

MEMORANDO

PARA:	VANESSA ALEXANDRA VELASCO BERNAL DESPACHO SECRETARIA DEL HABITAT
DE:	SUBSECRETARIA JURIDICA ALBA CRISTINA MELO GOMEZ
ASUNTO:	ATENCIÓN AL MEMORANDO 3-2024-4226. CONCEPTO JURÍDICO SOBRE NORMA SUSTANCIAL Y PROCEDIMENTAL PARA DE TERMINAR Y LIQUIDAR LOS CONTRATOS DE OBRA, LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA, LA FIDUCIA MERCANTIL Y EL CONVENIO BASE DEL PROGRAMA PILOTO "PLAN TERRAZAS" A EFECTOS DE EVITAR EL DAÑO ANTIJURÍDICO A LA ENTIDAD

Respetados

La SUBSECRETARÍA JURÍDICA de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT en función de la competencia establecida en el literales B y H el artículo 23 del Decreto Distrital 121 de 2008, modificado por el Decreto Distrital 472 de 2022, se permite brindar asesoría jurídica referente a la situación jurídica, terminación y liquidación del programa denominado PLAN TERRAZAS, precisando que la asesoría brindada carecen de fuerza vinculante conforme lo indica el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y su finalidad es proporcionar elementos de juicio generales a las entidades del sector y las dependencias de la Secretaría Distrital del Hábitat, para que éstas, en el marco de sus competencias tomen las decisiones que correspondan en ejercicio de sus atribución legales.

1. PROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN -PLAN DE DESARROLLO 2020-2024-

El programa PLAN TERRAZAS tiene por su base normativa y presupuestal el plan de desarrollo distrital 2020 – 2024 “Un Nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del Siglo XXI”, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 761 de 2020, el que dispuso en su artículo 13 los programas estratégicos fundamentales para la ejecución del Plan, estableciendo como su tercer programa el que denominó “Sistema Distrital de Cuidado”, cuya meta numerada con el 29 fue:

*“Formular e implementar un proyecto piloto que desarrolle un esquema de solución habitacional
“Plan Terrazas”*

La pérdida de vigencia del artículo 13 del Acuerdo Distrital 761 de 2020 por el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Distrital 2020 – 2024 “Un Nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del Siglo XXI” por su derogación en el artículo 320 del Acuerdo Distrital 927 del 2024 por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo Distrital 2024-2027, “BOGOTÁ CAMINA SEGURA”, plan actualmente vigente y que NO contempla el PLAN TERRAZAS como objeto presupuestal, impide la apropiación de nuevos recursos para su ejecución.

Por lo que nace la necesidad de establecer un mecanismo idóneo para la conclusión y cierre del PLAN TERRAZAS, pero con el deber de concluir los procedimientos de mejoramiento de vivienda en curso y adoptar las medidas tendientes a recuperar los recursos que por el incumplimiento de algunos contratistas se encuentran en riesgo, como se pasa a explicar.

2. PLAN TERRAZAS Y SU TERMINACIÓN

La conclusión y cierre del programa PLAN TERRAZAS debe atender su estructura contractual, la que tiene su base en el CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 686 de 2021, en adelante -EL CONVENIO-, suscrito entre la Secretaría Distrital del Hábitat y la Caja de Vivienda Popular; el cual contempla la ejecución de su presupuesto mediante la FIDUCIA MERCANTIL NÚMERO 14352 (SDHT-784-2021) suscrita con Fiduciaria Bancolombia S.A. -en adelante LA FIDUCIA-; la que a su vez, LA FIDUCIA, contrató las obras civiles, sus correspondientes interventorías y la adquisición de suministros a través del denominado “Banco de Materiales” para materializar el plan. La estructura acabada de explicar se observa en la siguiente imagen:

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 686 de 2021



Teniendo en cuenta la anterior estructura contractual se recomienda proceder a la terminación y liquidación de los contratos, siguiendo el orden que se establece a continuación:

1. Contratos de ejecución:
 - a. Contratos de obra
 - b. Contratos de interventoría
 - c. Contratos de suministro
2. La FIDUCIA MERCANTIL
3. EL CONVENIO

Proceder en este orden permite mitigar el riesgo del daño antijurídico, en cuanto permite establecer la realidad económica de cada uno de los Contratos, LA FIDUCIA y del CONVENIO al momento de su terminación.

Atendiendo la consulta sobre la norma sustancial y procesal que se deben implementar para la terminación y su liquidación para cada uno de los contratos, nos permitimos indicar:

2.1. CONTRATOS DE OBRA, INTERVENTORÍA Y SUMINISTRO

Estos contratos son de naturaleza civil y comercial por lo que se rigen sustancialmente por lo señalado en el Código Civil y en el Código Comercio y en lo procesal por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Manual Operativo del Convenio.

En lo que refiere a la norma sustancial se deben atender en su individualidad los contratos, para su análisis fue entregada una MUESTRA DE DOS (formada por Contrato 1 de 2021 y 9 de 2023), en estos se hace observar que por voluntad de las partes contratantes se estableció taxativamente que su vínculo contractual se rige por el derecho privado colombiano. Para una mejor ilustración se transcribe la cláusula 2 del Contrato 9 de 2023:

*“Para todos los efectos legales y contractuales, el contrato se regirá por las reglas previstas en los términos de referencia del proceso y sus anexos, **las normas del derecho privado colombiano**, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y lo previsto en el Manual Operativo del P.A. Plan Terrazas y en el Manual de supervisión e interventoría de la Caja de la Vivienda Popular – CVP”.*

Además, se debe atender el artículo 6 de la Ley 1537 de 2012 cuyo aparte de interés se transcribe a continuación:

“Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado”.

Entonces las obligaciones derivadas del contrato se extinguirán conforme lo prescribe el artículo 1625 del Código Civil y la terminación de estos contratos se dará por el cumplimiento de las causales establecidas en el clausulado de cada uno de estos contratos; causales éstas que se sugiere sean limitadas a la finalización del plazo y al mutuo consenso por la razón que se expresa a continuación.

Analizando los contratos de obra estudiados (Muestra de 2 entregada) se incluyen figuras relacionadas con la contratación del derecho público como la terminación unilateral, la penalidad por apremio, entre otras; dichas causales basan su legalidad en el principio de la autonomía de la voluntad acogido por el artículo 1602 del Código Civil y son tomados como actos contractuales como fue expuesto por el Dr. Gonzalo Suarez Beltrán en su concepto fechado del 26 de junio de 2024 con radicado número SBA-2024-044, en los siguientes terminos:

“estimamos jurídicamente posible tales pactos (Terminación unilateral, sanción por apremio) en contratos regidos por el derecho privado, así como el ejercicio de la unilateralidades así pactadas, las que no se materializaran en forma de actos administrativos, sino de actos contractuales. Por lo tanto, la validez tanto de su pacto como de su ejercicio, se apreciará desde la perspectiva del derecho privado, sin perjuicio, en nuestro criterio, de la observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sobre la estricta aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como de los principios constitucionales propios del ejercicio de la función pública y del control fiscal. Esta última anotación, no altera en lo más

mínimo la naturaleza privada de tales decisiones, pero incluye la observancia de unas reglas imperativas para su ejercicio, como no es extraño en otros aspectos del derecho privado en donde existen aspectos que no admiten pacto en contrario”.

NO obstante, atendiendo lo sustancial la jurisdicción civil considera que las cláusulas abusivas se distinguen, así:

“son características arquetípicas de las cláusulas abusivas -primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y, c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y a las obligaciones que contraen las partes”.

Por lo anterior la posibilidad de que unilateralmente se impongan sanciones, se termine por incumplimiento declarado unilateralmente y, en sí, *se genere un desequilibrio a los derechos de la contraparte* repercute en un riesgo que se sugiere sea mitigado, desde un principio, acudiendo al Juez Natural del contrato.

En lo que refiere a la norma procedimental, se debe aplicar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conclusión a la que se llega atendiendo la doctrina dispuesta por la Corte Constitucional en Auto 1029 de 2023 del 1 de junio de 2023 con Magistrado Sustanciador Juan Carlos Cortés González, la que en un caso similar suscitado entre Fiduciaria de Bogotá S.A. -vocera de patrimonio autónomo constituido por Fonvivienda- e Ingisa Construcciones SAS resolvió el conflicto de competencias entre jurisdicción civil y contenciosa, expresando lo siguiente:

“En suma, la aplicación de las reglas de competencia previstas en la Ley 1437 de 2011 no está sujeta a la naturaleza jurídica de la entidad que gestiona el respectivo patrimonio autónomo. Lo relevante, se insiste, es determinar la manera en que este se encuentra integrado, siendo «menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica»[13]. Si, como en el caso de Fonvivienda, los recursos son suministrados por el Estado, para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, el patrimonio autónomo ha de asimilarse a una entidad pública, para los efectos procesales de que trata el artículo 104.2 aludido. De ahí que los litigios relativos a los contratos en los que este intervenga deban resolverse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Por último, atendiendo lo observado en los dos contratos entregados como muestra, se pacta la obligación de acudir a la conciliación extracontractual en caso de desacuerdos, es dable mencionar que la etapa prejudicial se deberá atender conforme a lo dispuesto por la Ley 2220 del 2022, en concordancia, con el Código General del Proceso.

2.2. FIDUCIA MERCANTIL

La Fiducia Mercantil de administración y pagos número 14352 (SDHT-784-2021), suscrita entre, por una parte SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT y CAJA DE VIVIENDA POPULAR, y por otra parte

Fiduciaria Bancolombia S.A. tiene su base normativa la Ley 1537 de 2012 la que dispuso que para los recursos destinados para la vivienda de interés prioritario, las entidades allí definidas y las entidades territoriales podrán constituir patrimonios autónomos como mecanismo de ejecución del presupuesto oficial **y se registrarán exclusivamente por el Derecho Privado.**

Esta base normativa y el hecho de que tratamos sobre una fiducia mercantil, permiten concluir, que la norma sustancial es el Código de Comercio y, por remisión, el Código Civil.

Vemos importante anotar que la FIDUCIA terminará por disposición expresa de las partes contratantes con la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio, además de las siguientes:

- I. Mutuo acuerdo
- II. Ocurrencia de hechos imprevisibles que imposibiliten la ejecución de su objeto.
- III. Por no ajustarse LA PARTE FIDEICOMITENTE a la verdad en el suministro de la información requerida por la FIDUCIARIA para el desarrollo de este contrato, o por no adecuar sus actuaciones a los principios de buena fe y lealtad contractual.

Una vez declarada la terminación, se procede a la liquidación de la Fiducia en los terminos del cláusula 22 del contrato de fiducia, sobre el cual observamos que de existir pagos pendientes la Fiduciaria procederá a realizarlos hasta la concurrencia de los recursos. En caso de que los recursos no fueren suficientes el faltante será asumido por el Fideicomitente para lo cual la Fiducia podrá manifestar la voluntad del Fideicomitente de asumir directamente esos pagos. Es ésta una de las razones que muestran la importancia de liquidar los contratos de ejecución antes de la terminación de la Fiducia.

En cuanto a la norma PROCESAL se debe atender al igual que en el caso de los contratos de ejecución lo dispuesto por la Corte Constitucional y, en consecuencia, será el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la Ley procesal a aplicar.

Aun cuando no existe obligación contractual que implique la ejecución de mecanismos alternativos de solución de conflictos, es importante que de presentarse la situación se atienda lo dispuesto en Ley 2220 de 2022.

2.3. CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

El programa PLAN TERRAZAS tiene su marco en el CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 686 de 2021, en adelante -EL CONVENIO-, suscrito entre la Secretaría Distrital del Hábitat y la Caja de Vivienda Popular, cuyo objeto es *“Aunar, articular y coordinar esfuerzos, técnicos, administrativos, jurídicos y económicos entre la Secretaría Distrital del Hábitat y la Caja de Vivienda Popular para formular e implementar el proyecto piloto que desarrolle el esquema de solución habitacional “Plan Terrazas”*

El tipo de contrato, sus partes y el origen de los fondos permiten establecer que la norma sustancial es la Ley 80 de 1993 con sus modificatorias y la procesal el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El análisis de la información suministrada resulta que EL CONVENIO ha sido modificado en 6 oportunidades y aclarado en 4 de cuyo análisis se tiene que el VALOR del convenio interadministrativo se pactó como se muestra en la siguiente tabla:

Entidad	CONVENIO 2021	Modificación 1	Modificación 2	Modificación 3 Aclaración 1 2022	Modificación 4 2022	Modificación 5 Aclaración 3 2023	Modificación 6 Aclaración 4	TOTALES
SDHT	\$ 5.846.346.810	\$ -	\$ -	\$ 23.650.000.000	\$ 5.131.655.390	\$ 32.729.400.000	\$ 2.566.844.974	\$ 69.924.247.174
CVP	\$ 3.942.000.000	\$ -	\$ -	\$ 4.300.000.000	\$ 1.700.000.000	\$ 5.500.000.000	\$ -	\$ 15.442.000.000
TOTAL POR APOORTE	\$ 9.788.346.810	\$ -	\$ -	\$ 27.950.000.000	\$ 6.831.655.390	\$ 38.229.400.000	\$ 2.566.844.974	\$ 85.366.247.174

Observamos que en el Otro Si al CONVENIO, denominado MODIFICATORIO No. 6 – ACLARATORIO No. 4 se establece el valor total en \$85.066.247.174 (sumados los aportes de vigencias 2021, 2022 y 2023, de ambas Entidades), pero la sumatoria de aportes tomada del CONVENIO y sus modificaciones, relacionada en la tabla acabada de exponer, da como resultado \$85.366.347.174.

La diferencia entre lo indicado en el MODIFICATORIO No. 6 – ACLARATORIO No. 4 y la sumatoria de aportes declarada en el CONVENIO y sus modificatorios es de (\$300.000.000), situación que se recomienda aclarar.

Ahora bien, las partes del Convenio dispusieron que su terminación se daría por:

- Mutuo acuerdo de las partes, siempre que con ello no se causen perjuicios a la entidad, previa certificación expedida por el/la supervisor/a del convenio.
- Por declaración de caducidad o terminación unilateral, en los términos previstos en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993.
- Por agotamiento del objeto o vencimiento del plazo.
- Fuerza mayor o caso fortuito, que hagan imposible continuar su ejecución.
- Imposibilidad de cumplir o ejecutar el objeto del convenio, previo acuerdo de las partes, a través del convenio operativo.

Una vez declarada la terminación, su liquidación se haría conforme por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, **previa liquidación del contrato de fiducia mercantil.**

3. CONCLUSIONES

El proyecto PLAN TERRAZAS tuvo su soporte presupuestal en el Plan de Desarrollo Distrital 2020 – 2024 “Un Nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del Siglo XXI, el cual fue derogado y, en consecuencia, debe planearse su terminación.

Conforme a la estructura contractual del PLAN TERRAZAS se sugiere iniciar la terminación por los contratos de ejecución (Obra, interventoría, suministros), siguiendo con la Fiducia para culminar con el Convenio Interadministrativo.

La norma sustancial y la norma procesal para aplicar se relacionan en el siguiente cuadro:

CONTRATO	SUSTANCIAL	PROCESAL
CONVENIO	LEY 80 DE 1993	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FIDUCIA	CÓDIGO COMERCIO CÓDIGO CIVIL	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONTRATOS EJECUCIÓN	CÓDIGO COMERCIO CÓDIGO CIVIL	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En todo caso, no puede dilatarse la decisión frente al Plan Terrazas y el mismo debe concluir a más tardar el 30 de junio de 2025, de acuerdo con las decisiones adoptadas en los distintos comités que se han realizado para abordar el tema.

Por último, se sugiere que se solicite a los entes de control su acompañamiento en la terminación y liquidación del programa Plan Terrazas.

En los anteriores términos se presenta la recomendación jurídica la terminación del Plan terrazas.

Atentamente,

ALBA CRISTINA MELO GOMEZ
SUBSECRETARIA JURIDICA

c.c.e.: MIGUEL ANGEL PARDO MATEUS-OFCINA DE CONTROL INTERNO
LINA MARIA GONZALEZ BOTERO-SUBDIRECCION DE BARRIOS
CAMILO ANDRES PEÑUELA CANO-SUBSECRETARIA DE COORDINACION OPERATIVA
Anexo: N/A
Anexos Digitales: 0

Elaboró: JUAN SEBASTIAN PORRAS SANCHEZ-SUBSECRETARIA JURIDICA
Revisó: JUAN SEBASTIAN PORRAS SANCHEZ-SUBSECRETARIA JURIDICA |
Aprobó: ALBA CRISTINA MELO GOMEZ-SUBSECRETARIA JURIDICA