



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

PARA PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Artículo 36 Ley 388 de 1997, modificado por Ley 2079 de 2021 – Régimen jurídico.

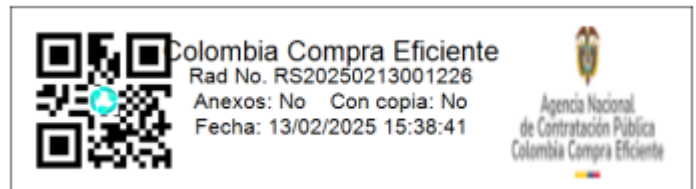
El texto del nuevo inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 no cambió el sentido de su contenido, pues la norma continúa siendo una autorización para que las entidades territoriales sometidas al EGCAP acudan a la celebración de contratos de fiducia mercantil, bajo el régimen jurídico general de esta institución que se encuentra previsto en el derecho privado, en particular, en el derecho comercial, cuando la finalidad sea la de participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Por lo anterior, la interpretación del alcance de la norma que venía aplicándose con base en lo dispuesto por el Consejo de Estado en el Concepto No. Concepto No. 1503 de 2003 continúa vigente, toda vez que la restricción del numeral 5 de la Ley 80 de 1993 que fue suprimida resultaba aplicable al régimen de contratos de fiducia pública y encargo fiduciario regidos por el EGCAP, más no para la fiducia mercantil, cuyo régimen general está previsto en el derecho comercial.



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., 13 de febrero de 2025

Señor
Iván Darío Gutiérrez Cardozo
ivandariog@hotmail.com
Neiva, huila



Concepto C- 002 de 2025

Temas: PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL –
Artículo 36 Ley 388 de 1997, Modificado por Ley 2079
de 2021 – Régimen jurídico

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No.
P20250101000003

Estimado señor Gutiérrez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 01 de enero de 2025, en la cual manifiesta lo siguiente:

"¿cual es el regimen contractual de los fondos de vivienda territoriales?, se encuentran estos sometidos al estatuto general de la contratacion publica ¿ que regimen contractual deben aplicar estos fondos, para obras financiadas con recursos o subsidios destinados a la vivienda de interes social:?. " (SIC)

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el (los) problema(s) jurídico(s) de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Las entidades municipales y distritales y las áreas

metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social?

i)

2. Respuesta:

El inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, en su versión original, dispuso que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían 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. Esta norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en Concepto No. 1503 de 2003, interpretó su alcance en el siguiente sentido: "Ahora bien, resulta claro que 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 siguiente de la norma, 'sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993'".

El criterio interpretativo del inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, según el cual el contrato de fiducia autorizado en dicha norma para que las entidades territoriales ejecuten proyectos de vivienda de interés social es

el contrato de fiducia mercantil, regido por el derecho privado, también fue acogido por la jurisprudencia de esa corporación, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un fallo posterior, mantuvo la tesis según la cual “los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de fiducia, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil”¹.

De igual forma, corresponde a la entidad contratante determinar de acuerdo con su naturaleza jurídica el régimen de contratación aplicable para cada proceso de selección en particular. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

La *vivienda de interés social* ha sido considerada como una de las soluciones para materializar el derecho a la vivienda digna previsto en el ordenamiento jurídico colombiano. Es así como el artículo 51 de la Constitución Política dispuso

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicado Nro. (55147). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

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”. En consecuencia, es deber del Estado incluir la promoción de programas de *vivienda de interés social* como parte de las políticas públicas que integran los planes nacionales de desarrollo.

En el orden legal se articula el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social creado por la Ley 3 de 1991², norma que en el artículo 1º estableció que el sistema estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplieran funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza. Seguidamente, en el artículo 4 dicha ley estatuyó que las administraciones municipales y distritales, entre otras, coordinarían en su respectivo territorio el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, a través de las entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda de interés social en la localidad o a través de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana. El funcionamiento de los fondos de *vivienda de interés social* y reforma urbana quedó previsto en el artículo 19, norma que dispuso que éstos tendrían como objeto desarrollar las políticas de *vivienda de interés social* en las áreas urbanas y rurales, y dentro de sus funciones se consagró la de hacerlo directamente o en asocio con entidades autorizadas, dentro de las cuales se encontraban las empresas privadas que tuvieran por objeto el desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social. No obstante, dicha ley no hizo referencia al régimen jurídico de los contratos celebrados para desarrollar los proyectos de *vivienda de interés social*.

² Ley 3 de 1991 “por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente se expidió la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en cuyo articulado no se aludió a ningún tipo de contrato en especial, cuyo objeto correspondiera a la ejecución de proyectos de *vivienda de interés social*. Años más tarde fue expedida la Ley 388 de 1997 que tuvo como propósito armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental. En el artículo 36 –original– de esta norma se previó que las actuaciones urbanísticas, dentro de la cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían 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.

El inciso final del mencionado artículo 36, en su versión primigenia, dispuso que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían 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.

Esta norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en Concepto No. 1503 de 2003,³ interpretó el alcance en el siguiente sentido:

Ahora bien, resulta claro que 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

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2003, C. P. César Hoyos Salazar, Radicación: 1502

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 siguiente de la norma, 'sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993'**. [Resaltado fuera de texto]

El criterio interpretativo del inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, según el cual el *contrato de fiducia* autorizado en dicha norma para que las entidades territoriales ejecuten proyectos de *vivienda de interés social* es el *contrato de fiducia mercantil*, regido por el derecho privado, también fue acogido por la jurisprudencia de esa corporación, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un fallo posterior⁴, mantuvo la tesis según la cual “los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de *fiducia*, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo comercial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil”.

La doctrina también ha coincidido en este entendimiento, partiendo de las consideraciones realizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al señalar que en relación con los contratos de fiducia señalados en el último inciso del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 se configura un régimen excepcional de contratación. En este sentido se ha indicado:

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicado Nro. (55147). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

De lo anterior se colige que, tal como se encuentra la redacción de dicho artículo en la actualidad, 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.

La interpretación de la Sala de Consulta y Servicio Civil nos da luces para resaltar que el único régimen excepcional de contratación que se advierte en dicho inciso de la Ley 388 de 1997 es en relación con el contrato de fiducia que se celebre en el proyecto de vivienda de interés social, mas no en relación con el proceso constructivo, que es nuestra preocupación⁵.

De otra parte, el 14 de enero de 2021 se expidió la Ley 2079 “por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de vivienda y hábitat”. Según el artículo 1º, esta norma tiene como objeto “reconocer la política pública del Estado que diseñe y adopte normas destinadas a complementar el marco normativo dentro del cual se formula y ejecuta la política habitacional urbana y rural en el país, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda y hábitat dignos para todos los colombianos. La política pública de hábitat y vivienda, a través del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, diseñará los instrumentos técnicos, administrativos, jurídicos y financieros que se consideren necesarios para la asesoría e implementación de programas y proyectos habitacionales que contemplen de manera integral la producción de vivienda en las modalidades de adquisición, de vivienda, construcción de *vivienda de interés social* y prioritaria, mejoramiento de vivienda y entornos rurales dignos, orientados a la generación de la oferta requerida para satisfacer los requerimientos del país”.

⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La contratación de proyectos de vivienda de interés social ¿régimen excepcional o aplicación del estatuto de contratación? Universidad Externado de Colombia. Revista digital de derecho administrativo, n.º 7, segundo semestre/2012, p. 100. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3235>.

El artículo 28 de la Ley 2079 de 2021 modificó el artículo 36 de la Ley 388 de 1997 que contenía el significado del concepto de actuación urbanística y, en particular, para los fines de este concepto, se resalta que en la modificación de la norma se suprimió la alusión que se hacía en el último inciso del artículo a las restricciones del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para el *contrato de fiducia*, tal como se observa en el texto de la nueva norma vigente:

ARTÍCULO 28. ACTUACIÓN URBANÍSTICA. Modifíquese el artículo 36 de la Ley 388 de 1997, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 36. Actuación urbanística. Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y construcción de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución con base en las decisiones administrativas contenidas en la acción urbanística, de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 y demás disposiciones de la presente ley.

Los actos administrativos de contenido particular y concreto en firme que autorizan las actuaciones urbanísticas consolidan situaciones jurídicas en cabeza de sus titulares y, los derechos y las obligaciones contenidos en ellas. La autoridad municipal o distrital competente deberá respetar los derechos y obligaciones que se derivan de tales actos.

Son actos administrativos de contenido particular y concreto las licencias de parcelación, urbanización, construcción y demás establecidas por la normatividad nacional.

Cuando por efectos de la regulación de las diferentes actuaciones urbanísticas los municipios, distritos y las áreas metropolitanas deban realizar acciones urbanísticas que generen mayor valor para los inmuebles, quedan autorizados a establecer la participación en plusvalía en los términos que se establecen en la presente ley. Igualmente, las normas urbanísticas establecerán específicamente los casos en que las actuaciones urbanísticas deberán ejecutarse mediante la utilización del reparto de cargas y beneficios tal como se determina en el artículo 38 de esta ley.

En los programas, proyectos y obras que deban ejecutar las entidades públicas, como consecuencia de las actuaciones urbanísticas 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, 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. [Cursiva fuera de texto]

Como se observa, el texto del nuevo inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 no cambió el sentido de su contenido, salvo por la eliminación del aparte final que era del siguiente tenor: “sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”. Sin perjuicio de lo anterior, cabe aclarar que la norma continúa siendo una autorización para que las entidades territoriales sometidas al EGCAP acudan a la celebración de *contratos de fiducia mercantil*, bajo el régimen jurídico general de esta institución que se encuentra previsto en el derecho privado, en particular en el derecho comercial. Este régimen excepcional solo se admite cuando la finalidad sea la de participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de *vivienda de interés social*. Por lo anterior, en concepto de esta subdirección, la interpretación del alcance de la norma que venía aplicándose con base en lo dispuesto por el Consejo de Estado en el Concepto No. 1503 de 2003 continúa vigente, toda vez que la restricción del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que fue suprimida resultaba aplicable al régimen de los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario regidos por el EGCAP, más no para la fiducia mercantil, cuyo régimen general está previsto en el derecho comercial.

En conclusión, la normativa colombiana ha evolucionado para permitir que los proyectos de vivienda de interés social se financien y ejecuten a través de contratos de fiducia mercantil, bajo el régimen del derecho comercial. Sin embargo, esta excepción no se extiende a otros contratos necesarios para la construcción y desarrollo de estos proyectos, los cuales siguen regulados por el Estatuto General de Contratación Pública. La eliminación de la restricción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en la Ley 2079 de 2021 no alteró el principio fundamental de que solo la fiducia mercantil mantiene un régimen excepcional. Esto ratifica que la ejecución de la VIS debe enmarcarse en un equilibrio entre la flexibilidad financiera y el cumplimiento de las reglas de contratación estatal.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Constitución Política de 1991, artículo 51
- Ley 80 de 1993, numeral 5 del artículo 32
- Ley 3 de 1991, artículo 1, 4, 19
- Ley 388 de 1997, artículo 9
- Ley 388 de 1997, artículo 36
- Ley 2079 de 2021, artículo 1

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre el ámbito normativo para programas de vivienda de interés social se pronunció esta Subdirección en los conceptos Nos. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019, C-339 del 16 de junio de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020, C-606 de 3 de noviembre de 2021 y C- 744 de 04 de febrero de 2022 y C-498 del 18 de agosto de 2022. Este y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Le informamos que ya se encuentra disponible la **Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación**. En este documento podrás consultar una serie de pautas para el manejo ofertas artificialmente bajas, en línea con las mejores prácticas internacionales en la materia. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-el-manejo-de-ofertas-artificialmente-baja-0>

De otra parte, te contamos que ya publicamos la **Guía para incentivar la participación de Mujeres en el Sistema de Compras y Contratación Pública**. Esta guía tiene como finalidad ofrecer información de valor para que las Entidades Estatales fomenten de manera efectiva la participación de las mujeres en el mercado de compras públicas. Puedes consultar la guía en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-incentivar-la-participacion-de-las-mujeres>

También te invitamos a consultar la **versión VIII de 2024**, del **Boletín de Relatoría** de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con la participación de las MIPYMES en los procesos de compra y contratación pública, el cual se puede descargar en la página web de la Agencia: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/boletin_de_realtoria_viii.pdf

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/colombiacompraeficiente_cce)



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Andreina Cerpa Muñoz
Analista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE