

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 23

EL CARÁCTER EXCEPCIONAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN COLOMBIA

LEONEL OTÁLVARO GARCÍA
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: lotalvarog1@hotmail.com

ENMANUELA BUITRAGO ARCILA
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: emmabuiar@gmail.com

CRISTINA TAMAYO CIFUENTES
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: cris_tc07@hotmail.com

2015

Resumen: El propósito del presente escrito se centra en analizar las normas sobre el carácter excepcional de la contratación estatal de proyectos de vivienda de interés social en Colombia; para ello, se realiza una identificación de las excepciones del régimen de contratación de las entidades públicas en Colombia; de igual forma, se establecen los efectos de la ausencia de manifestación legal de un régimen excepcional especial a las viviendas de interés social; y por último, se determinan los mecanismos de contratación para la construcción de viviendas de interés social de conformidad con la normatividad contractual colombiana vigente. Este estudio se justifica en la medida en que ayudará a entender cuáles son las políticas públicas que se relacionan con el tema de viviendas de interés social en Colombia, pues este tipo de políticas son complejas (por la imposibilidad de separar las directrices nacionales), sobre todo desde su estructura, ya que en estas intervienen diversos actores, cada uno con un papel complementario, pero fundamental.

Palabras clave: *Contratación estatal, Vivienda de interés social, Régimen excepcional de contratación, Contrato de obra pública, Ley 80 de 1993.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the rules of the exceptional nature of government procurement projects social housing in Colombia; for this, an identification of the exceptions procurement regime of public entities in Colombia is made; Similarly, the effects of the absence of legal manifestation of a special derogation to social housing are established; and finally, the contracting mechanisms for the construction of affordable housing in accordance with current regulations Colombian contractual determined. This study is justified insofar as they help you understand what public policies that relate to the issue of social housing in Colombia are, as such policies are complex (by the impossibility of separating national guidelines) on all from its structure, since in these various actors involved, each with a complementary role, but fundamental.

Keywords: *State Contracting, Social Housing, exceptional contracting scheme, public works contract, Act 80 of 1993.*

1. INTRODUCCIÓN

La importancia de analizar las normas sobre el carácter excepcional de la contratación estatal de proyectos de vivienda de interés social en Colombia radica en que

ayuda no sólo a identificar cuál de los mecanismos existentes en la norma se adapta y se acomoda más a la legislación y normatividad colombiana vigente, adaptada a la Constitución Política de Colombia de 1991, especialmente la Ley 3 de 1991, la Ley

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 2 de 23</p>

80 de 1993, la Ley 388 de 1997, la Ley 489 de 1998 y la Ley 1150 de 2007, sino que permitirá entender que, efectivamente, existen diferentes formas de lograr la contratación de viviendas de interés social en Colombia.

Las soluciones de vivienda de interés social en Colombia ha sido un tema primordial y de prioridad para las Administraciones Municipales y para el gobierno nacional y es por ello que en los planes de desarrollo siempre se ha planteado la necesidad de unir esfuerzos entre los diferentes estamentos del Estado para construir un techo para los más pobres y la razón primordial de dicho interés se ha configurado a partir de la política de Estado decretada en el artículo en el artículo 51 de la Constitución Política, la cual señala que:

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Como puede verse, el Estado es quien debe buscar los mecanismos más adecuados para promover la vivienda de interés social y dentro de dicho sistema se pueden encontrar diversos elementos de gran importancia: el primero consiste en la preeminencia que se le da a los municipios para definir los sitios en donde pueden adelantarse proyectos de vivienda de interés social, en concordancia con sus competencias de ordenamiento territorial, tal y como lo establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar, una vez se haya definido el lugar donde quedará el proyecto, entran en juego otras entidades y son las encargadas de presentar las ofertas en materia de proyectos de vivienda de interés social; dichas entidades pueden ser los propios municipios o, como ocurre de manera general, establecimientos públicos adscritos al municipio, quienes tienen dentro de su razón social promocionar y adelantar esta clase de proyectos.

Una vez adelantados los trámites necesarios para organizar de forma adecuada el proyecto y elegido éste, entra en juego otro

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 23

aspecto de gran importancia para perfeccionarlo y son las obras que se necesitan para construir las viviendas de interés social, aspecto que es de gran interés para las entidades municipales, no sólo por la rectitud que deben tener en su actuar, sino por la disposición que debe tener el contrato que se suscriba con la finalidad de llevar a cabo el proyecto de vivienda de interés social.

En cuanto a la manera como se ha concebido la contratación de las viviendas de interés social en Colombia, muchas han sido las formas; algunas veces se ha contratado a través de regímenes excepcionales que se encuentran en la normatividad vigente, los cuales han llevado a que a la selección y ejecución del contrato se le aplique el derecho privado o un régimen especial o mixto; de igual forma, se ha concebido la contratación a través de un contrato de obra, el cual se encuentra señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y también se ha vislumbrado la posibilidad de recurrir a convenios de asociación de los que habla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

2. POLÍTICA DE VIVIENDA EN COLOMBIA

En los últimos años, el Gobierno Nacional se ha venido comprometiendo en implementar una estrategia de financiamiento de vivienda que articule adecuadamente los recursos del ahorro, el subsidio y el crédito complementario; en fortalecer la descentralización y la responsabilidad municipal en la solución habitacional y focalizar los recursos del subsidio en los más pobres.

El Ministerio de Desarrollo Económico, a través de la Dirección General de Vivienda, tiene la responsabilidad de establecer la Política Nacional de Vivienda de Interés Social, como el instrumento básico para hacer realidad el derecho constitucional a una vivienda digna para todos los colombianos.

2.1. VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

La Política Nacional de Vivienda de Interés Social en Colombia está cimentada de la siguiente manera, según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2012):

Se fundamenta en los principios de focalización de recursos en los sectores más pobres de la población, en la progresividad de los subsidios, en la objetividad para su asignación, en la transparencia para la escogencia de los beneficiarios del mismo y en su contribución a la equidad regional.

La herramienta básica de la política de vivienda de interés social son los subsidios directos a la demanda, con lo cual se busca hacer efectiva la demanda potencial de vivienda de los sectores de menos ingresos. El subsidio se entrega a los hogares colombianos con ingresos menores a cuatro salarios mínimos mensuales, que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 3 de 1991 y en el Decreto 2620 de 2000. La asignación se realiza con base en criterios conocidos y pre-establecidos, por medio de una calificación objetiva, como se señala en el Decreto 1396 de 1999.

El acceso a los subsidios se realiza con base en postulaciones individuales y colectivas, teniendo prioridad las familias con mayor vulnerabilidad social y que promuevan acciones organizadas para su acceso a la vivienda. El valor del subsidio es de 25 salarios mínimos mensuales para las familias que perciben un ingreso menor a dos salarios mínimos mensuales y de 20

smmlv para las que tienen un ingreso entre 2 y 4 smmlv.

Una condición indispensable para el acceso al subsidio es el ahorro previo de la familia, bien a través de cuentas de ahorro programado, aportes en cesantías o por medio de fondos fiduciarios o el ahorro en especie, representado en el terreno o la terraza donde se desarrollará la solución habitacional. Para casos especiales, cuando se tiene la totalidad de la financiación de la vivienda, con base en otros subsidios o aportes, se exime la obligatoriedad del ahorro previo. Pese a ello, en todos los casos se requiere un período mínimo de ahorro, establecido por las normas vigentes.

Las soluciones habitacionales en las que se pueden aplicar el subsidio familiar de vivienda son: vivienda nueva, distribuida según tipos -de uno a seis- de acuerdo con el valor de tales soluciones; la construcción en sitio propio, en terrazas o en programas de renovación urbana y subdivisión; y, por último, en programas de mejoramiento de vivienda.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 5 de 23</p>

En todos los casos, las soluciones habitacionales que esperan poderse realizar con base en los subsidios familiares de vivienda, deben cumplir con todos los requerimientos de las normas urbanísticas y técnicas, tanto locales como nacionales, con especial importancia, su integración a las redes de servicios públicos, a la conectividad y al acceso a la infraestructura urbana.

Para garantizar la equidad regional de las asignaciones de los subsidios, se han establecido cupos regionales de recursos de acuerdo con el peso poblacional de cada región del país, ponderado con base en las condiciones de pobreza vinculadas con la carencia de vivienda. Adicionalmente, como instrumento de fortalecimiento del proceso de descentralización y autonomía local, el 30% de los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda, se distribuyen a los beneficiarios del mismo por medio de los proyectos promovidos por las autoridades municipales, cuando éstas participan como aportantes en la política de vivienda de interés social, a través del subsidio municipal de vivienda y los proyectos que promueven

son parte de la ejecución de su Plan de Ordenamiento Territorial.

Con estos instrumentos operativos, el Ministerio de Desarrollo Económico y la Dirección General de Vivienda, esperan entregar a los colombianos la ruta para enfrentar y resolver los problemas de vivienda de los más pobres.

2.2. VIVIENDA TRADICIONAL

En cuanto a la construcción de vivienda tradicional en Colombia, entre los años 2006 y 2010, según señala el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2014), se implementa la política de vivienda de ciudades amigables, la cual se basó en una estrategia de reducción de la pobreza y en la promoción del empleo y la equidad. Las acciones que se implementaron para dar cumplimiento a los objetivos delimitados fueron los siguientes:

- Articulación y puesta en marcha de políticas y programas sectoriales como mejoramiento integral de barrios.
- Macroproyectos para Viviendas de Interés Social.
- Renovación y redensificación urbana.

- Fortalecimiento de la oferta de vivienda.
- Promoción de la creación de bancos de materiales.
- Impulso a nuevas estrategias financieras (convenios con el sector financiero).

Sin embargo, no faltaron los problemas en materia de focalización, efectividad, proporción de desembolsos, acceso de los hogares al crédito hipotecario y barreras para el cierre financiero, limitaciones para el ahorro, lo que llevó a que la política de vivienda se concentrara, especialmente, en la demanda efectiva, debilitando la exclusión de sectores importantes de la población, especialmente los de menores ingresos y ocupaciones formales.

Ahora bien, el plan de desarrollo actual (2010-2014) del Gobierno Nacional, “Prosperidad para todos”, incluye la política sectorial “Locomotora de la vivienda”, cuya meta inicial es la construcción de un millón de viviendas, aproximadamente 650 mil de éstas como Viviendas de Interés Social, lo que implica un esfuerzo bastante grande, ya

que conlleva un incremento, según el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2014), del 80% en la construcción de vivienda en Colombia con relación al cuatrienio anterior.

El plan conserva las categorías de Vivienda de Interés Prioritario y Vivienda de Interés Social en las escalas de precio definidas, es decir, hasta 70 y 135 SMLMV, respectivamente; de igual manera, habilita un tercer tipo denominado Vivienda de Interés Social en renovación urbana con un valor hasta 175 SMLMV para unidades habitacionales que se construyan en zonas de tratamiento de renovación urbana.

En suma, y según señala el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2014), en la actualidad el porqué de la acción del Estado en materia de vivienda, parte de la gestión de los atributos urbanos y territoriales antecesores de la cadena de producción de vivienda. En el ámbito social se concentra, especialmente, en la superación de las condiciones de calidad habitacional básicas, en donde se incluyen los servicios públicos; en la seguridad en la tenencia; en el déficit y

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 23

la conformación de hogares; en la contribución al mejoramiento de la calidad de vida; en la cualificación de la ciudad construida; y en la lucha contra la pobreza, fundamentalmente; y en lo económico se concentra en la generación de empleo y la incidencia de la edificación urbana en el Producto Interno Bruto total; en la construcción; y en más de una veintena de sectores y subsectores económicos.

3. EXCEPCIONES DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN COLOMBIA

Antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, el Decreto-Ley 222 de 1983 contenía la regulación de los contratos suscritos por la Administración Pública. En dicha normativa, según expone Expósito (2003), se hacía una clasificación en la que podía diferenciarse entre contratos administrativos y contratos de Derecho privado de la Administración pública, cada uno con su consecuente régimen jurídico y jurisdicción competente para revisarlos.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 80 de 1993 se trató de limar las asperezas que se presentaron por causa de la jurisdicción competente para conocer cierto tipo de controversias relacionadas con los contratos suscritos por la Administración pública y el régimen aplicable a éstos, lo que dio lugar a una nueva categoría denominada “contratos estatales”.

A partir de la creación de dicho noción, según refrenda Expósito (2012), se evitaron problemas que estaban relacionados con la jurisdicción competente para conocer de las controversias que surgieran a partir de los contratos que suscribieran las entidades enlistadas en el artículo segundo, admitiendo, en todo caso, la posibilidad de que algunos de estos contratos no se regularan enteramente por la Ley 80 de 1993, sino por el Derecho privado. Este tipo de contratos fueron denominados “contratos estatales especiales” y fueron definidos así por la jurisprudencia:

En consecuencia, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del

contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).

(...) A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1º Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2º. Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido (Consejo de Estado. Auto de 20 de agosto de 1998, Exp. 14202; y Sentencia de 6 de junio de 2002, Exp. 20634).

Aunque el Congreso de la República le dio vida al Estatuto General de la Contratación de la Administración pública basado en el precepto constitucional consagrado en el

artículo 150, existen ciertas disposiciones normativas incluidas en dicho Estatuto, así como en normas externas, en las cuales se señala que solamente el Derecho privado será el régimen de contratación de la Entidad estatal, aún cuando ésta se encuentre enlistada en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Dicho sentir, ha sido adoptado por el Consejo de Estado en diversas oportunidades, al establecer lo siguiente:

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales (Consejo de Estado. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 24639).

A propósito, el doctrinante Pino (2005), considera:

El E. C. [Estatuto Contractual] constituye el régimen normativo de contratos aplicables a las entidades nacionales y es, al mismo tiempo, un estatuto general de contratos para las entidades territoriales. Para el caso de las primeras entidades, salvo expresa excepción contenida en la ley y aquellos regímenes que tienen un fundamento

especial en la Constitución Política, el E. C. es un estatuto omnicomprensivo de la materia. En lo relacionado con las entidades territoriales, el E. C. se aplicará salvo en aquellas materias reguladas por estas entidades en ejercicio de las específicas competencias que el desarrollo normativo les ha conferido, o en los eventos en que hayan prescindido del ejercicio de las mencionadas competencias regulatorias (p. 25).

Lo anterior se desprende del principio de legalidad, el cual determina el actuar de la Administración pública, y a ello se suma la posición del Consejo de Estado:

Al respecto, debe la Sala recordar que de conformidad con el principio de legalidad de las actuaciones administrativas y en general en relación con las actuaciones de las autoridades estatales, la competencia que ejercen debe ser otorgada por la ley y se encuentra limitada al alcance de la misma, así lo dispone el artículo 121 de la Constitución Política, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, de tal manera que los servidores estatales solo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados, pues de lo contrario deben responder por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, tal y como lo establece el artículo 6.º de la Constitución Política, razón por la cual se ha considerado que el vicio de incompetencia es el de mayor gravedad dentro de los que pueden afectar la validez de una actuación administrativa (Consejo de Estado. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. 11978).

De esta manera, según señala Expósito (2012), cuando el legislador atribuye competencias especiales para adelantar una contratación y señala expresamente que debe acudir al derecho privado, el ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993 y hoy de la Ley 1150 de 2007 se excluye para ese caso puntual.

Es importante señalar que, aun cuando una entidad se encuentre incluida en el listado del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, si el legislador considera conveniente la aplicación del Derecho privado en su contratación por las actividades que realiza, de inmediato se entiende que el Estatuto General de la Contratación de la Administración pública no puede ser aplicado, pero solo en ese caso particular, puesto que las competencias en el derecho administrativo son expresas y no puede afirmar otra entidad que tenga la misma naturaleza jurídica, pero que no realice la actividad o sea un contrato en particular, que tiene la posibilidad de acudir al derecho privado. Así lo enseña la doctrina:

La competencia es irrenunciable, es decir indeclinable e improrrogable o indelegable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes (Dromi, 2010, p. 47).

Según en lo anterior, se logra determinar cómo el legislador colombiano ha reconocido expresamente como excluidas del ámbito de aplicación del Estatuto los correspondientes a las universidades públicas (Ley 30 de 1992), la contratación del Banco de la República (Ley 31 de 1992), los convenios de asociación (artículo 355 de la Constitución Política), los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal (artículo 15 de la Ley 1150 de 2007), la de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009), las empresas promotoras de servicios de salud y empresas sociales del Estado (Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007), en algunos casos los de la Aeronáutica Civil (Ley 105 de 1993), los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), incluso, por expreso mandato del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, las Empresas Industriales y

Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), cuando se encuentran en competencia con el sector privado nacional o internacional, desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados.

En todos ellos se ha establecido expresamente que el Derecho privado es el régimen que regula los contratos, con características puntuales que la misma ley explica.

4. AUSENCIA DE MANIFESTACIÓN LEGAL DE UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL ESPECIAL A LAS VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL

De conformidad con lo establecido en el capítulo anterior, los regímenes excepcionales al Estatuto General de la Contratación Estatal solo están admitidos en los casos en los que expresamente la Ley lo

indique; por ello es necesario establecer si de las normas que regulan la materia de las viviendas de interés social se encuentra delimitado un régimen excepcional para las construcciones de dichas viviendas.

En primer lugar, destaca Expósito (2012),

Los proyectos de vivienda de interés social son adelantados por oferentes a los que se les ha declarado elegibles dichos proyectos. Los oferentes, en lo que a este estudio resulta relevante, podrían ser municipios o áreas metropolitanas, así como establecimientos públicos adscritos a estas entidades con el objeto de adelantar dichos proyectos (p. 95).

Dentro de dichos establecimientos públicos, se encuentran los que a partir del artículo 17 de la Ley 3 de 1991, derogado por la Ley 617 de 2000, se autorizaron bajo la denominación de fondos de vivienda de interés social y reforma urbana, mediante los cuales se buscaba administrar los recursos correspondientes al sistema de vivienda en los ámbitos local o metropolitano.

Los oferentes mencionados, al ser los encargados de presentarse como oferentes en las soluciones de vivienda, remiten a la entidad evaluadora encargada de elegir los proyectos de viviendas de interés social siempre que cumplan con las condiciones

urbanísticas establecidas por parte del gobierno nacional y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 2190 de 2009 (Expósito, 2012, p. 96).

En las ofertas que son presentadas se detallan las condiciones del proyecto de soluciones de vivienda a ejecutar. La problemática relevante para el presente estudio se advierte al momento de ejecutar la técnica constructiva por parte del Fondo oferente, que tiene el derecho de adelantar la construcción, en consideración a la declaratoria de elegible emitido por la entidad evaluadora.

Los oferentes, municipios, áreas metropolitanas o establecimientos públicos, al no tener la técnica constructiva para adelantar los proyectos, por lo general recurren a los particulares expertos en la materia con el fin de aportarla. La cuestión se plantea al momento de revisar si dichos fondos cuentan con un régimen excepcional para contratar con los particulares o si, por el contrario, deben contratar por las reglas de la Ley 80 de 1993.

La fórmula por la cual se llega a la respuesta de ese interrogante está en revisar si en la Ley o en los Reglamentos se encuentra de manera expresa un régimen excepcional a la Ley 80 de 1993, en caso contrario, se deberá someter a la Ley 80 de 1993, por ser un municipio, una entidad territorial o en el caso de tratarse de los mencionados Fondos, siempre que la naturaleza jurídica corresponda a uno de los que están descritos en la lista establecida en el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, como los establecimientos públicos.

Al respecto, se debe establecer que en el ordenamiento jurídico se encuentran diversas referencias a la contratación de las viviendas de interés social, por lo que resulta imperativo indagar si a partir de alguna de ellas se configura un régimen de contratación excepcional.

Las referencias puntuales son las que se encuentran: a) en el literal C del artículo 19 de la Ley 3 de 1991, en relación con las funciones de los fondos de vivienda de interés social, b) el inciso primero del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, que hace

referencia a proyectos de urbanización en general, y c) el último inciso del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, en lo relativo a las fiducias de proyectos de vivienda de interés social.

4.1. LOS FONDOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

De acuerdo con Expósito (2012), una primera referencia a la contratación de los fondos de vivienda de interés social se encuentra en las funciones establecidas legalmente a este tipo de fondos, donde se expresa que una de ellas es la de adelantar programas de solución de viviendas de interés social en asocio con entidades autorizadas dentro de las cuales se encuentran empresas privadas.

El literal C del artículo 19 de la Ley 3 de 1991 indica que dentro de las funciones de los fondos está la de “Desarrollar directamente o en asocio con entidades autorizadas, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social”.

Las entidades autorizadas de las que habla el mencionado artículo son las que integran el subsistema de fomento o ejecución del Sistema Nacional de Viviendas de Interés Social, definidas en el artículo 2.º de la Ley, dentro de las cuales se encuentran “las empresas privadas que fomenten, diseñen o ejecuten planes y programas de soluciones de vivienda de interés social”.

Esta función necesariamente conduce a dilucidar cuál es la forma de asocio de los fondos con entidades autorizadas para construir soluciones de viviendas de interés social, esto es, si ese tipo de vínculo asociativo se encuentra regulado o no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De esta manera se puede establecer que la Ley 3 de 1991 otorgó la facultad a algunas entidades públicas, entre ellas, a los municipios, para crear fondos de vivienda de interés social, encargados de adelantar los programas de vivienda de interés social, los cuales tenían dentro de sus funciones la de desarrollar la construcción de viviendas de interés social directamente o en asocio con

entidades autorizadas, dentro de las que se encuentran empresas privadas que desarrollen tal actividad. Sin embargo, a partir de la noción de asocio no podría entenderse que se deriva un régimen excepcional.

4.2. LOS PROYECTOS DE URBANIZACIÓN EN GENERAL

De igual manera, señala Expósito (2012) que la entidades públicas puedan generar formas mixtas de asociación entre el sector público y privado para realizar obras de contratación de proyectos de vivienda.

A propósito, el artículo 36 de Ley 388 de 1997, autoriza de manera expresa la posibilidad de adelantar actuaciones urbanísticas (parcelación, urbanización y edificación de inmuebles) a cargo de “propietarios individuales en forma aislada, por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado”.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 23

Sin embargo, es de aclarar que en dicha norma no se reflejan las características específicas de la forma de asociación que debe adelantarse, ni su regulación detallada en relación con la forma de selección del asociado de la entidad estatal, ni las características especiales que debe tener el contrato en sí mismo.

De esta manera se logra establecer que el hecho de que se haga referencia a la expresión "asocio" o a las asociaciones público privadas, en nada demuestra un régimen excepcional al derecho privado en la contratación de la construcción de las viviendas de interés social.

4.3. FIDUCIAS DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

Cabe la posibilidad que los municipios puedan celebrar, entre otros, contratos de fiducia con sujeción a las reglas del Derecho comercial con el fin de adelantar proyectos de vivienda de interés social; sin embargo, la doctrina sostiene que ésta es una de las figuras más cuestionables en la medida en que hace referencia puntualmente a la contratación de viviendas de interés social.

En el último inciso del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 se hace referencia a la contratación de los proyectos de urbanización de viviendas de interés social en el siguiente sentido:

Igualmente las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Como puede observarse, las entidades municipales, en este caso los fondos, pueden participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de viviendas de interés social mediante la celebración de contratos, entre los que se encuentran los de fiducia con régimen de Derecho privado.

Según lo anterior, el régimen de Derecho privado solo es admisible en relación con el contrato de fiducia, de modo que, al no hacerse referencia expresa en la norma a otro tipo de contratos que pueden ser suscritos bajo este régimen, necesariamente debe

aplicarse la regla general de los contratos que suscriben los municipios, las áreas metropolitanas y los establecimientos públicos adscritos a éstos, esto es, la Ley 80 de 1993 y hoy la Ley 1150 de 2007.

5. MECANISMOS DE CONTRATACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL

5.1. CONTRATOS DE OBRA

De acuerdo con Peña (2012), en los primeros tiempos de Roma,

la locación de cosa no había tenido razón de ser porque los ciudadanos dedicados preferentemente a las tareas agrícolas, eran ayudados por los familiares, esclavos y clientes, lo que hacía innecesario el arrendamiento; pero debido al aumento de la población comenzó a hacerse necesario el préstamo de elementos de trabajo o el alquiler mediante el pago de un precio en dinero. Así nació la *locatio rei* (p. 364).

Según lo anterior, la diferencia entre locación de obras y de servicios se evidenció en la época del Imperio en que la ejecución de trabajos públicos era considerada como una convención de este tipo, mientras que las funciones que desempeñaban los auxiliares de los magistrados se consideraban una

locación de servicios. Este fundamento de derecho público se hizo extensivo al derecho privado, por ejemplo, los trabajos de construcción de una casa o de realización de una obra de arte estarían dentro de la locatio operis, mientras que la prestación de servicios personales por una suma de dinero configuraba una locatio operum.

Ahora bien, respecto a la función económica, según estima Peña (2012), si bien el contrato de obra está regulado por el ordenamiento civil, no se puede desconocer la importancia que esta figura jurídica tiene en el mundo de las relaciones económicas.

Es así como el campo de la ingeniería, la arquitectura, la construcción y, en general, el sector empresarial se valen de dicho contrato para estructurar las distintas obligaciones y deberes que se derivan de la tarea encomendada por una persona a otra, para elaborar una obra material.

Sectores como el de la construcción, constituyen uno de los pilares fundamentales del desarrollo de un país. Y qué decir de la tendencia muy generalizada en la actualidad de no ejecutar directamente la labor de producción, sino de encargarla a terceros conocedores y con experiencia en tales asuntos, mediante el tan nombrado pero poco estudiado fenómeno de la maquila, especie, sin lugar a duda, del contrato de obra (Peñan, 2012, p. 364).

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 23

Es el contrato de obra, el vehículo idóneo para armonizar relaciones económicas cuya consecuencia es satisfacer necesidades por determinadas personas que en razón a sus calidades y cualidades, reciben el encargo de otras para ejecutar una determinada obra material.

De esta manera, el contrato de obra puede definirse como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona se obliga, de manera independiente y autónoma, para con otra, a realizar una obra material determinada, recibiendo de esta última una remuneración, en contraprestación a la labor desarrollada.

5.2. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

El contrato estatal definido desde una visión instrumental, no es nada distinto a un medio para que el Estado Social de Derecho alcance sus fines y, para ello el contrato lo define la Corte Constitucional, en Sentencia C-949 de 2001, como

La herramienta necesaria para que el Estado logre estos, dado que el contrato

estatal dota al Estado de los bienes y servicios para el cumplimiento de los servicios públicos a su cargo y para garantizar a todos los ciudadanos sus derechos y principios consagrados en la Constitución (art. 2 de la Constitución Política).

Se establece por tanto que “el contrato es un consentimiento dirigido a la producción de obligaciones; existe cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (Ospina y Ospina, 2002, p. 169).

Según el Código Civil en su artículo 1091: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

Rodríguez (2001) afirma que la noción básica de contrato es común para los celebrados por los particulares o por la administración, y, “en éste último caso, sean contratos administrativos o contratos de derecho privado; la noción básica proviene del derecho civil” (p. 328).

De acuerdo con el artículo 1495 del Código civil, el contrato “es un acto por el cual una

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 23

parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 intentó fallidamente unificar en una sola categoría los contratos celebrados por la administración, eliminando los criterios diferenciadores que contenía el decreto ley 222 de 1983.

El nuevo régimen de contratación, intenta conciliar dos objetivos fundamentales, el primero es eliminar las confusiones que tenía el Estado en su proceso de contratación, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de atender el interés general; el segundo objetivo es hacer que, a través de ese nuevo régimen no se ponga en peligro el patrimonio y los ingresos del Estado y se eviten las desviaciones o irregularidades en el funcionamiento de los procesos contractuales que puede convertirse en una fuente de corrupción.

De conformidad con el literal C, del numeral cuatro del artículo 24 de la ley 80 de 1993, es una causal de contratación directa

cuando estamos en presencia de un contrato entre entidades públicas.

Con relación al tema, la ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, consagra en su artículo 4:

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

c) Contratos ínter administrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículos. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán

realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal (...).

Es necesario que dichos esquemas contractuales respeten todos los principios de la contratación pública y de la función pública.

Es importante también, definir la justificación técnica, administrativa y financiera del contrato interadministrativo que se pretende celebrar teniendo presente que si bien no se pueden estipular cláusulas excepcionales, si es viable la exigencia de garantías para el aseguramiento del cumplimiento de la ejecución del contrato ínter administrativo.

La ley 1150 en su artículo 7, menciona las garantías en la contratación: “Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento

de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos (...)”.

De esta forma, los convenios o contratos interadministrativos que se celebran con fundamento en el artículo 24 de la ley 80, se diferencian de los convenios de asociación en que pueden suscribir las entidades públicas de conformidad con la ley 489 de 1998 en que los primeros apuntan a la celebración de un negocio jurídico bilateral, en el cual existen contraprestaciones recíprocas y estimables económicamente, como es el caso de la entrega de un bien, una obra o un servicio, son los típicos contratos o convenios interadministrativos que suscribe por ejemplo un municipio con una empresa industrial y comercial del Estado, mientras que los segundos, los de asociación, suponen un aporte común para sacar adelante un programa o proyecto de interés general, en el marco de cometidos comunes.

Al respecto, el artículo 95 de la ley 489 de 1998, permite a las Entidades Públicas la celebración de convenios de asociación o que se asocien entre sí con el fin de cooperar en

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 23

el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, o también a través de la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

De acuerdo con las estipulaciones planteadas, se puede definir el convenio interadministrativo como aquel “negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales” (Santos, 2008, p. 10).

Por su parte, el contrato interadministrativo se denomina como aquel que también es

Celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular (Santos, 2008, p. 11).

Los convenios interadministrativos celebrados con base en el artículo en mención sólo se nombran allí, actualmente no se encuentran reglamentados ni normativamente ni jurisprudencialmente, pero a pesar de ello, estos deben ser realizados bajo los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. Recuérdese que los mencionados principios, según el artículo 209 de la Carta, junto con los de eficacia, economía y celeridad, deben fundamentar el desarrollo de la función administrativa.

5. CONCLUSIONES

Las soluciones de vivienda de interés social siempre han sido una de las prioridades de las administraciones locales y del gobierno nacional. Dentro de los Planes Nacionales de Desarrollo se ha planteado la necesidad de aunar esfuerzos entre los distintos estamentos del Estado para construir un techo para los menos favorecidos.

Para cumplir con dicho propósito, el Estado ha buscado los mecanismos más

convenientes para promover la vivienda de interés social. Una vez adelantados todos los trámites necesarios para estructurar de manera adecuada el proyecto y elegido el mismo, entra a relucir un aspecto de la mayor importancia para concluirlo. Se trata de las obras necesarias para construir las viviendas de interés social, aspecto sobre el cual no se ha dado mayor debate y que resulta de gran interés para las entidades municipales no solo por la legalidad que deben seguir en su actuar, sino por la configuración que deben realizar al contrato que suscriban con la intención de adelantar el proyecto de vivienda de interés social.

Como se ha podido establecer, son distintas las formas como se ha concebido la contratación de las viviendas de interés social. En ocasiones se ha encontrado regímenes excepcionales en la normatividad vigente en la materia que han conllevado a que a la selección y a la ejecución del contrato se le aplique el Derecho privado o un régimen especial o hasta mixto,- así mismo, se ha concebido la contratación idónea mediante un contrato de obra pública establecido en el artículo 32.1 de la Ley 80

de 1993, y, por último, se ha advertido la posibilidad de acudir a convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

La existencia de un régimen jurídico excepcional al Estatuto General de la Contratación de la Administración pública para adelantar proyectos de vivienda de interés social se ha convertido en un galimatías del derecho, ya que no existe un régimen excepcional al Estatuto específico para estos proyectos, pero sí existen diversas formas de lograr la contratación de viviendas de interés social.

Por último, es de resaltar que es posible que la Administración pública acuda a convenios administrativos o contratos administrativos con el fin de adelantar los proyectos, siempre que en la estructuración del negocio se advierta que, de una parte, los contratantes se encuentran aunando esfuerzos para el fin común de concluir la solución de viviendas de interés social, o, de la otra, la Administración Pública busque recibir unas casas y el particular por esa labor recibe un ingreso o utilidad.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 23

Consejero Ponente: César Hoyos Salazar.

REFERENCIAS

Chávez M., A. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Congreso de la República. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. (2002). *Ley 734. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.699 del 5 de febrero de 2002.

Congreso de la República. (2007). *Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

Consejo de Estado. (1996). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 17 de mayo. Expediente 8859*. Consejero Ponente: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado. (1998). Bogotá D.C. Sala de Consulta y Servicio Civil. *Sentencia del 26 de agosto. Radicación 1121*.

Consejo de Estado. (1998). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Auto de 20 de agosto. Expediente: 14202*. Consejero Ponente: Juan De Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado. (2002). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia de 6 de junio. Expediente: 20634*. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos.

Consejo de Estado. (2005). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 17 de febrero. Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00695-01(25688)*. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. (2007). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 2 de mayo. Radicación 25000-23-26-000-1995-01123-01(16211)*. Consejera Ponente: Ruth Sella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2009). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia de 23 de septiembre. Expediente: 24639*. M. P: Consejera Ponente: Myriam Guerrero De Escobar.

Consejo de Estado. (2009). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia de 11 de noviembre. Expediente 11978*.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 23

- Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Córdoba P., F. (2013). *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*. Medellín: Universidad Eafit.
- Corte Constitucional. Bogotá D.C. (1992). *Sentencia T-406*. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Bogotá D.C. (2001). *Sentencia C-949*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad de Argentina.
- Duarte R., L. (2011). El derecho frente a la vivienda de interés social en Colombia. *Universitas Estudiantes*, (8), 107-119.
- Expósito V., J. (2003). *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito V., J. (2012). La Contratación de Proyectos de Vivienda de Interés Social: ¿Régimen Excepcional o Aplicación del Estatuto de Contratación? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (7), 89-108.
- Góez M., A. (2010). *Las cláusulas excepcionales aplicables al contrato estatal*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2012). *Política Nacional de Vivienda de Interés Social*. Recuperado en octubre de 2014, de <http://www.mincomercio.gov.co>
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2014). *Colombia: cien años de políticas habitacionales*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos.
- Molina, B., Ríos O., W., y Lotero, J. (2011). *La evaluación ex-post basada en el control social y la participación, en proyectos de vivienda de interés social*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ospina F., G., y Ospina A., E. (2002). *Teoría General de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Peña N., L. (2012). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis.
- Pino R., J. (2005). 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Santos R., J. (2008). *Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez B., G. (2007). Apuntes sobre el proceso de modernización de la Ley 80 de 1993. Contratación Estatal: aspectos controversiales. Bogotá: Universidad de los Andes.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 23 de 23

Suárez B., G. (2009). La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis.

Villegas A., J. (2007). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CURRICULUM VITAE

Leonel Otálvaro García: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.

Enmanuela Buitrago Arcila: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.

Cristina Tamayo Cifuentes: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.