BICENTENARIO de la Independencia de Colombia 1810-2010

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO T.
5/3/2010 16:27:27 FOLIOS: 8 ANEXOS: 0
AL CONTESTAR CITE: 1200-E2-22924
TIPO DOCUMENTAL: OFICIO
REMITE: OFICINA ASESORA JURIDICA
DESTINATARIO: FIDUCAFE

Bogotá, D.C., marzo 5 de 2010

Señor:
FRANCISCO JAVIER OSPINA GÓMEZ
Estructurador de Negocios Fiduciarios
Avenida El Dorado No. 68 B-85 Piso 2
Torre Suramericana –Bogotá
Ciudad
Correo Electrónico: fospina@fiducafe.com.co

Asunto: *Su oficio radicado con No. E1-22924 del 22 de febrero de 2010 - Aplicación de la Directiva Presidencial No. 011 de 2009 a los Subsidios VIS.-*

Respetado doctor Ospina Gómez:

Se basa la consulta objeto de estudio en señalar los siguientes aspectos relacionados con la Ley de Garantías

"1.- Si las disposiciones de la Ley 966 de 2005 en materia de contratación, cuyo alcance ha sido definido por la citada Directiva Presidencial, tiene aplicación frente a la celebración de encargos fiduciarios para la administración de subsidios de vivienda de interés social, cuando la entidad oferente es pública".

"2.- Cuándo se conforman Uniones Temporales entre municipios, departamentos y/o entes adscritos al municipio o departamento y personas naturales o jurídicas de carácter privado, qué naturaleza tienen estas uniones temporales?. Le son aplicables las disposiciones de la Ley de Garantías, o por el contrario pueden adelantar la contratación de sociedades fiduciarias para el manejo de los recursos de subsidios de vivienda de manera directa?".

La Oficina Asesora Jurídica se referirá a los dos puntos planteados por usted sobre la Ley de Garantías, en los siguientes términos:

I.- NORMAS APLICABLES:

Ley 996 de 2005.

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

Ley 80 de 1993
Ley 1150 de 2007
Ley 388 de 1997
Código de Comercio

II.- RESTRICCIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS.

La Ley 996 de 2005, prevé en el artículo 33 las siguientes restricciones a la contratación pública:

> *"Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.*
> *Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias." (La subraya es nuestra).*

La cabal comprensión de esta disposición legal exige a) La precisión de los conceptos de *entes del Estado.* b) El análisis del procedimiento contractual *contratación directa* previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para la rama ejecutiva del poder público. c) El alcance de Ley respecto de la persona jurídica privada y de entidad estatal.

a) Dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 1727 del 20 de febrero de 2006:

> *"La expresión <u>todos los entes del Estado</u> hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que* ***son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia,*** **comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía.** *Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones" (Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo)* ***(énfasis fuera de texto).***

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

Por tanto, el Art 33 no pretende excluir de su aplicación a las entidades que no son parte de la rama ejecutiva, y por ello la prohibición de la contratación directa se aplica a todos los entes del Estado colombiano, no importa su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una rama u otra del poder público o su autonomía.

b) La contratación directa es una herramienta legal prevista en la Ley 1150 de 2007, para los casos de Urgencia manifiesta; contratación de empréstitos; contratos interadministrativos; la contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS; los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos; cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; el arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Por otro lado, la Directiva Presidencial 011 del 11 de noviembre de 2009 expresó lo siguiente:

> *" (..) 2.4. Por contratación directa debe entenderse la realizada en las causales descritas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Para la celebración de esta clase de contratos o en estos eventos, las entidades estatales podrán utilizar las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 - licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada - las cuales comportan la ejecución de procesos de selección mediante la realización de convocatorias públicas.*
> *2.5. De esta prohibición se excluye la adquisición de los siguientes bienes o servicios y la celebración de los siguientes contratos:*
> *2.5.1 Aquellos requeridos para la defensa y seguridad del Estado;*
> *2.5.2 Los contratos de crédito público;*
> *2.5.3. Los contratos requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres; así como también los necesarios para la reconstrucción de la infraestructura vial (vías, puentes, carreteras) o energética y de comunicaciones, en caso de que las mismas hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor. Igualmente aquellos que, para el mismo efecto, requieran las entidades sanitarias y hospitalarias.*
> *2.5.4. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, cuando se rijan por los reglamentos de dichas instancias.*
> *2.5.5. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios*

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, cuando se sometan a los reglamentos de dichos organismos u entes(…)".

c) La Corte Constitucional, en sentencia C-736 de 2007, determinó que las empresas de servicios públicos mixtas y las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público.

III.- ARTICULO 36 DE LA LEY 388 DE 1997[1] Y LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORAL:

Las entidades municipales y distritales, así como las áreas metropolitanas que participen en la ejecución de proyectos de urbanización y en programas de vivienda de interés social, están facultadas para celebrar contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales del derecho y a las reglas del derecho comercial. La no aplicación de las limitaciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, debe entenderse como una excepción, según ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[2]:

"(…)El inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social.Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de ***fiducia mercantil****, puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y "del derecho comercial", lo cual se reafirma con la expresión*

[1] Inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 *"(…)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" (subrayado fuera de texto)*

[2] Concepto No. 1502 del 2003

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

> *siguiente de la norma, "sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993".*

En el inciso final del artículo 36 de 388 de 1997[3] el legislador habilitó a los particulares para que administren recursos públicos y ejerzan funciones públicas de acuerdo con la Ley, pero sometidos al interés general y al respeto de los criterios de eficacia, eficacia, trasparencia y economía.

Y cuando las entidades municipales y distritales, y las áreas metropolitanas, deseen escoger una entidad fiduciaria para celebrar un contrato de fiducia mercantil, deben respetar el procedimiento de **licitación pública** regulado por el ***artículo 860[4] del Código de Comercio***, capítulo de la Oferta o propuesta de Contratos.

Así lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1727 de 2006:

> *"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: ´ Artículo 860. 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´ ".*

La Directiva Presidencial 011 de 2009 en el numeral 2.3 dio también las instrucciones para aquellos entes del Estado que se encuentren regulados por el derecho privado con ocasión de las elecciones Presidencial y del Congreso, en los siguientes términos:

> *"(…) 2.3. Los entes del Estado cuya contratación se encuentre sometida al derecho privado deben contratar mediante la licitación pública regulada en el artículo 860 del Código de Comercio que establece que "En todo género de*

[3] "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"

[4] "Artículo 860. "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."

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

> *licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta del 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 (Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil)(…)" .*

Entonces, durante el período establecido en la ley de garantías solo se podrán celebrar contratos bajo la modalidad de licitación pública o su equivalente y en consecuencia la empresa deberá acogerse al mecanismo de la mencionada licitación de conformidad con el artículo 860 del Código de Comercio o en su defecto al mecanismo que de acuerdo a su Manual de Contratación haga las veces de licitación pública, sin que pueda aplicar ninguna otra modalidad contractual diferente.

IV.- UNIONES TEMPORALES ENTRE MUNICIPIOS, DEPARTAMENTOS Y/O ENTES ADSCRITOS AL MUNICIPIO O DEPARTAMENTO Y PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS DE CARÁCTER PRIVADO Y LA LEY DE GARANTÍAS:

La Unión Temporal es el acuerdo de dos o más personas, sean privadas o con participación de una entidad estatal, para presentar unidas un proyecto de gestión de viviendas de interés social una propuesta que aspira a la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato de fiducia mercantil.

En efecto, para un contrato de fiducia mercantil las partes proponentes pueden constituirse como consorcio, unión temporal, sociedad u otra modalidad de asociación que consideren conveniente. Y en la propuesta que elaboren debe expresarse la forma que adoptan. Así ocurrirá si las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas deciden unirse con entidades de carácter privado para suscribir un contrato de fiducia mercantil (artículo 7 de la Ley 80 de 1993). Pero es imprescindible que para la selección del ente privado deba adelantarse en los términos previstos para la licitación pública que prevé el artículo 860 del código de comercio, de conformidad a lo considerado en el punto anterior.

Teniendo en cuenta que se trata de administración de recursos públicos, se debe aplicar los principios de la Función Administrativa del artículo 209 de la Constitución Política que establece:

> *"**Artículo 209.-** Principios de la Función Pública. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".*

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

La Contraloría General de la República mediante concepto 8011-IE627 del 13 de enero de 2009 enfatizó que los subsidios familiares de vivienda son recursos públicos, aún cuando ya hayan sido desembolsados por la entidad otorgante. En el precitado concepto se expresa:

> *"(…) 1. Los recursos destinados a los subsidios para vivienda de interés social son dineros públicos, tal como se infiere de las definiciones plasmadas en la legislación vigente sobre el tema.*
>
> *(…)*
>
> *3. La legislación expuesta permite inferir que la destinación de recursos del presupuesto nacional a la entrega de subsidios de vivienda de interés social, obedece al cumplimiento de fines estatales como la garantía del derecho a la vivienda de la población menos favorecida, cuya gestión propende por el máximo beneficio social.*
>
> *4.- (…) la gestión de la administración respecto de los recursos destinados a los subsidios de vivienda de interés social no se agota en la entrega que se hace al beneficiario o contratista de éstos, según el caso. Por lo tanto a pesar de que han sido trasnferidos al beneficiario y en consecuencia al ejecutor del respectivo proyecto conservan su naturaleza de recursos públicos, incluso aún después de que el beneficiario se encuentra disfrutando de la solución de vivienda, ya que en ese evento el estado le exige el uso de esos recursos corresponda al fin para el que fueron previstos".*

V.- CONCLUSION:

1.-. Está prohibido por la Ley de Garantías - Ley 966 de 2005 - el procedimiento de selección de contratistas denominado *contratación directa*, salvo excepciones taxativas. Durante el periodo preelectoral se precisa seguir los mecanismos de licitación, selección abreviada o concurso de méritos. (Artículo 2 Ley 1150 de 2007)

2.- Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, pueden celebrar contratos de fiducia mercantil *acogiéndose al mecanismo de la licitación establecida* en el artículo 860 del Código de Comercio o al mecanismo que de acuerdo a su Manual de Contratación haga las veces de licitación pública.

3.- Lo anterior aplica para las Uniones Temporales, toda vez que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán constituir Unión Temporal o Consorcios o celebrar convenios de asociación para efectos de ejecución de

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co

proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, pero cumpliendo con la normatividad aplicable, es decir, proceder respaldadas en la figura legal de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, aplicando los principios orientadores de la función pública, como son la transparencia, responsabilidad, eficacia, eficiencia, objetividad e igualdad.

La respuesta de la Oficina Asesora Jurídica a la consulta elevada por el señor Ospina Gómez se hace en los términos legales vigentes[5]. Por tanto, corresponde al interesado evaluarla y sopesarla a la luz de la normatividad y jurisprudencia aplicables en la materia y asumir su propia posición conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Atentamente,

Fdo. **SILVIA PATRICIA TAMAYO DÍAZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Elaboró: Aurora Villafañe

[5] Artículo 25, inciso 3°, Código Contencioso Administrativo: "Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

Carrera 13 Nº 37-38 PBX: 3323434 – 3323400 Fax: 3406212 Bogotá D.C. – Colombia
Web: www.minambiente.gov.co