

*Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.*

80112 – IE62755

Bogotá, D.C., Noviembre 05 de 2010.

Doctora:  
ERIKA VIÑAS ROMERO  
Contralora Delegada para el Medio Ambiente (E)  
Contraloría General de la República  
Ciudad

Asunto: PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL CON PARTICIPACION DEL ESTADO. Unión Temporal.

## I. ANTECEDENTE

Recibimos el oficio No. 2010IE51077 del 10 de septiembre de 2010 de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente, en el que solicita ilustración respecto de una denuncia que está conociendo la Delegada, exponiendo que: Un municipio celebra una unión temporal con un particular, en la cual el municipio hace un aporte generalmente representado en terrenos de propiedad del municipio, por su parte el particular se encarga de la construcción de viviendas de interés social recibiendo como contraprestación el valor de la construcción con el subsidio otorgado y en algunos casos también con el ahorro programado de cada uno de los beneficiarios.

A raíz de esta práctica se han recibido denuncias sobre incumplimiento en la entrega de viviendas y calidad de materiales.

Respecto de lo expuesto pregunta si esta modalidad de contratación es acertada para la consecución de los fines que busca el Estado con el otorgamiento del subsidio familiar de vivienda urbana en cooperación con los entes territoriales (Decreto 2190 de 2009 artículo 2 numeral 2.9) tomando además en cuenta la definición jurídica de unión temporal.

## II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Para dar respuesta a sus inquietudes dividiremos el análisis jurídico en dos partes, en la primera trataremos el tema de proyectos de vivienda de interés social con la participación del Estado. En la segunda parte del Concepto hablaremos de la unión temporal.

*Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.*

Doctora, Erika Viññas Romero, Contralora Delegada para el Medio Ambiente

Página 2 de 7

Finalmente relacionaremos los dos temas para determinar si es posible o no la ejecución de proyectos de vivienda de interés social en uniones temporales en las que participe el Estado.

## A) PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL CON LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO.

El ordenamiento jurídico ha regulado de manera específica los proyectos de vivienda con la participación del Estado de la siguiente forma:

La Constitución Política consagra: “ARTICULO 51. 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.”

La Ley 3ª de 1991, señala: “ARTICULO 1o. Créase el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, integrado por las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza.

*Las entidades integrantes del sistema actuarán de conformidad con las políticas y planes generales que adopte el Gobierno Nacional.*

*El Sistema será un mecanismo permanente de coordinación, planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por las entidades que lo integran, con el propósito de lograr una mayor racionalidad y eficiencia en la asignación y el uso de los recursos y en el desarrollo de las políticas de vivienda de interés social.*

*ARTICULO 2o. Las entidades integrantes del Sistema Nacional de Vivienda de interés social, de acuerdo con las funciones que cumplan conformarán los subsistemas de fomento o ejecución, de asistencia técnica y promoción a la organización social, y de financiación, así:*

*a) El subsistema de fomento o ejecución estará conformado por los organismos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales, de los distritos especiales y de las áreas metropolitanas, y por las organizaciones populares de vivienda, las organizaciones no gubernamentales y las empresas privadas que fomenten, diseñen o ejecuten planes y programas de soluciones de vivienda de interés social. Entre otros, serán integrantes de este subsistema el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social de que trata el artículo 10, el Fondo Nacional del Ahorro, la Caja de Vivienda Militar, los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de que trata el artículo 17 y las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios;*

*b) El Subsistema de Asistencia Técnica y de Promoción a la Organización Social estará conformado por los organismos nacionales, departamentales, intendenciales y comisariales, y por las agremiaciones de las organizaciones populares de vivienda, las organizaciones no gubernamentales y las entidades privadas que presten asistencia técnica y promueven la*

*organización social. Entre otros, serán integrantes de este subsistema el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"-IGAC-, el Centro Nacional de la Construcción-CENAC-, la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP-, las Universidades y los Centros de Investigación o Consultoría especializados en vivienda;*

*c) El Subsistema de Financiación estará conformado por las entidades que, cumplan funciones de captación de ahorro, concesión de créditos directos, otorgamiento de descuentos, redescuentos y subsidios, destinadas al cumplimiento de los objetivos del Sistema. Entre otros, serán integrantes de este subsistema las entidades de que trata el artículo 122 de la Ley 9a de 1989, la Financiera de Desarrollo Territorial-FINDETER-, el Banco Central Hipotecario-BCH-, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y las Cajas de Compensación Familiar que participen de la gestión Financiera del Sistema."*

La Ley 388 de 1997, señala:

*"Artículo 36. Actuación urbanística pública. Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y edificación de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución que son orientadas por el componente urbano del plan de ordenamiento y deben quedar explícitamente reguladas por normas urbanísticas expedidas de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 de la presente ley.*

*Estas actuaciones podrán ser desarrolladas por 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.*

*(...) En el evento de programas, proyectos y obras que deban ejecutar las entidades públicas, como consecuencia de actuaciones urbanísticas que le sean previstas en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen, las entidades municipales y distritales competentes sin perjuicio de su realización material por particulares, podrán crear entidades especiales de carácter público o mixto para la ejecución de tales actuaciones, de conformidad con las normas legales generales y con las especiales contenidas en la presente ley y en la Ley 142 de 1994.*

*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 59 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993." (Subrayas fuera de texto).*

De las normas citadas podemos establecer que, existe un mandato constitucional al Estado para hacer efectivo el derecho a la vivienda de interés social, dándole para ello la facultad de establecer formas asociativas de ejecución de programas para la consecución de ese derecho, pero no perdiendo de vista que el Estado puede

ejecutar proyectos de vivienda de manera autónoma y sin necesidad de asociarse con particulares pues la garantía de vivienda que debe brindar es su obligación.

Teniendo claro lo anteriormente señalado, entonces podemos decir que siguiendo el mandato constitucional, la Ley estableció 3 opciones para la ejecución de proyectos de vivienda entre el Estado y los particulares, así:

- Formas asociativas
- Creación de entidades de carácter mixto
- Celebración de contratos de fiducia con particulares

Las normas especifican las personas u organizaciones del sector privado que pueden actuar conjuntamente con el Estado en la consecución de los fines que busca la vivienda de interés social, así señala a las agremiaciones de las organizaciones populares de vivienda, las organizaciones no gubernamentales y las entidades privadas que presten asistencia técnica y promueven la organización social.

Además las normas señalan formas asociativas (que como toda asociación implican un acuerdo de voluntades y formas contractuales que las preceden) pero también señala formas contractuales que no implican asociación, así sucede cuando consagra la posibilidad de la celebración del contrato de fiducia con particulares.

En primer lugar precisemos las formas contractuales:

La Ley 80 de 1993, señala en el artículo 32 “*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*”

De conformidad con la disposición señalada, la administración para efectos de construir la vivienda de interés social ha de recurrir a alguna tipología de los contratos enunciados en la Ley 80 de 1993 ó en los que se establezcan en el derecho privado (sean típicos ó atípicos), procurando entre ellos el que le permita encontrar la mejor consecución de los fines que se buscan con la construcción de viviendas de interés social y que de ser voluntad del municipio le permita pagar al contratista con lo que se desembolse a cada beneficiario por vía del subsidio de vivienda ó con los recursos provenientes del ahorro programado pero sin que ello afecte la calidad y la puntualidad en la entrega de las viviendas.

Ahora precisemos el tema de las formas asociativas. Podemos decir que además de lo señalado en la Ley 388 de 1997, la Ley 489 de 1998 ha regulado la celebración de convenios o la creación de personas jurídicas con particulares, así: “**ARTICULO 96.**

*CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.”*

No obstante no cerramos el tema de las formas asociativas con las normas citadas pues hace falta determinar si la unión temporal se puede considerar o no como una de ellas en que el Estado puede actuar conjuntamente con un particular para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social.

## B) UNION TEMPORAL

El artículo 7 de la Ley 80 de 1993, define la Unión Temporal para los efectos de la contratación administrativa, como “2o. *Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*”

Sobre unión temporal la doctrina ha señalado:

*“Las uniones temporales y consorcios constituyen una evolución, hoy regulada parcialmente en la ley, de los contratos de “joint – venture” que constituyen contratos privados a riesgo compartido que se celebran usualmente entre particulares para la ejecución de proyectos privados.*

*(...) El E.C. no establece una formalidad especial para la constitución o conformación de una unión temporal o un consorcio. No podría asimilarse, bajo ningún punto de vista, a un contrato estatal porque, como se ha dicho, constituye un acuerdo de voluntades particulares, salvo que participe una entidad estatal como integrante, circunstancia que obligaría a la suscripción de un contrato estatal con los requisitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico”.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> PINO Ricci Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pg. 91, 93.

La Ley 80 de 1993 regula la unión temporal como una modalidad de participación que utilizan las personas para poder presentar propuestas y contratar con las entidades estatales pero ello no es óbice para quitarle el carácter asociativo en general que tiene la unión temporal.

La unión temporal es una forma de asociarse que puede ser entre particulares para diferentes finalidades, entre ellas para poder presentar propuestas y contratar con el Estado, pero allí no se agota su finalidad pues pueden asociarse para otros objetos.

La unión temporal como una forma de asociarse implica un acuerdo de voluntades que no solo puede darse entre particulares, igualmente lo puede ser entre ellos y el Estado, pero cuando el sistema jurídico lo permite, como en el caso de la ejecución de proyectos de vivienda donde se permite que el Estado forme asociaciones con particulares, pero advirtiéndole que en ese caso se deben observar las normas de la contratación administrativa; así las cosas la selección de esos particulares con quien el Estado conformará la unión temporal, así como su celebración estará regulada por las reglas de la contratación administrativa y las especiales en materia de vivienda de interés social.

### III. CONCLUSIONES

De conformidad con las normas citadas, la garantía de vivienda de interés social es una obligación del Estado, para ello se puede asociar con particulares, pero dicha asociación no implica el desprendimiento total de facultades del Estado en materia de vivienda de interés social a los particulares, así las cosas, la regla es que la ejecución de proyectos de vivienda así como su construcción y entrega está a cargo del Estado y eventualmente pueden en el desarrollo de ello participar particulares pero bajo su dirección.

Para precisar el tema de las formas en que el Estado puede actuar con los particulares para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social, señalamos que se trata de formas contractuales o asociativas. Contractuales en el sentido de la celebración de contratos que permite el Estatuto de Contratación Administrativa con particulares; y asociativas que también van precedidas de formas contractuales, pero que entran más en el área de creación de personas, entidades o asociaciones de carácter mixto entre el Estado y los particulares.

Existen formas jurídicas de creación legal en las cuales el Estado puede asociarse con particulares mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para la consecución de los fines estatales.

La unión temporal es una forma asociativa que se puede dar en el contexto de la presentación de propuestas y de contratación con una entidad de las que se rigen por el Estatuto de Contratación Administrativa.

La unión temporal como una forma de asociarse implica un acuerdo de voluntades que no solo es entre particulares también puede ser entre ellos y el Estado pero cuando el sistema jurídico lo permita, como en el caso de la ejecución de proyectos de vivienda donde se admite que el Estado forme asociaciones con particulares, advirtiéndose que en ese caso se deben observar las normas del Estatuto de Contratación Administrativa.

Respecto del contrato que nos remite cabe advertir que no nos es dable pronunciarnos en un concepto jurídico sobre la viabilidad del mismo, toda vez que ello puede implicar un juicio previo sobre algo que posteriormente puede ser objeto de control fiscal. No obstante le señalamos de manera general el tema de la unión temporal con participación del Estado para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social.

#### IV. ALCANCE DEL CONCEPTO

Se hace procedente indicar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir, carecen de fuerza vinculante.

Finalmente lo invitamos a consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

**CARLOS EDUARDO UMAÑA LIZARAZO**  
Director Oficina Jurídica (AF)

Proyectó: Isabela Narváez Coral. Profesional Universitario  
Revisó: Álvaro Barragán Ramírez. Coordinador de Gestión  
Radicados: 2010IE51077