuesta de ordenamiento,²⁰ en el que el urbanizador realiza el planeamiento y la financiación de las obras de urbanismo por su cuenta y riesgo,²¹ cuyo pago lo realizará el propietario y podrá ser en metálico –dinero– o en especie –parcelas urbanizadas o títulos valores de metros cuadrados–, dependiendo de lo que en el Programa –pliego de condiciones– se estipule.²² En lenguaje jurídico colombiano significa que el alcalde suscribe con un contratista las obras de urbanización de unos

17 Ley 16/2005 de la de la Generalitat, *Urbanística Valenciana*. 30 de diciembre de 2005. Artículo 119. Publicada en el Docv N° 5167 del 31 de diciembre de 2005.

18 Novedades de la Ley 5/2014 de *Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Rafael Eloy Montero González. <http://www.abogadosdealicante.info/novedades-de-la-ley-52014-de-ordenacion-del-territorio-urbanismo-y-paisaje-de-la-comunidad-valenciana/>. (Consultado el 12 de abril de 2015)

19 Santiago González-Varas Ibáñez. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Pág. 609. Ed., Aranzadi, S.a. (2009).

20 Ley 5/2014 de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana. Artículo 130. Publicada en Docv N° 7329 del 31 de julio de 2014.

21 *Ibid.* Artículos 112.2.a y 133.

22 *Ibid.* Artículo 143.

lotes, mediante un contrato de concesión, que será pagado por el propietario, quien será el directo beneficiario.

A este contrato le es aplicable, con carácter supletorio, la Ley de Contratos de Administración Pública que fue adoptada por el Real Decreto Legislativo 2 de 2000,²³ con lo cual resulta claro que se trata de un contrato público especial. Por ende, le aplicaba –como le aplicaría en Colombia- todas aquellas particularidades de los contratos públicos, como lo son las facultades excepcionales a favor de la Administración, como la interpretación preferente de cláusulas o la posibilidad de sancionar e incluso acabar el contrato ante el incumplimiento del contratista,²⁴ hasta el régimen general de inhabilidades, con la prohibición especial para participar de una urbanización a quien haya participado en la formulación del Plan General, el Plan Parcial o cualquier documento donde se conciba el tratamiento urbanístico de determinado sector.²⁵

El alcalde podrá decidir gestionar directamente la urbanización y no contratar a ningún agente privado. No obstante, bien sea el alcalde o el privado, las obras de construcción se deberán contratar por medio de una licitación de obra.²⁶ No obstante, el privado podrá realizar la licitación en única audiencia ante notario, toda vez que su relación con el constructor se registrará por el derecho privado,²⁷ mientras que si se trata de gestión directa por el ayuntamiento, será un contrato de obra pública.

2.2 Diferencias del contrato urbanístico con el contrato de concesión de obra pública

A simple vista pareciese que se tratara de un contrato de concesión de obra pública; no obstante, es prudente establecer una serie de diferencias que se antojan necesarias para su comprensión. En primer lugar, lo fundamental del contrato urbanístico es que se selecciona la mejor idea de planeamiento, la ordenación más adecuada o idónea para el ayuntamiento; razón por la cual el concurso tiene valoraciones urbanísticas subjetivas que resultan puntuables.²⁸ Los contratos de obra pública se adjudican por al oferente que presentó el menor

23 *Ibíd.* Artículo 131.

24 *Ibíd.* Artículo 134.

25 *Ibíd.* Artículo 125.

26 *Ibíd.* Artículo 156.

27 *Ibíd.*

28 Santiago González-Varas Ibáñez. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Pág. 670. Ed., Aranzadi, S.a. (2009).

precio para realizar las obras contempladas, por lo que el valor es por regla general el único criterio que otorga puntaje. Esto ocurre de esta forma tanto en Colombia²⁹ como en España.³⁰

La segunda diferencia fundamental se refiere a la forma en que se compensa o se retribuye al contratista como contraprestación. Y es que, a diferencia de los contratos de concesión de obra pública, el agente urbanizador no explota las obras de urbanización por medio de la explotación del servicio de la obra realizada. Su pago proviene del propietario³¹ -aunque en realidad quien termina pagando el sobre costo de la urbanización es el adquirente final, quien compra el producto urbanizado-.

2.3 Garantías a los propietarios

Una de las críticas al contrato urbanístico radica en que es una intromisión excesiva al ámbito del propietario y este no tiene forma de participar en la decisión de si es o no justificable la intervención del Estado –bien sea directamente o por interpuesta persona de derecho privado-. Al respecto es necesario afirmar que la LUV y la LOTUP contemplaron ciertas formas en que puede vincularse el propietario al proceso,³² con la limitación de nunca poder impedir que se realice el proyecto, toda vez que se trata de una manifestación del postulado de función social de la propiedad, en protección del interés general.

Algunas de las garantías que ostenta el propietario son el derecho a ser expropiado por parte del urbanizador³³ y a retirarse de la urbanización siempre y cuando los socios de la Actuación Integral así lo consientan.³⁴ Tiene como derechos participar en el proyecto aportando su lote originario e incluso capital financiero, recibiendo a cambio el solar urbanizado con los metros cuadrados

29 Ley 80 de 1993. Por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública. Publicada el 28 de octubre de 1993 en el DO N° 41.094.

30 Real Decreto Legislativo 2 de 2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Publicada en BOE N° 148 del 21 de junio de 2000.

31 Santiago González-Varas Ibáñez. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Pág. 671. Ed., Aranzadi, S.a. (2009).

32 La Lotup contempla la subrogación del propietario en urbanizador, si este así lo decide, terminando el contrato del urbanizador seleccionado. Ley 5/2014 de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana. Artículo 118. Publicada en Docv N° 7329 del 31 de julio de 2014.

33 Santiago González-Varas Ibáñez. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Pág. 611. Ed., Aranzadi, S.a. (2009).

34 *Ibid.* 662.

que le corresponda. El Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia –corte judicial de cierre en materia de interpretación de la Lotup- se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la compensación a propietarios, señalando que los valores por metros cuadrados en los que se encuentran avaluados los terrenos deberán tener una coherencia respecto de su localización, de tal forma que no se vulnere “el principio de igual equidistribución”.³⁵

3. EL INTERÉS GENERAL COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1 La función social de la propiedad es una función administrativa

El preámbulo de la Lruv señaló con elocuencia los cambios económicos que motivaban a vincular empresarios y desvincular propietarios al proceso de urbanización. Para el legislador valenciano era claro que la España anterior al régimen de Franco carecía de “desarrollo industrial, empresarial y tecnológico”, y que “la tierra es el signo externo de riqueza por antonomasia”.³⁶ En el contexto en que el terrateniente era un potentado con considerable capacidad financiera, en épocas donde “la hipoteca inmobiliaria era la clave jurídica del sistema crediticio y bancario”,³⁷ era comprensible que se impusiera al propietario la carga de desarrollar la tierra de la mejor forma.

Sin embargo, esta realidad no implicaba, ni tampoco lo hace ahora, que el propietario sea “... por propia vocación, agente de designios públicos”.³⁸ El modelo de norma urbana que se implantó en la España de los años cincuenta por medio de la LS1956 – que sin duda puede caracterizarse como el que actualmente funciona en Colombia- respondía a las necesidades económicas de la época. Sin embargo, en un Estado moderno no es posible concebir que la función social de la propiedad sea realizada exclusivamente por los propietarios, toda vez que corresponde a una materialización del Estado Social de Derecho³⁹ –adoptado por España en 1978 y por Colombia en 1991-.

35 Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sentencias del 16 de marzo de 2001, 9 de julio de 2002 y 11 de diciembre de 2002. Ponencias de Purificación Martorell Zuleta, Juan Luis Llorente Almiñana y María Llorente Ramos.

36 Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Generalitat Valenciana. Preámbulo. 15 de noviembre de 1994. Publicada en el Docv N° 2394 del 24 de diciembre de 1994.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-440 de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Desde que Darío Echandía presentó la función social de la propiedad – mucho antes de la consagración constitucional de la cláusula de Estado Social de Derecho-, se creó la necesidad de acomodar jurídicamente la propiedad a las necesidades de la comunidad.⁴⁰ Así lo dijo durante un debate en el que se daba curso al trámite del acto legislativo en el que se llevaría a cabo la reforma constitucional de 1936:

“Lo que nosotros hemos querido es, pues, aflojar la traba que la Constitución del 86 le puso al Legislador respecto de propiedad privada, teniendo como finalidad el concepto de que la propiedad es una función social. Esto es, que quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no solo no perjudique a la comunidad, sino que sea útil a ella”.⁴¹

Ahora, es necesario que la Administración sea protagonista del proceso de garantía de los fines del interés general. El Estado Social de Derecho ha dejado de un lado la intervención pasiva, según la cual se limita a disponer del marco jurídico necesario para las condiciones idóneas del mercado y ha pasado a tomar posición activa, adoptando medidas tendientes a promover y regular el crecimiento económico y proporcionar “*apoyo logístico*”.⁴²

Así como el núcleo de la función social de la propiedad radica en que el interés de la comunidad prevalezca sobre el interés particular,⁴³ así también

40 No obstante, la propiedad, desde los albores del Estado Liberal, se concibió normativamente como un ejercicio autónomo de libertad, incluso arbitrario, cuyo límite se encontraba únicamente en la ley o el derecho ajeno. María Mercedes Maldonado, citando a Joseph Comby, diría al respecto que “*la propiedad territorial absoluta* –léase, desprovista de límite alguno- nunca existió, fue un proyecto, por no decir que un fantasma”. Ahora bien, la propiedad era un derecho “potencialmente ilimitado” y evolucionó de una regulación negativa -en la que únicamente debe impedir vulnerar la ley o el derecho ajeno- a una obligación positiva de ejercicio con atención al interés general, en virtud de una función social. Con este argumento se declaró inconstitucional el adverbio “arbitrario” como calificativo del ejercicio del derecho de propiedad en la sentencia C-561 de 1999 de la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Carlos Gaviria Díaz.

María Mercedes Maldonado Copello. *La propiedad en la Constitución Política de 1991. Superando la tradición del Código Civil*. Ponencia presentada en el Simposio: “La nación multicultural, primer decenio de la Constitución incluyente”. Ed., Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. (2001).

41 Intervención del Dr. Darío Echandía en la Cámara de Representantes, el 24 de febrero de 1936, citada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de negocios generales. Marzo 24 de 1943. Magistrado ponente: Aníbal Cardozo Gaitán.

42 Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Pág. 36. Ed., Alianza (1995).

43 Elemento que modificó la concepción misma de la propiedad desde la reforma constitucional de 1936. David Hernández Velázquez. *El desarrollo de la propiedad privada en el ordenamiento*

el núcleo del interés general es “la defensa de lo público como objeto de la administración pública”⁴⁴, toda vez que el Estado asume ahora un papel de garantía del interés general y los fines constitucionales.

Así las cosas, resulta evidente que la función social de la propiedad debe trascender de la mera enunciación en las normas urbanísticas, toda vez que su materialización está en cabeza de la Administración. El cumplimiento del interés general es por definición una función administrativa.

3.2 El contrato estatal como instrumento para materializar el interés general

Los contratos estatales se erigen sobre la base del cumplimiento de una función pública en defensa del interés general. La Corte Constitucional define este contrato como un instrumento jurídico del que se vale el Estado para poder lograr el cumplimiento mismo de los fines del Estado Social de Derecho. En ponencia del ex magistrado Marco Gerardo Monroy, la Corte Constitucional afirma:

“Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”⁴⁵.

La contratación pública implica delegar en privados funciones propias del Estado, subordinados a los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad*, los cuales suponen parámetros para el

colombiano. Revista Vniversitas. Recuperado en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%205.pdf. Pág. 91.

44 Mario Roberto Molano. *Transformación de la función administrativa*. Pág. 91. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (2005).

45 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-932 de 2007. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

cumplimiento de la función administrativa, de acuerdo con los artículos 123 y 209 de la Constitución. Se sigue, entonces, que de la importancia que reviste una función estatal, delegada en un privado, las mismas normas constitucionales señalan que es el interés general el que está llamado a determinar la forma en que actúa el contratista, el servidor público y la administración.⁴⁶ Por demás, es esta la línea de la Corte Constitucional:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”.⁴⁷

4. ESTADO DEL ARTE DE LAS OPERACIONES ESTRATÉGICAS URBANAS EN EL DERECHO URBANO COLOMBIANO

4.1 Una breve mirada al derecho urbano colombiano

Una ley que permitiera agrupar todas las disposiciones sobre ordenamiento del territorio no fue posible en Colombia sino hasta 1989, cuando, con ponencia del senador Ernesto Samper Pizano, el Congreso sancionó la llamada Ley 9 de 1989, o Ley de Reforma Urbana. El objeto de esta ley era lograr brindar instrumentos a los municipios para que en su aspecto físico y socioeconómico tuvieran mejores herramientas para ejecutar su plan de desarrollo.

No obstante, la ley de ordenamiento territorial que tuvo verdadera aplicación fue la Ley de Reforma Urbana expedida en 1997.⁴⁸ En atención al postulado

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 de 2009. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400 de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo. Mesa. Corte Constitucional. Citada en sentencias C-128 de 2003, C-932 de 2007, C-713 de 2009, entre otras.

48 Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Publicada en el DO 43.127 del 12 de septiembre de 1997.

constitucional, según el cual el municipio es en Colombia la entidad fundamental de la descentralización administrativa territorial,⁴⁹ el ordenamiento territorial es un ejemplo de una facultad exclusiva que se le confiere por mandato de la Constitución.⁵⁰ Así las cosas, la mencionada Ley de Reforma Urbana señala que el concejo municipal será el encargado de gestionar y aprobar el plan de ordenamiento territorial, posterior a la aprobación del borrador por parte de la autoridad ambiental.⁵¹

Los planes de ordenamiento territorial tendrán vigencia de mínimo tres periodos constitucionales⁵² en su parte estructural, dos en sus disposiciones a largo plazo y uno las que son a corto plazo. El procedimiento de reforma es exactamente igual al de su creación.⁵³ Se articulan al plan de ordenamiento territorial y los planes parciales, los cuales son competencia del alcalde, en cabeza de la autoridad de planeación.

Los concejos y el alcalde tienen potestad reglamentaria sobre la forma como se pone en práctica el plan de ordenamiento territorial y los planes parciales, pero carecen de la facultad de limitar el derecho de propiedad, ni tampoco de crear nuevos procedimientos o mecanismos, toda vez que la función administrativa se rige por el principio constitucional de legalidad,⁵⁴ por lo que se sujetan exclusivamente a lo que la ley disponga.⁵⁵

49 “Los entes municipales son las células fundamentales de la estructura política y administrativa del Estado; esto significa que el poder central no puede ingerir en las gestiones y decisiones locales, de acuerdo con las competencias establecidas, pues si esto ocurre se compromete la autonomía administrativa, patrimonial y fiscal que la Constitución reconoce a los entes territoriales descentralizados, con las limitaciones señaladas. Esta tesis fue reiterada en la Sentencia C-1146/2001”. Paula Robledo Silva. *La autonomía municipal en Colombia*. Pág. 225. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2010).

50 Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 313.7. Julio 7 de 1991.

51 Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Artículos 23 a 27. Publicada en el DO 43.127 de 12 de septiembre de 1997.

52 Un periodo constitucional es el tiempo que según la Constitución dura la gestión de la persona que fue elegida para el más alto cargo de la nación: el Presidente de la República. En Colombia, el periodo es de cuatro años. Artículo 190. Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 190. Julio 7 de 1991.

53 Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Artículo 26. Publicada en el DO 43.127 del 12 de septiembre de 1997.

54 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991. (Colombia).

55 “La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de

4.2 Operaciones estratégicas urbanas en Colombia

En el marco de lo anterior, las operaciones estratégicas deben gestionarse en estricto apego a la ley urbana, y la reglamentación administrativa jamás podrá modificar estas formas de vinculación. La ley colombiana, lamentablemente, solo concibe las operaciones estratégicas como actuaciones que se realizan dentro del marco del plan de ordenamiento territorial. Así lo dispone el artículo 36 de la Ley de Reforma Urbana:

“Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución que son orientadas por el componente urbano del plan de ordenamiento y deben quedar explícitamente reguladas por normas urbanísticas expedidas de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 de la presente Ley”.⁵⁶

Esta disposición impone una rigidez innecesaria al interés general y al concepto de función social de la propiedad, pues se establece que el concejo municipal es el órgano encargado de definir estos conceptos. Esto quiere decir que estos principios en materia urbana tienen periodos, toda vez que dada la dificultad del trámite y la larga vigencia de los planes de ordenamiento territorial, hace que sea mínimo cada cuatro, ocho o doce años –dependiendo de la norma señalada- que se realicen cambios que correspondan a las nuevas realidades.

Además, si bien la Ley de Reforma Urbana al referirse sobre operaciones estratégicas urbanísticas abre el espacio para que un empresario privado no propietario participe en la urbanización u operación estratégica de determinado sector,⁵⁷ falta mucho en el desarrollo de estas normas para poder disponer de un marco normativo que permita, mediante contrato público, que un contratista – como sucede en España- promueva una propuesta de planeación urbana, ejecute y financie las obras y se pague con la venta del proyecto, mientras el Estado –bajo este esquema- se sustrae de asumir, en modo alguno, cualquier clase de gasto.

5. CONCLUSIÓN

- En primer lugar, es evidente que entre España y Colombia existe una

la ley”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1005 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

56 Ley 388 de 1997. Artículo 36.

57 *Ibid.*

relación constitucional cercana respecto de la primacía del interés general como núcleo del postulado de función social de la propiedad, el cual se convierte en acción afirmativa con el fin que el ejercicio de este derecho se adecúe a lo que la sociedad necesite.

- Con esto dicho, se antoja necesario en un Estado Social de Derecho –como lo son Colombia y España-, la función social de la propiedad deje de ser una limitación al propietario para pasar a ser un fundamento de acción afirmativa de la Administración, toda vez que en ella recae el cumplimiento de los fines constitucionales.
- Así como el interés general es el núcleo de la función social de la propiedad, y esta es a su vez función administrativa, el contrato estatal es -de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia- el mecanismo idóneo para materializar estos postulados, toda vez que se antoja necesario realizar un procedimiento que garantice los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad*, atendiendo la importancia de la función que se está delegando.
- Ante la inexistente normativa sobre el contrato urbanístico en Colombia, se requiere una ley promulgada por el Congreso, ya que tanto la limitación a la propiedad como las actuaciones de la Administración tienen reserva de ley, y dicho órgano es el único competente para legislar en nuestro ordenamiento.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 de 2009. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-400 de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1005 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 1999. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006 de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de negocios generales. Marzo 24 de 1.943. Magistrado ponente: Aníbal Cardozo Gaitán.

- David Hernández Velázquez. *El desarrollo de la propiedad privada en el ordenamiento colombiano*. Revista Universitas. Recuperado en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%205.pdf. Pág. 91.
- Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed., Tecnos, (2006).
- José María Castañares Gandía. *Derecho urbanístico y medio ambiente*. Tesis de Diplomatura en Gestión y Administración Pública <http://www.jmcprl.net/PUBLICACIONES/F13/DerUrbMAmb.pdf>. Pág. 14. (Consultado el 10 de abril de 2015).
- Juan Alfonso Santamaría Pastor. *Principios de Derecho Administrativo*. Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (2000).
- Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Ed., Legis. (2004).
- Luis Guillermo Guerrero Pérez. *Justicia transicional en el Derecho Comparado*. Diálogo constitucional para la paz: Memorias del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional de Colombia.
- Manuel Aragón Reyes. *La construcción del Estado Autonomico*. Revista general de derecho constitucional. Pág. 83. Edición 1ª de 2006.
- Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Pág. 36. Ed., Alianza. (1995).
- María Mercedes Maldonado Copello. *Utopía para los excluidos: El multiculturalismo en África y América Latina*. Propiedad y territorio en la Constitución de 1991. Págs. 347-361. Ed., CES (224).
- María Mercedes Maldonado Copello. *La propiedad en la Constitución Política de 1991. Superando la tradición del Código Civil*. Ponencia presentada en el Simposio: “La nación multicultural, primer decenio de la Constitución incluyente”. Ed., Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. (2001).
- Mario Roberto Molano. *Transformación de la función administrativa*. Pág. 91. Ed., Pontificia Universidad Javeriana (2005).
- Marta Lora-Tamayo Vallvé. *El urbanismo español: una visión de conjunto*. La ciudad y el derecho: una introducción al derecho urbano contemporáneo. Pág. 443. Ed., Uniandes. (2012).
- Paula Robledo Silva. *La autonomía municipal en Colombia*. Pág. 225. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2010).
- Ramón Parada. *Derecho Administrativo*. Volumen I. Ed., Marcial Pons. (2000).
- Santiago González-Varas Ibáñez. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Pág. 671. Ed., Aranzadi, S.A. (2009).