



Bogotá, D. C.,

Asunto: Consulta – Subsidio Familiar de Vivienda – Ley 996 de 2015 (Ley de Garantías).
Radicado 2023ER0091264 del 17/07/2023, recibido en la Oficina Asesora Jurídica el día 18/07/2023.

Cordial saludo,

En atención a la consulta del asunto, en la cual realiza unos interrogantes sobre el subsidio familiar de vivienda en el marco de ejecución de un programa de vivienda y la aplicación de la Ley 996 de 2015 (Ley de Garantías), se realizan algunas consideraciones de conformidad con las funciones asignadas a la Oficina Asesora Jurídica por el Decreto Ley 3571 de 2011¹, especialmente la función de emitir conceptos de carácter general sobre los asuntos de competencia del Ministerio, sin pronunciamientos sobre situaciones de carácter particular y concreto.

La petición será atendida en la modalidad de consulta, con el término para resolverse de 30 días siguientes a su recepción, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015.

Antecedentes:

«El Municipio se encuentra adelantando estudios y diseños para el desarrollo de un proyecto de vivienda de interés social o prioritario que pretende que se desarrolle en un lote urbano que pertenece al Municipio, para lograr el cierre financiero de cada apartamento, el Municipio proyecta otorgar un subsidio en especie constituido por el terreno del municipio y se acompañara del subsidio de vivienda Mi Casa Ya del Gobierno Nacional con crédito hipotecario para cada familia beneficiaria.

Para la adjudicación del subsidio en especie constituido por el terreno, el municipio se encuentra adelantando una convocatoria pública para identificar potenciales beneficiarios que una vez seleccionados, serán objeto de adjudicación del subsidio en especie y conformaran una asociación popular de vivienda que a su vez, recibiría el terreno de parte del Municipio a través de la figura del convenio de asociación que se generaría entre el

¹ «Por el cual se establecen los objetivos, estructura, funciones del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y se integra el Sector Administrativo de Vivienda, Ciudad y Territorio.»

«Artículo 7. Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:
(...) 14. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de competencia del Ministerio. (...)»

2023EE0083487



Municipio y la asociación conformada por los beneficiarios del subsidio en especie.

Este despacho encuentra que el proceso se ajustaría la política pública de vivienda del Gobierno nacional, que tanto el Municipio como la asociación que se constituiría, al igual que el constructor interesado en el proyecto o las entidades bancarias, hacen parte del sistema de vivienda y que la entrega de subsidios en especie por parte de las entidades públicas para este fin está habilitada, sin embargo una vez consultada la respuesta generada por la ANCP -CCE a una petición similar, este despacho encuentra confusa la determinación que establece que la limitación de la Ley de garantías aplicaría "si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad..." pública.

El pasado 15 de marzo de 2023, la ANCP-CCE, respondió una consulta con radicado No P20230201000845, donde la señora , solicito información acerca de las restricciones de la Ley 996 de 2005, que aplican para la contratación pública, para la celebración de contratación directa dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones regionales del próximo 29 de octubre de 2023. Dentro del concepto emitido que se adjunta a esta solicitud, se precisó por parte del equipo de la ANCP-CCE, que las restricciones establecidas en la Ley de Garantías electorales, aplican para la celebración de contratos o convenios interadministrativos, independientemente de la forma de contratación, sea esta directa o implique la pluralidad de oferentes, y que debe implicar la ejecución de recursos públicos.

La postura referida es ampliamente compartida por este despacho, sin embargo en el mismo concepto se establece que el contrato o convenio interadministrativo es aquel en el cual las partes (ambas) son entidades públicas, independientemente de la forma a través de la cual se llegue a la escogencia de la entidad, pero en la parte final del concepto, la ANCP-CCE, dispone:

*Conforme lo expuesto, de cara a la pregunta planteada, en relación con las restricciones que en materia de contratación aplica para las elecciones de este año que, a partir del 29 de junio de 2023, en virtud del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. **En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo ibidem**, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.*

De esta manera, la prohibición aplica a todos los contratos interadministrativos con independencia de que estén o no precedidos de un procedimiento de selección con pluralidad de oferentes. Esto por cuanto, como se indicó, el contrato o convenio interadministrativo no se define por la modalidad de selección, sino por la naturaleza pública de quienes lo celebran, es decir, por un criterio orgánico.»

Consulta:

« Ruego a su despacho hacer claridad en el sentido de especificar si la Ley 996 de 2015, limita únicamente la celebración de cualquier modalidad de contratación entre entidades administrativas donde se ejecuten recursos públicos y no donde participe una sola de ellas.



De acuerdo con lo anterior, se solicita conceptuar si el Municipio . puede ofertar subsidio en especie para la adquisición de vivienda, hacer claridad si la transferencia del predio puede hacerse a través de la figura de convenio de asociación con la asociación popular de vivienda que se genere con los beneficiarios del subsidio en especie y si este tipo de convenio está o no está restringido por la Ley 996 de 2015 para ejecutarse dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones regionales del próximo 29 de octubre de 2023.» (Sic)

Consideraciones:

Con el fin de resolver los anteriores interrogantes resulta importante puntualizar en los siguientes temas.

1. Ley de garantías

Resulta importante indicar que respecto al concepto jurídico emitido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP – CCE) sobre la aplicación de la Ley de Garantías mediante radicado P20230201000845 del 15 de marzo de 2023, este Ministerio no está facultado para emitir una aclaración o interpretación, toda vez que de conformidad al principio de competencia administrativa, le corresponde a la ANCP –CCE realizar la respectiva aclaración o interpretación de sus pronunciamientos.

No obstante lo anterior, en cuanto a la prohibición del párrafo 38 de la ley 966 de 2005, en cuanto a que «(...) *Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar **convenios interadministrativos** para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista (...)*», la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2015², manifestó lo siguiente:

«(...)

El artículo 38 establece algunas prohibiciones para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de actividad política. Dentro de las prohibiciones se encuentran el presionar a sus subalternos para que apoyen determinada causa política, el difundir propaganda electoral en medios de comunicación oficiales, el favorecer laboralmente a quienes dentro de su entidad participen en igual causa política za menos que tal favorecimiento provenga de la participación dentro de un concurso público de méritos -, el ofrecer beneficios a los ciudadanos para influir en su intención de voto y el despedir funcionarios de carrera por razones de buen servicio.

Además, establece en su párrafo unas prohibiciones dirigidas a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, durante los cuatro meses previos a las elecciones. Tales prohibiciones consisten en:

*- No celebrar **convenios interadministrativos** para la ejecución de recursos públicos.*

² Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. Expediente PE-024. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

2023EE0083487



- No destinar recursos públicos de las entidades a su cargo o de aquellas entidades en las que participen como miembros de sus juntas directivas para reuniones proselitistas en las que participen los candidatos a cargos de elección popular o voceros de los candidatos.

- No inaugurar obras públicas o dar inicio a programas sociales en reuniones en las que participen candidatos cargos públicos de elección popular o sus voceros.

- No modificar la nómina del ente territorial durante los cuatro meses previos a las elecciones, salvo provisión de cargos por faltas definitivas o aplicación de normas de carrera administrativa.

La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. »

En igual sentido, en sentencia C-153 de 2022³, consideró lo siguiente:

«(...)

122. En estos términos, (iv.4) aunque el régimen integral que debe contener la ley estatutaria prevista en el artículo 127 no se ha proferido, la prohibición de celebrar convenios interadministrativos en los términos del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 tiene como fundamento esta cláusula constitucional, en tanto prevé prohibiciones particulares dirigidas a salvaguardar todos los fines asociados a una ley de garantías, en un momento de especial relevancia para el juego democrático; y, por lo tanto, su estatus cualificado es incuestionable.

123. Respecto a esta conclusión, la Sala deber enfatizar en que no es porque se trate de una prohibición general que se aplica al ejercicio de la función pública que este parágrafo es estatutario,^[123] sino porque regula prohibiciones que se inscriben en el escenario de la participación política de quienes estarían habilitados para su ejercicio conforme a las reglas de una ley estatutaria y porque, en este escenario, la prohibición tiene por objeto preservar las garantías requeridas para el juego democrático. Como se mencionó previamente, la democracia representativa no se resuelve en una ley de mayoría, sino que se encuentra y fortalece en las reglas previas que permiten certámenes electorales confiables y que promuevan el equilibrio y la transparencia.

124. Según esto último, en opinión de la Sala Plena la prohibición prevista para los empleados del Estado en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005 objeto de análisis tiene además una relación inescindible y estrecha con la determinación de las reglas del juego democrático y, en consecuencia, su comprensión se inscribe también en el escenario de las garantías de la igualdad electoral, en los términos del artículo 152.f), y en el más amplio que se propone también por vía estatutaria regular la materia electoral para proteger, por ejemplo, los derechos de la oposición. De otra manera no podría juzgarse el hecho de que la ley de garantías electorales surgiera a partir de la necesidad de blindar los comicios electorales de una serie de riesgos que, desde un punto de vista, pudieran incidir en el equilibrio de candidatos y organizaciones políticas, y, desde otro, en la libertad misma del votante. La prohibición analizada, entonces, en la medida en que protege la destinación de recursos públicos para evitar un desbalance en el contexto de elecciones, es una medida dirigida a proteger el principio democrático del Estado...»

³ Corte Constitucional. Sentencia C-153 del 05 de mayo de 2022. Expediente D-14522. MP Diana Fajardo Rivera.



Respecto a los contratos y convenios interadministrativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴ ha manifestado:

«(...)

- a. *El objeto de los contratos lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y, por lo mismo, son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra. En el contrato, como verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, las partes actúan con intereses disímiles y contrapuestos; la entidad estatal contratante en un interés público, la entidad estatal contratista en su propio interés específico económico o de índole privado (es claro que una entidad estatal, puede y debe obtener ganancias, o generar valor respecto de su patrimonio, productos o actividad, si así lo autoriza su objeto social, o las funciones que le haya otorgado la ley);*
- b. *Los convenios no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia) y su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación (...)*»

Siguiendo los anteriores criterios jurisprudenciales y doctrinales, al considerar que la prohibición busca garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones, así como, preservar las garantías requeridas para el ejercicio democrático, esta Oficina Asesora considera que la prohibición del artículo 38 de la Ley 966 de 2005, hace referencia expresa a los convenios administrativos, cuyas partes son entidades de carácter público.

Respecto de la noción jurídica de convenio interadministrativo como aquel celebrado **ENTRE** entidades públicas, es decir, donde las dos partes sean entidades estatales, es pertinente remitirse a Decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. *La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.*

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales.

La citada norma le permitirá al consultante tener un referente normativo para resolver sus dudas, que para efectos, de despejar los demás elementos del interrogante deberá acudir a las definiciones que establecen las normas de

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Radicación interna: 2257. Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.



contratación y la ley 489 de 1998 sobre la naturaleza jurídica y elementos para determinar si se está frente a una entidad estatal.

2. Subsidio Familiar de Vivienda

El subsidio familiar de vivienda en dinero o especie está reglamentado en el respectivo nivel administrativo (nacional o territorial). Tratándose de auxilios, ayudas o subsidios de vivienda por parte de entidades territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios), en razón de su autonomía, la asamblea departamental o el concejo municipal, deben expedir la respectiva ordenanza o acuerdo que reglamente la postulación del subsidio familiar de vivienda en dinero o especie, reglamentación que debe ceñirse a los parámetros fijados por el artículos 5° a 9° de la Ley 3 de 1991, artículo 95 de la Ley 388 de 1997, artículo 76 de la Ley 715 de 2001, Ley 1537 de 2012, Decreto 1077 de 2015, artículo 85 de la Ley 1955 de 2019, Ley 2079 de 2021, ley 2294 de 2023 y demás normas que regulen la materia.

En ese orden, la inquietud presentada en la consulta será resuelta de conformidad con la normativa que en el ámbito nacional regula el subsidio familiar de vivienda, pues en lo que respecta a los subsidios del orden territorial, se deberá revisar las normas sobre la materia expedidas por el nivel territorial respectivo.

El artículo 6° de la Ley 3 de 1991, modificado por el artículo 28 de la Ley 1469 de 2011, estableció el Subsidio Familiar de Vivienda *«...como un aporte estatal en dinero o en especie, que podrá aplicarse en lotes con servicios para programas de desarrollo de autoconstrucción, entre otros, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitar el acceso a una solución de vivienda de interés social o interés prioritario de las señaladas en el artículo 5° de la presente ley, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta ley...»*.

Esta norma también fijó que la *«cuantía del subsidio es determinada por el Gobierno nacional de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de la solución de vivienda y las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios, en cuya postulación se dará un tratamiento preferente a las mujeres cabeza de familia de los estratos más pobres de la población, a las trabajadoras del sector informal y a las madres comunitarias»*.

Respecto al Subsidio Familiar de Vivienda en especie, el artículo 12 de la Ley 1537 de 2012, determinó lo siguiente:

«...SUBSIDIO EN ESPECIE PARA POBLACIÓN VULNERABLE. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 2172 de 2021. Las viviendas resultantes de los proyectos que se financien con los recursos destinados a otorgar subsidios familiares de vivienda por parte del Gobierno nacional, así como los predios destinados y/o aportados a este fin por las entidades territoriales

2023EE0083487



incluyendo sus bancos de Suelo o Inmobiliarios, se podrán asignar a título de subsidio en especie a los beneficiarios que cumplan con los requisitos de priorización y focalización que establezca el Gobierno nacional a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Sin perjuicio de lo anterior, la asignación de las viviendas a las que hace referencia el presente artículo beneficiará en forma preferente a la población que se encuentre en alguna de las siguientes condiciones:

- a) que esté vinculada a programas sociales del Estado que tengan por objeto la superación de la pobreza extrema o que se encuentre dentro del rango de pobreza extrema,*
- b) que se encuentre en el Registro Único de Víctimas de que trata la Ley 1448 de 2011; prorrogada por la Ley 2078 de 2021.*
- c) que haya sido afectada por desastres naturales, calamidades públicas o emergencias y/o*
- d) que se encuentre habitando en zonas de alto riesgo no mitigable.*

Dentro de la población en estas condiciones, se dará prioridad a las mujeres y hombres cabeza de hogar, a las mujeres y hombres que tengan y certifiquen tener a su cargo personas con discapacidad, personas en situación de discapacidad, adultos mayores y mujeres víctimas de violencia de género extrema que requieran o hayan requerido medidas de protección y atención para habitación de acuerdo con la Ley 1257 de 2008 o la que haga sus veces y decretos reglamentarios.

Las entidades territoriales que aporten o transfieran recursos o predios, según lo previsto en este artículo podrán participar en la fiducia o patrimonio autónomo que se constituya...».

En ese sentido, el artículo 2.1.1.2.1.1.1 del Decreto 1077 de 2015, dispuso:

«...Subsidio Familiar 100% de Vivienda en Especie (SFVE): Para efectos de esta sección, este subsidio equivale a la transferencia de una vivienda de interés prioritario al beneficiario. Programa de Vivienda Gratuita: Es el programa que adelanta el Gobierno Nacional con el propósito de entregar viviendas de interés prioritario, a título de subsidio en especie, a la población vulnerable referida en el artículo 12 de la Ley 1537 de 2012...».

En suma, el Subsidio Familiar de Vivienda permite que el Estado ejecute la política de vivienda, al otorgar un aporte en dinero o especie para complementar el ahorro o los recursos que permiten a los hogares beneficiarios adquirir, construir en sitio propio o mejorar una vivienda, quienes deben cumplir con varios requisitos, entre ellos, no ser propietarios de una vivienda en el territorio nacional.

3. Esquemas de financiación para la ejecución de proyectos de vivienda



a) Ley 388 de 1997

El artículo 36 de la Ley 388 de 1997, determinó que en materia de contratación con entidades municipales, distritales y áreas metropolitanas para la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, dichas entidades podrán celebrar, entre otros, contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial.

Por lo tanto, las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas pueden participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración de contratos de fiducia mercantil, regulada por el Código de Comercio. En ese sentido, de acuerdo con el inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, el legislador reconoce que los particulares administren recursos públicos, ejerzan funciones públicas por habilitación de la ley, con la primacía del interés general.

La administración pública debe velar porque el interés general se satisfaga en la ejecución de los recursos administrados por particulares y además, se cumplan los criterios de eficacia, eficiencia y economía. Bajo estas consideraciones jurídicas, al constituirse la fiducia mercantil con recursos públicos, éstos están supeditados a una finalidad de interés general, mientras estén pendiente de cumplirse.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1727 de 2009, manifestó lo siguiente:

«La Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo dedicado a la oferta o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor: "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.»

En atención a la anterior interpretación, las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para la escogencia de la entidad fiduciaria y celebración posterior del contrato de fiducia mercantil, deben acudir a la licitación pública.

b) Ley 1537 de 2012

La Ley 1537 de 2012, determinó el esquema para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y prioritario, al establecer en su artículo 6°, reglamentado por el Decreto Nacional 2045 de 2012, lo siguiente:

« Artículo 6°. Financiación y desarrollo para los proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Reglamentado por el Decreto Nacional 2045 de 2012. Los recursos mencionados en el artículo anterior podrán ser transferidos directamente a los patrimonios



*autónomos que constituyan Fonvivienda, Findeter, **las entidades públicas de carácter territorial** o la entidad que determine el Gobierno Nacional.*

Para la constitución de patrimonios autónomos el Director o Representante Legal de la entidad respectiva celebrará directamente contratos de fiducia mercantil en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios del nivel nacional y territorial, o cualquier persona natural o jurídica, podrán ser aportantes de bienes o recursos, a título gratuito. Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado.

Las transferencias de recursos de Fonvivienda, o de la entidad que haga sus veces, a los patrimonios autónomos se tendrán como mecanismo de ejecución del Presupuesto General de la Nación.

Los patrimonios autónomos cuya constitución se autoriza en la presente ley podrán a su vez contratar fiducias mercantiles para la administración de los recursos aplicables a los proyectos de construcción de Vivienda de Interés Social prioritario, a las cuales podrán aportar activos fideicomitidos.

Los patrimonios autónomos que se constituyan, de acuerdo con el presente artículo, podrán adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados en desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Tales procesos se rigen por el derecho privado. Las condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas para el desarrollo de los proyectos, así como las actividades de seguimiento y control de los mismos, serán definidas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Con cargo a los recursos administrados por los patrimonios autónomos, estos asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas previstos en esta ley. Igualmente, con los recursos administrados, los patrimonios autónomos podrán asumir el pago de los impuestos que recaigan sobre los inmuebles, hasta el momento de su entrega a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda, y los impuestos que se generen por la transferencia de los inmuebles a los patrimonios autónomos y de estos a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda.

En la convocatoria para el desarrollo de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario, se deberán exigir, como mínimo, los siguientes requisitos:

- 1. Que cuenten con experiencia específica mínima de cinco (5) años en ejecución de proyectos de vivienda.*
- 2. Que, en los últimos cinco años la persona jurídica y su representante legal, no hubieren sido sancionados, por incumplimientos contractuales relacionados con la construcción...»*

En este sentido, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio ha promovido el desarrollo de proyectos de vivienda de interés prioritario, atendiendo la Ley 1537 de 2012 en tres iniciativas así:

- Lotes Privados.
- Lotes Públicos (propiedad de las entidades territoriales).
- Convenios que se hacen directamente entre FONVIVIENDA y entidades territoriales.



En el caso de los lotes privados y públicos la selección del constructor se hace a través de concurso público y los convenios la contratación es directa entre el ejecutor y el ente territorial.

De conformidad con lo previsto por la Ley 1537 de 2012, se puede observar claramente que permite la constitución de los patrimonios autónomos en los cuales se depositaran los recursos públicos y de particulares así como de los beneficiarios.

En el esquema propuesto por la Ley 1537 de 2012, pueden participar recursos públicos y de particulares, así como de beneficiarios del subsidio familiar de vivienda, los cuales deben ser depositados en los patrimonios autónomos constituidos para la ejecución de los proyectos de vivienda, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6° y 8° de la Ley 1537 de 2012.

La selección del promotor podrá realizarse directamente por la entidad territorial, bajo las modalidades de selección y contratación que sean viables para efectos de ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, cumpliendo con la normativa aplicable acorde a su régimen legal, o a través de las normas de derecho privado para el caso del esquema fiduciario. **De todas maneras, es la entidad, quien en su autonomía territorial, define la figura jurídica a utilizar.**

En el proceso de selección que se lleve a cabo para elegir al promotor, es viable que existan requisitos que garanticen la experiencia y capacidad para desarrollar el proyecto, tales como, experiencia específica mínima en ejecución de proyectos y que no existan sanciones en un periodo determinado por incumplimientos contractuales relacionados con la construcción.

⁵ Ley 1537 de 2012. «Artículo 8°. **Administración de los recursos del subsidio.** Los beneficiarios de los subsidios asignados por el Gobierno Nacional y aquellos que asignen los entes territoriales, antes de la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que cumplan con los requisitos de priorización y focalización que establezca el Gobierno Nacional, podrán autorizar su desembolso a cualquier patrimonio autónomo que se constituya por parte de Fonvivienda, Findeter, la entidad territorial respectiva o la entidad que determine el Gobierno Nacional, con el fin de promover y/o desarrollar proyectos para proveer soluciones de vivienda de interés prioritaria, sin que tal desembolso les otorgue la calidad de fideicomitentes. En todo caso, para el desembolso el beneficiario deberá contar con autorización previa de la entidad otorgante.

Los recursos correspondientes a subsidios familiares de vivienda que sean objeto de renuncia por parte de su beneficiario, que se venzan, o que correspondan a aquellos recuperados mediante actuaciones administrativas, podrán ser transferidos directamente, total o parcialmente, por parte de la entidad que los tenga a su cargo, a los patrimonios autónomos a los que hace referencia el presente artículo. Lo anterior, independientemente de la vigencia presupuestal en la que hayan sido asignados los subsidios.

Todos los recursos transferidos a los patrimonios autónomos, constituidos para el desarrollo de proyectos de vivienda, y los rendimientos financieros que estos generen, se destinarán al desarrollo de los referidos proyectos.

Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada u organismos internacionales de cooperación, podrán entregar bienes o transferir directamente recursos, a los patrimonios autónomos que se constituyan en desarrollo de la presente ley, a título gratuito sin que se requiera para ello el requisito de insinuación.

Los recursos para atención en vivienda, previstos en de la Ley 1448 de 2011, podrán formar parte de los patrimonios autónomos que se constituyan de acuerdo con este artículo, siempre y cuando estén destinados a otorgar subsidios de vivienda en especie a población desplazada adicionales a los que otorgaría según la regla de distribución que el Gobierno Nacional reglamentará de acuerdo con lo establecido en esta ley.

Parágrafo 1°. En el caso en que la entidad otorgante del subsidio tome la decisión de no prorrogar la vigencia de los mismos, previo a su vencimiento deberá surtir un proceso de notificación a los beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo y en el reglamento que para el efecto expida el Fondo Nacional de Vivienda.

Parágrafo 2°. Las Organizaciones Populares de Vivienda (OPV), pueden aportar los terrenos de su propiedad para el programa de acceso efectivo a la Vivienda de Interés Prioritario, siempre y cuando sus afiliados cumplan con los criterios de priorización y focalización que determine el Gobierno Nacional.»



Por último, cabe señalar que los dos esquemas para la ejecución de proyectos de vivienda actualmente son aplicables simultáneamente, según corresponda al tipo de iniciativa y, los contratos a desarrollarse son contratos de fiducia mercantil.

4. Organizaciones Populares de Vivienda

El artículo 62 de la Ley 9 de 1989¹, definió a las organizaciones populares de vivienda como:

«aquellas que han sido constituidas y reconocidas como entidades sin ánimo de lucro, cuyo sistema financiero es de economía solidaria y desarrollan programas de vivienda para sus afiliados por sistemas de autogestión o participación comunitaria.

Estas organizaciones pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, en los términos previstos por la ley. Las organizaciones deberán ejecutar sus planes de vivienda en terrenos aptos para el desarrollo urbano y de conformidad con todas las normas técnicas, urbanísticas y arquitectónicas vigentes en la localidad...».

El artículo 2.1.6.1.1 del Decreto 1077 de 2015², señaló lo siguiente:

«...Se entiende por organizaciones populares de vivienda aquellas que han sido constituidas y reconocidas como entidades sin ánimo de lucro cuyo sistema financiero sea de economía solidaria y tengan por objeto el desarrollo de programas de vivienda para sus afiliados por sistemas de autogestión o participación comunitaria.

Estas Organizaciones pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, en los términos previstos por la Ley 9 de 1989...».

En ese orden, resulta importante diferenciar 2 aspectos respecto a las organizaciones populares de vivienda: a) su constitución y b) el reconocimiento como organizaciones populares de vivienda.

a. Constitución

De conformidad con la Ley 9 de 1989 y el Decreto 1077 de 2015, las organizaciones de vivienda pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias y las demás que puedan asimilarse a las anteriores.



En ese sentido, la constitución de la una organización popular de vivienda está directamente relacionada con la organización que la conforma, llámese sindicato, cooperativa, asociación, fundación, corporación, junta de acción comunal, fondo de empedados, empresas comunitarias, etc. Por lo que la certificación de la personería jurídica, debe ser expedida por la autoridad según la entidad que conforma la organización popular de vivienda.

b. Reconocimiento

En sentido general la definición de reconocimiento está dirigida a la acción y efecto de reconocer o reconocerse³, en el ámbito jurídico su énfasis está orientado hacia admitir o aceptar algo como legítimo. En ese contexto, surge la personería jurídica o personalidad jurídica, la cual ha sido definida como «el reconocimiento a un ser humano, una organización, una empresa u otro tipo de entidad para asumir una actividad o una obligación que produce una plena responsabilidad desde la mirada jurídica, tanto frente a sí mismo como respecto a otros»⁴.

El artículo 2.1.6.1.1 del Decreto 1077 de 2015, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 2391 de 1989, determinó lo siguiente:

«Registro para Desarrollar Planes y Programas por los Sistemas de Autogestión o Participación Comunitaria. Para desarrollar planes y programas por los sistemas de autogestión o participación comunitaria, las Organizaciones Populares de Vivienda deberán registrarse ante la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Bogotá, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina o en la Alcaldía Municipal del lugar donde se realice la obra. El registro se hará por una sola vez y se entenderá vigente por todo el término de duración de la Organización Popular de Vivienda o hasta que la Organización solicite su cancelación, a menos que le sea cancelado como consecuencia de las sanciones establecidas para este efecto.»

Para obtener el registro de que trata el presente artículo, la Organización Popular de Vivienda debe presentar ante la respectiva autoridad, la solicitud correspondiente acompañada de un ejemplar de los Estatutos debidamente autenticado y Certificación sobre la Personería Jurídica y Representación Legal vigente.

Para obtener la cancelación del registro, el representante legal de la Organización elevará ante la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Bogotá, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina o Alcaldía Municipal respectiva, una solicitud acompañada de Declaración Jurada en la que indique no estar adelantando ninguna actividad de aquellas a que se refiere este capítulo y acreditando la culminación del o de los programas autorizados y certificación de la entidad que ejerce la vigilancia en el sentido de que no tiene obligaciones pendientes con la misma.» (Subrayado fuera del texto).



De acuerdo con la norma, las organizaciones populares de vivienda son creadas para desarrollar programas de vivienda, por el sistema de autogestión o participación comunitaria, igualmente se desprende del citado reglamento "**Para desarrollar planes y programas por los sistemas de autogestión o participación comunitaria, las Organizaciones Populares de Vivienda deberán registrarse ante la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Bogotá, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina o en la Alcaldía Municipal del lugar donde se realice la obra**" en este orden, para desarrollar o ejercer el objeto social y cumplir la función por la cual se constituyen, **deben registrarse** ante la alcaldía del lugar donde se realice la obra. Es decir, que tanto el objeto social que le permite delimitar el marco o centro de imputación jurídico de derechos y obligaciones está condicionado al registro, ámbito dentro del cual, está el ser sujeto de designaciones y funciones de representatividad.

Para obtener el registro, la organización popular de vivienda debe presentar ante la respectiva autoridad, la solicitud correspondiente acompañada de un ejemplar de los estatutos debidamente autenticados y certificación sobre la personería jurídica y representación legal vigente.

Así mismo, las Organizaciones Populares de Vivienda tienen como obligación aportar la prueba del registro de los nombramientos ante las autoridades competentes, esos nombramientos se refiere a la existencia y representación legal de la respectiva Organización Popular de Vivienda, expedido por la autoridad competente, que para el caso de las cooperativas es el certificado de la Cámara de Comercio, para las Asociaciones y Fundaciones es el certificado expedido por las Gobernaciones o de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en el caso del Distrito de Bogotá, y en el caso de las Juntas de Vivienda Comunitaria el certificado expedido por el Ministerio del Interior.

Como lo indicó la norma, las Organizaciones Populares de Vivienda pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias, de allí se puede establecer cuál es la autoridad competente para expedir la respectiva certificación del registro de los nombramientos de la entidad que constituye la Organización Popular de Vivienda.

El registro se hará por una sola vez y se entenderá vigente por todo el término de duración de la organización popular de vivienda o hasta que la organización solicite su cancelación, a menos que le sea cancelado su registro como consecuencia de las sanciones establecidas para este efecto.

Lo anterior explica que el registro, cancelación, vigilancia y control de las organizaciones populares de vivienda corresponde a las entidades territoriales, llamadas alcaldía municipal o distrital.



El registro para Desarrollar Planes y Programas por los Sistemas de Autogestión o Participación Comunitaria ante la alcaldía respectiva, se constituye en un acto de reconocimiento para que las organizaciones populares de vivienda puedan desarrollar el objeto que fundamenta su constitución.

Lo anterior, se desprende tanto del artículo 2.1.6.1.1 del Decreto 1077 de 2015, como del artículo 2.1.6.1.1 ibidem, este último que dispone:

*«...**Se entiende por organizaciones populares de vivienda aquellas que han sido constituidas y reconocidas** como entidades sin ánimo de lucro cuyo sistema financiero sea de economía solidaria y tengan por objeto el desarrollo de programas de vivienda para sus afiliados por sistemas de autogestión o participación comunitaria.*

En efecto, las “**organizaciones populares de vivienda**” como persona jurídica sin ánimo de lucro está condicionada a acreditar dos condiciones o requisitos, esto es acto de constitución y acto de reconocimiento.

Conclusiones

1. La prohibición del artículo 38 de la Ley 966 de 2005, hace referencia expresa a los convenios administrativos, que acorde al Decreto 1082 de 2015 es aquel **CELEBRADO ENTRE** entidades de carácter público.
2. Las prohibiciones son de interpretación restrictiva y sujetas de manera estricta al principio de legalidad, por ende, debe estarse a lo que expresamente señale la ley de garantías, sin ser ajustado a derecho extender sus efectos a otras tipologías de contratos.
3. La entidad territorial es quien desde su autonomía territorial define la figura jurídica a utilizar en los esquemas de financiación para la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, cumpliendo con la normativa aplicable acorde a su régimen legal, o a través de las normas de derecho privado para el caso del esquema fiduciario.
4. En el caso de contratarse con una organización popular de vivienda, esta al estar conformada por personas naturales, no es una entidad pública; sin embargo, para la ejecución de un proyecto de vivienda debe verificarse que ésta acredite el acto de constitución y el acto de reconocimiento.

Además, al considerar que Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP - CCE) es la entidad competente para pronunciarse en materia de contratación estatal, este Ministerio no está facultado para emitir una aclaración o interpretación respecto su pronunciamiento en cuanto a que si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de pública, no podrá celebrar los convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que de conformidad al principio de competencia administrativa, le corresponde a



la ANCP –CCE realizar la respectiva aclaración o interpretación de sus pronunciamientos, por lo que se sugiere se consulte con la ANCP – CCE sobre la viabilidad de la contratación con las OPV.

En los anteriores términos se da respuesta a la petición radicada bajo el número 2023ER0091264, haciéndole saber que los alcances del concepto son los establecidos en el artículo 28⁶ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

NELSON ALIRIO MUÑOZ LEGUIZAMON

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró:

Nidia Isabel Rodriguez Salazar
Profesional Especializado
Oficina Asesora Jurídica

Revisó:

Mike Castro Roa
Profesional Especializado
Oficina Asesora Jurídica

Aprobó:

Nelson Alirio Muñoz Leguizamon
Jefe Oficina
Oficina Asesora Jurídica

⁶ «Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.»