

MEMORANDO

PARA:	YAMILE ANGELICA MEDINA WALTEROS SUBSECRETARIA DE GESTION CORPORATIVA
	LESLIE DIAHANN MARTINEZ LUQUE SUBSECRETARIA DE GESTION FINANCIERA
DE:	SUBSECRETARIA JURIDICA CARLOS ANDRES DANIELS JARAMILLO
ASUNTO:	CONCEPTO SOBRE LAS FACULTADES DE EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE VIVIENDA Y CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PARA PROYECTOS DE VIVIENDA.

Estimados Yamile y Daniel,

Esta Subsecretaría recibió solicitud de concepto en la reunión realizada en el Despacho de la Secretaría Distrital del Hábitat, realizada el día 24 de septiembre de 2024, mediante el cual la Subsecretaria de Gestión Corporativa, solicita un pronunciamiento por parte de esta Dependencia en relación con *“definir si este organismo del Sector Central del Distrito Capital - refiriéndose a la Secretaria Distrital del Hábitat,-, puede o no, directamente, desarrollar proyectos de vivienda y, si la respuesta es positiva, puede constituir patrimonios autónomos para desarrollar los mencionados proyectos”*.

1. Aclaración previa – Emisión de conceptos por la Subsecretaría Jurídica.

Es importante precisar que, conforme con las funciones y competencias asignadas en el literal h) del artículo 23 del Decreto Distrital 121 de 2008, es función de la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital del Hábitat *“Emitir los conceptos para absolver las consultas y las peticiones que formulen los particulares, las dependencias de la Secretaría, las entidades del sector y las autoridades en general, sobre la aplicación e interpretación de la normatividad en materia de hábitat”*.

En ese sentido, dichas consultas no resuelven casos específicos de competencia de las áreas o entidades técnicas y en todo caso, los mismos 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, que dispone:

“Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Por tanto, los conceptos emitidos por esta Subsecretaría tienen como finalidad proporcionar elementos de juicio generales a las entidades del sector y las dependencias de la Secretaría

Distrital del Hábitat-SDHT, para que éstas, en el marco de sus competencias tomen las decisiones que correspondan en los términos del referido artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

2. Fundamento de la solicitud.

La solicitud de concepto se fundamenta en la reunión realizada en el Despacho de la Secretaría Distrital del Hábitat, realizada el día 24 de septiembre de 2024, en la que se definió que corresponde a la Subsecretaría Jurídica, según las competencias legalmente establecidas en el artículo 23 del Decreto Distrital 121 de 2008, definir si la SDHT como parte del Sector Central del Distrito Capital puede o no, directamente, desarrollar proyectos de vivienda y, si la respuesta es positiva, puede constituir patrimonios autónomos para desarrollar los mencionados proyectos.

3. Marco Normativo

- 3.1. Constitución Política de Colombia.
- 3.2. Código Civil Colombiano
- 3.3. Código de Comercio Colombiano
- 3.4. Ley 80 de 1993
- 3.5. Ley 388 de 1997
- 3.6. Concepto de la Contraloría General de la República, radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2011
- 3.7. Concepto Referencia -2021IE007433O1 Secretaría Jurídica Distrital
- 3.8. Concepto Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente
Respuesta a consulta # 4201912000007305 Temas: Fiducia Tipo de asunto consultado: Fiducia mercantil en contratación pública

4. Problema Jurídico.

De acuerdo con la consulta efectuada ante esta Subsecretaría y los antecedentes presentados, es necesario determinar los siguientes problemas jurídicos, así:

1. Es viable, “¿Qué la Secretaría Distrital del Hábitat a la luz de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 1421 de 1993 pueda desarrollar directamente proyectos de vivienda?”
2. “¿La Secretaría Distrital del Hábitat Tiene facultades para constituir fideicomisos o patrimonios autónomos para desarrollar proyectos de mejoramiento de vivienda y proyectos de mejoramiento de barrios?”
3. “¿Existe otra alternativa jurídica, para implementar los programas y proyectos definidos en el Plan de Desarrollo Distrital para el período 2024- 2027, Acuerdo 927 de 2024?”

Con el fin de responder a las preguntas planteadas, se analizará (i) Funciones de la Secretaría Distrital del Hábitat y su competencia contractual y en materia de desarrollo de proyectos de vivienda ii) contratos de fiducia mercantil iii) Autorización legal para constituir fiducias mercantiles, a los entes territoriales, control y vigilancia a la luz de la Ley 388 de 1997 y Ley 1537 de 2012.

5. Consideraciones Jurídicas.

5.1. Facultades de la Secretaría del Hábitat en Materia Contractual y de desarrollo de proyectos de vivienda.

Sea lo primero indicar que mediante Acuerdo del Concejo Distrital No. 257 de 2006 se dictaron normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expidieron otras disposiciones. El objeto de este Acuerdo es establecer la estructura, organización y funcionamiento general de la Administración Distrital.

En el Título II del Acuerdo 257 de 2006 se estableció la estructura administrativa de Bogotá, Distrito Capital, comprende el Sector Central, el Sector Descentralizado, funcionalmente o por servicios, y el Sector de las Localidades, de conformidad con el artículo 54 y demás normas concordantes del Decreto Ley 1421 de 1993.

En el artículo 22 se determinó la **Estructura General Administrativa del Sector Central**, así:

El Sector Central de la Administración Distrital está integrado por los siguientes organismos:

- a. El Despacho del Alcalde o Alcaldesa Mayor;
- b. Los Consejos Superiores de la Administración Distrital;
- c. Las Secretarías de Despacho,
- d. Los Departamentos Administrativos y
- e. Las Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica

En el artículo 23 del Acuerdo en comento se dispuso:

“Artículo 23. Secretarías de despacho. Las secretarías de despacho son organismos del Distrito Capital, con autonomía administrativa y financiera, que bajo la dirección de la respectiva secretaria o secretario, tienen como objetivo primordial la formulación y adopción

de las políticas, planes generales, programas y proyectos distritales del Sector Administrativo de Coordinación al que pertenecen, así como la coordinación y supervisión de su ejecución. Además tienen las siguientes atribuciones:

- a. Actuar como ente rector del respectivo sector administrativo de coordinación en el Distrito Capital, lo cual implica entre otras facultades liderar y orientar, bajo las directrices del Alcalde o Alcaldesa Mayor y de los Consejos Superiores de la Administración Distrital, la formulación de las políticas generales, estrategias, planes, programas y proyectos del respectivo Sector Administrativo de Coordinación.*
- b. Coordinar y dirigir la participación del respectivo Sector Administrativo de Coordinación en la formulación y ejecución del Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas del Distrito Capital.*
- c. Coordinar el desarrollo de planes, programas y estrategias de los organismos y entidades que integran el Sector Administrativo de Coordinación.*
- d. Orientar, coordinar y controlar la gestión de las entidades que a cada uno de ellos estén adscritas y vinculadas como pertenecientes al respectivo sector.*
- e. Diseñar y organizar, en conjunto con los organismos y las entidades que integran el Sector Administrativo de Coordinación, los mecanismos de evaluación de gestión y de resultados.*
- f. Promover y facilitar la participación de los ciudadanos y ciudadanas para la toma de decisiones y el fortalecimiento del control social de la gestión pública en los asuntos de su competencia.*
- g. Coordinar acciones y gestionar alianzas del Sector Administrativo de Coordinación con los organismos y entidades correspondientes de los niveles nacional, regional, departamental, municipal y local.*
- h. Preparar los proyectos de acuerdo, de decreto, de resolución y demás actos administrativos que deban dictarse relacionados con su sector.*
- i. Coordinar, supervisar y hacer el seguimiento de la implementación y ejecución de las políticas, estrategias, planes y programas distritales en las localidades y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica.*
- j. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de los acuerdos y decretos distritales, las decisiones administrativas para tal efecto.*

k. Dirigir y coordinar el proceso de programación presupuestal del sector respectivo.

l. Las demás que el Alcalde o Alcaldesa Mayor les asigne o delegue o que les señalen normas especiales.”

De esta forma, la Secretaría Distrital del Hábitat puede celebrar contratos y negocios jurídicos de toda índole legal, con restricción de los que la ley le señale expresamente.

El artículo 115 del Acuerdo 257 de 2006 señala:

“Artículo 115. Naturaleza, objeto y funciones básicas de la Secretaría Distrital del Hábitat La Secretaría Distrital del Hábitat es un organismo del Sector Central **con autonomía administrativa y financiera** y tiene por objeto formular las políticas de gestión del territorio urbano y rural en orden a aumentar la productividad del suelo urbano, garantizar el desarrollo integral de los asentamientos y de las operaciones y actuaciones urbanas integrales, facilitar el acceso de la población a una vivienda digna y articular los objetivos sociales económicos de ordenamiento territorial y de protección ambiental.

Además de las atribuciones generales establecidas en el presente Acuerdo, la Secretaría Distrital del Hábitat tiene las siguientes funciones básicas:

- a. Elaborar la política de gestión integral del hábitat en articulación con las Secretarías de Planeación y del Ambiente, y de conformidad con el POT y el Plan de Desarrollo Distrital.*
- b. Formular las políticas y planes de promoción y gestión de proyectos de renovación urbana, el mejoramiento integral de los asentamientos, los reasentamientos humanos en condiciones dignas, el mejoramiento de vivienda, la producción de vivienda nueva de interés social y la titulación de predios en asentamientos de vivienda de interés social.*
- c. Promover la oferta del suelo urbanizado y el apoyo y asistencia técnicas, así como el acceso a materiales de construcción a bajo costo.*
- d. Gestionar y ejecutar directamente o a través de las entidades adscritas y vinculadas las operaciones estructurantes definidas en el Plan de Ordenamiento Territorial - POT y demás actuaciones urbanísticas.*
- e. Formular la política y diseñar los instrumentos para la financiación del hábitat, en planes de renovación urbana, mejoramiento integral de los*

asentamientos, los subsidios a la demanda y la titulación de predios en asentamientos de vivienda de interés social.

- f. Orientar, promover y coordinar las políticas y acciones para la prestación eficiente, bajo adecuados estándares de calidad y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial, el Plan de Desarrollo y el Plan de Gestión Ambiental y velar por su cumplimiento.*
- g. Formular la política y diseñar los instrumentos para la cofinanciación del hábitat, entre otros sectores y actores con el nivel nacional, las Alcaldías locales, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, las comunidades, las organizaciones no gubernamentales ONGs y las organizaciones populares de vivienda - OPVs, en planes de renovación urbana, mejoramiento integral de los asentamientos subnormales, producción de vivienda nueva de interés social y titulación de predios en asentamientos de vivienda de interés social.*
- h. Coordinar las intervenciones de las entidades adscritas y vinculadas en los planes de mejoramiento integral, de asentamientos, producción de vivienda de interés social y de renovación urbana.*
- i. Diseñar la política de subsidios y contribuciones en la prestación de los servicios públicos, con base en los recursos del Sistema General de Participaciones y otros recursos de financiación definidos en la Ley 142 de 1994, sus reglamentaciones y demás normas concordantes.*
- j. Coordinar las gestiones de las entidades distritales ante las autoridades de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios.*
- k. Coordinar las gestiones orientadas a la desconcentración y descentralización de la gestión de planes de producción o mejoramiento del hábitat en cada jurisdicción, según las competencias asignadas a las alcaldías locales.*
- l. Promover programas y proyectos para el fortalecimiento del control social de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, evaluar los sistemas de atención a los usuarios y orientar las acciones para la mejor atención a las peticiones, quejas y reclamos.*
- m. Controlar, vigilar e inspeccionar la enajenación y arriendo de viviendas para proteger a sus adquirentes.*
- n. Participar en la elaboración y en la ejecución del Plan de Ordenamiento Territorial, en la articulación del Distrito Capital con el ámbito regional para la formulación de*

las políticas y planes de desarrollo conjunto, y en las políticas y planes de Desarrollo urbano del Distrito Capital.

ñ. Formular conjuntamente con la Secretaría Distrital de Planeación y con la Secretaría del Ambiente, la política de ecourbanismo y promover y coordinar su ejecución.

o. Definir coordinadamente con la Secretaría Distrital de Ambiente, la política de gestión estratégica, del ciclo del agua, la cual incluye la oferta y demanda de este recurso para la ciudad como bien público y derecho fundamental a la vida.

p. Promover y desarrollar los lineamientos ambientales determinados por el ordenamiento jurídico en lo relacionado con el uso del suelo.”(Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la norma antes transcrita, es claro que:

La Secretaría Distrital del Hábitat fue creada por el Acuerdo Distrital 257 de 2006, con autonomía administrativa y financiera, lo cual significa que puede celebrar contratos y negocios jurídicos de toda índole legal, con restricción apenas de los que la Ley los señale expresamente.

No obstante, **para el caso de la celebración de fiducias mercantiles, ninguna norma prohíbe o restringe a la Secretaría del Hábitat**, por lo que es claro que puede hacerlo para el cumplimiento de su objeto. Decir lo contrario sería ir en contra de la naturaleza jurídica mencionada, es decir, ir en contra de su autonomía y capacidad financiera, tal como se señala en el artículo 115 del Acuerdo 257 de 2006.

Adicionalmente, **la Secretaría Distrital del Hábitat puede gestionar y ejecutar directamente o a través de las entidades adscritas y vinculadas las operaciones estructurantes definidas en el Plan de Ordenamiento Territorial - POT y demás actuaciones urbanísticas**, entendiendo como Operaciones Estructurantes al conjunto de actuaciones y acciones urbanísticas sobre áreas y elementos estratégicos de cada pieza, para dar cumplimiento a los objetivos de ordenamiento territorial. Estas operaciones deben llevarse a cabo a través de diferentes instrumentos de gestión. Así como también puede desarrollar instrumentos de financiación para el hábitat los que según el mismo Acuerdo incluyen los subsidios a la demanda.

De otra parte, se tiene que según lo dispuesto en el numeral d del artículo 3 del Decreto Distrital 121 de 2008, mediante el cual se modifica la estructura organizacional y las funciones de la Secretaria Distrital del Hábitat-SDHT, esta entidad puede: **“Gestionar y ejecutar directamente o a través de las entidades adscritas y vinculadas las operaciones**

estructurantes definidas en el Plan de Ordenamiento Territorial - POT y demás actuaciones urbanísticas que competan al Sector Hábitat.”, con lo cual se determina que podrá de manera directa actuaciones urbanísticas que de conformidad con lo definido en el artículo 36 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la Ley 2079 de 2021 corresponde al desarrollo de actuaciones de parcelación, urbanización y construcción de inmuebles, así como el desarrollo de programas y proyectos de vivienda, entre otros aspectos.

Adicionalmente, sobre el particular la doctrina señala: *“Las actuaciones urbanísticas se definen como las acciones llevadas a cabo por los poderes públicos con el fin de crear espacios urbanos saludables, es decir, son instrumentos técnicos y normativos de planeación y gestión del territorio que regulan la utilización, ocupación y transformación del espacio físico, urbano y rural. La diferencia entre actuaciones y acciones radica en que las primeras consolidan situaciones jurídicas concretas, mientras que las segundas son decisiones administrativas sin consolidación de situaciones particulares.”* (Revista Urbanismo.Com)

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 388 de 1997, dispone lo siguiente:

“Acción urbanística. La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, adoptadas mediante actos administrativos que no consolidan situaciones jurídicas de contenido particular y concreto. Son acciones urbanísticas, entre otras:

1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana.
2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la, disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos.
3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas.
4. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas.

5. *Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda.*
6. *Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*
7. *Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social.*
8. *Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria.*
9. *Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes.*
10. *Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley.*
11. *Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística.*
12. *Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados.*
13. *Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.*
14. *Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.*
15. *Identificar y localizar, cuando lo requieran las autoridades nacionales y previa concertación con ellas, los suelos para la infraestructura militar y policial estratégica básica para la atención de las necesidades de seguridad y de Defensa Nacional.*

Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los Planes de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen. En los casos en que aplique deberán sustentarse en estudios jurídicos, ambientales, de servicios públicos, o los demás que se requieran para garantizar el conocimiento pleno del territorio y su viabilidad financiera, con soporte en la infraestructura necesaria para promover el

desarrollo de ciudades ordenadas y planificadas, de conformidad con la reglamentación expedida por el Gobierno nacional.”

Y de manera adicional, se tiene que el artículo 118 del Decreto Distrital 555 de 2021 que adopta el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad -POT-, establece, en su numeral 4, que bajo el liderazgo de la Secretaría Distrital del Hábitat, se promoverá **la construcción de espacio público** en los territorios priorizados para el mejoramiento integral de barrios con participación ciudadana. Lo que sigue es lo que dice textualmente la norma.

“4. Red de urbanismos tácticos sociales – RUTAS. Bajo el liderazgo de la Secretaría Distrital del Hábitat, se promoverá la construcción de espacio público en los territorios priorizados para el mejoramiento integral de barrios con participación ciudadana.

Estas estrategias buscarán, además de lo anteriormente expuesto, la articulación de las redes del cuidado en cada UPL, priorizando al peatón en el diseño de las intervenciones y de acuerdo a los lineamientos de la Visión Cero conforme con lo establecido en Decreto Distrital 813 de 2017 o el que lo modifique, adicione o sustituya.

Además, promoverán como mínimo:

1. El mejoramiento y generación de nuevas áreas de espacio público peatonal para el encuentro, las cuales serán contabilizadas en el indicador de espacio público efectivo por habitante.” (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, el artículo 341 del mencionado Decreto Distrital 555 de 2021, al referirse el Plan Vecinos, dice que Se podrán desarrollar **actuaciones urbanísticas** lideradas por la Secretaría Distrital del Hábitat que busquen la generación o recualificación de soportes urbanos y/o el mejoramiento de las condiciones de habitabilidad.

“Plan Vecinos. *Se podrán desarrollar **actuaciones urbanísticas** lideradas por la Secretaría Distrital del Hábitat que busquen la generación o recualificación de soportes urbanos y/o el mejoramiento de las condiciones de habitabilidad, la reconfiguración espacial del territorio, mediante intervenciones que prioricen el desarrollo de proyectos de vivienda VIS y VIP, aplicable en zonas con tratamiento de mejoramiento integral.”*

Lo cual conlleva a facultar a la SDHT al desarrollo de actuaciones urbanísticas según la definición del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 que le permite ejecutar acciones de urbanización, parcelación y construcción, como antes se cita.

Por tanto, teniendo en cuenta las funciones asignadas en el Acuerdo Distrital 257 de 2006, el Decreto Distrital 121 de 2008 y el Decreto Distrital 555 de 2021 -POT, no cabe duda sobre

las facultades y capacidad legal de la Secretaría Distrital del Hábitat para ejecutar de forma directa o a través de sus entidades adscritas o vinculadas las operaciones estructurantes y demás acciones y/o actuaciones urbanísticas, incluidas las concernientes al desarrollo de programas y proyectos de vivienda en el territorio del Distrito Capital.

5.2. Contratos de Fiducia Mercantil

La fiducia mercantil se encuentra regulada en los artículos 1226 y siguientes del Código de comercio, cuya definición y efectos han sido señalados por el Consejo de Estado¹ en los siguientes términos:

“El artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia mercantil como el negocio jurídico en el cual el fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes al fiduciario para que este los administre o enajene, según la finalidad determinada por el constituyente del fideicomiso. El provecho se determina a favor del constituyente o de un tercero, denominado beneficiario o fideicomisario. Los bienes fideicomitados se mantienen separados del resto del activo del fiduciario y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad señalada en el acto constitutivo². Por la celebración del contrato de fiducia, el fideicomitente adquiere derechos fiduciarios que son bienes inmateriales que representan la participación de este en el patrimonio autónomo³.“

Ahora bien, debe tenerse claro que “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”⁴ y que, además, “para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”⁵, aspecto al cual se suma que por disposición específica de la ley “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados”⁶.

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 25000-23-37-000-2012-00328-00(20611). Sentencia del 03 de septiembre de 2020. Consejero ponente Milton Chaves García

² Código de comercio, artículo 1233.

³ Superintendencia de sociedades. Concepto 115007389 de 2010. “De la celebración del contrato de fiducia surgen a la vida jurídica los derechos fiduciarios, los cuales, al menos en principio, le corresponderán al fideicomitente. Tales derechos no son otra cosa que aquellos que le corresponden al fideicomitente con relación al patrimonio autónomo, derechos que tienen la característica de ser bienes inmateriales”

⁴ Artículo 1227 del Código de Comercio.

⁵ Artículo 1233 del Código de Comercio.

⁶ Artículo 1244 del Código de Comercio.

*En esa medida, si bien por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada, “ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina **patrimonio autónomo**, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio”⁷.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario y solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

De conformidad con el aparte parcialmente transcrito, la fiducia mercantil lleva consigo una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se lleve a cabo una finalidad específica, la cual es indicada por este, en el acto constitutivo y con los bienes se conforme un patrimonio autónomo con el objeto de parquear estos recursos. En consecuencia, los bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente – titular del dominio- con destino al patrimonio autónomo, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad perseguida.

5.3. Autorización Legal a los Entes Territoriales para La Constitución de Fiducias Mercantiles, Control y Vigilancia a la luz de la Ley 388 de 1997 y Ley 1537 de 2012

Mediante el artículo 36 de la Ley 388 de 1997 modificado por artículo 28 de la Ley 2079 de 2021, el legislador facultó a las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas, a participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros contratos, de la fiducia mercantil con estricto apego a las reglas generales y del derecho comercial, naciendo esta modalidad de fiducia como una a una excepción a la fiducia pública regulada en la Ley 80 de 1993.

"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

⁷ Sentencia del 13 de agosto de 2009, exp. 16510, C.P. William Giraldo Giraldo.

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. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Bajo esa misma línea el Consejo De Estado- Sala De Consulta y Servicio Civil- Consejero Ponente: César Hoyos Salazar De Fecha Cuatro (4) De Julio De Dos Mil Tres (2003), Señaló:

“Las entidades distritales que participen en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, pueden celebrar contratos de fiducia mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 36 de la ley 388 de 1997...

[...]

En los contratos de fiducia mercantil, existe libertad de las partes para acordar cuál de ellas tiene la facultad de adjudicar dichos subcontratos”.(Negrilla fuera de texto)

Dicha postura se confirma, con lo dispuesto en el concepto del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, radicado no 2021IE0002144, en el cual se concluyó que los negocios fiduciarios del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 permiten a los municipios, distritos y áreas metropolitanas la contratación de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social a través de fiducias mercantiles a las cuales le son aplicables las disposiciones del código de comercio y el artículo 13 de la ley 1150 de 2007.

Ahora bien, por otro lado la facultad de celebrar contratos de fiducia y patrimonios autónomos fue ratificada, en la Ley 1537 de 2012 *“por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda”*, la cual tiene como objeto entre otros aspectos:

*“señalar las competencias, responsabilidades y funciones de las entidades del orden nacional y **territorial**, y la confluencia del sector privado en el desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social y proyectos de Vivienda de Interés Prioritario destinados a las familias de menores recursos, la promoción del desarrollo territorial, así como incentivar el sistema especializado de financiación de vivienda’.*

Esta Ley prevé en el artículo 6, lo siguiente:

“Financiación y desarrollo para los proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Los recursos mencionados en el artículo anterior podrán ser transferidos directamente a los patrimonios autónomos que constituyan Fonvivienda, Findeter, las entidades públicas de carácter territorial o la entidad que determine el Gobierno Nacional.

Para la constitución de patrimonios autónomos el Director o Representante Legal de la entidad respectiva celebrará directamente contratos de fiducia mercantil en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios del nivel nacional y territorial, o cualquier persona natural o jurídica, podrán ser aportantes de bienes o recursos, a título gratuito. 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.

Las transferencias de recursos de Fonvivienda, o de la entidad que haga sus veces, a los patrimonios autónomos se tendrán como mecanismo de ejecución del Presupuesto General de la Nación.

Los patrimonios autónomos cuya constitución se autoriza en la presente ley podrán a su vez contratar fiducias mercantiles para la administración de los recursos aplicables a los proyectos de construcción de Vivienda de Interés Social prioritario, a las cuales podrán aportar activos fideicomitidos.

Los patrimonios autónomos que se constituyan, de acuerdo con el presente artículo, podrán adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados en desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Tales procesos se rigen por el derecho privado. Las condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas para el desarrollo de los proyectos, así como las actividades de seguimiento y control de los mismos, serán definidas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Con cargo a los recursos administrados por los patrimonios autónomos, estos asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas previstos en esta ley. Igualmente, con los recursos administrados, los patrimonios autónomos podrán asumir el pago de los impuestos que recaigan sobre los inmuebles, hasta el momento de su entrega a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda, y los impuestos que se generen por la transferencia de los inmuebles a los patrimonios autónomos y de estos a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda.

En la convocatoria para el desarrollo de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario, se deberán exigir, como mínimo, los siguientes requisitos:

- 1. Que cuenten con experiencia específica mínima de cinco (5) años en ejecución de proyectos de vivienda.*
- 2. Que, en los últimos cinco años la persona jurídica y su representante legal, no hubieren sido sancionados, por incumplimientos contractuales relacionados con la construcción.*

Parágrafo 1º. *Las facultades que le confieren al Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, el Decreto-ley 555 de 2003 y la Ley 1469 de 2011, en lo que no contraríen la presente ley, tendrán plena vigencia.*

Parágrafo 2º. *Las obligaciones que establezcan las normas vigentes sobre las garantías relativas a la obra, se entenderán como obligaciones a cargo de los constructores y no de los patrimonios autónomos que se constituyan para el desarrollo de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario, por parte de las entidades a las que hace referencia este artículo; aspecto que quedará claramente establecido en los contratos que se realicen con el constructor.*

Parágrafo 3º. *La política de vivienda de que trata la presente ley es secuencial y continua. Se desarrollará por programas sucesivos en el tiempo. Cada programa consistirá en el suministro de una cantidad de subsidios en especie. Los siguientes programas se formularán de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y las apropiaciones del sector de vivienda. Las vigencias futuras que se constituyan para respaldar los programas tendrán en cuenta dicha disponibilidad y su coherencia con el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en el Marco de Gasto de Mediano Plazo.*

Parágrafo 4º. *Las condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas para el desarrollo de los proyectos, que va a definir el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, dentro del marco de la presente ley, deberán observar los principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad y en especial el de selección objetiva, definidos por la Constitución y la ley, además se aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente.” (Subrayas ajenas al texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, en el año 2020 esta Secretaría, procedido a elevar concepto jurídico a la Secretaría Jurídica Distrital en los siguientes términos:

“ podría suscribirse un contrato de fiducia mercantil en la aplicación del artículo 6 de. La ley 1537 de 2012, para la administración de los recursos del subsidio para viviendas de interés social y prioritario, en concordancia con el artículo 91 de la ley 388 de 1997 y el artículo 85 de la ley 1955 de 2019, entendiéndose que esta última se encuentra en la categoría de vivienda de interés social?”

La Secretaría Jurídica Distrital, contestó, mediante concepto radicado 2-2020-16036 de fecha 8 de agosto de 2020 de la siguiente manera:

*“Teniendo en cuenta que la figura de fiducia mercantil para la vivienda de interés social no cuenta con desarrollo legal propio, como si la aplicación de esta misma figura para la vivienda de interés prioritario, conforme al contenido del artículo 6 de la ley 1537 de 2012, resulta viable aplicar por analogía como regla de interpretación en los términos del artículo 8 de la ley 153 de 1887, según la cual es posible aplicar una ley que regule un caso similar ante la inexistencia de ley aplicable al caso concreto, por lo tanto, es viable suscribir un contrato de **FIDUCIA MERCANTIL**, contemplado en el artículo 36 de la ley 388 de 1997, en consecuencia con lo previsto en el artículo 6 de la ley 1537 de 2012 y el artículo 85 de la ley 1955 de 2019, tanto para la vivienda de interés social como para la vivienda de interés prioritario” (negrilla fuera de texto)*

Como colorió a lo antes expuesto, disipado el manto de duda y clara la facultad de los entes territoriales, en el caso que nos ocupa; se puede concluir que en el marco de lo dispuesto por el artículo 36 de la ley 388 de 1997, el cual fue modificado por el art 28 de ley 2079 de

2021, la Secretaría Distrital del Hábitat, está facultada para celebrar entre otros contratos, contratos de fiducia mercantil con constitución de patrimonios autónomos entregando el manejo de recursos con el fin de hacer pagos o desembolsos derivados de un encargo fiduciario, transfiriendo la propiedad de recursos públicos a un patrimonio autónomo. Debiendo esa transferencia de propiedad tener una finalidad específica y manteniendo la entidad la obligación de vigilar que se cumplan los fines estatales por los cuales se contrató con apego a las normas generales del código de comercio, y el estatuto financiero orgánico, sin limitaciones ni restricciones, debiendo para ello garantizar los principios de transparencia, selección objetiva y publicidad.

Por último y no menos importante, es bueno traer a colación las recomendaciones que sobre el particular ha realizado la Contraloría General de la República - radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017⁸, considera que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario⁹, sino que tiene un carácter instrumental, por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos:

“El Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto: ‘Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos’.

La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio.”

Finalmente, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1234 del Código de Comercio¹⁰, es deber indelegable de la sociedad fiduciaria, *“rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”* y simultáneamente el fiduciante tiene el derecho

⁸ [https://relatoria.blob.core.windows.net/\\$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF](https://relatoria.blob.core.windows.net/$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF)

⁹ “(...) el artículo 669 del Código Civil instaura que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal”.

¹⁰ “Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

(...)

de “exigir rendición de cuentas”, según lo consigna el artículo 1236 del mismo código¹¹. Por ello la entidad no pierde la vigilancia sobre los recursos públicos.

En síntesis, las entidades estatales mantienen el control y vigilancia de la correcta ejecución de los recursos entregados a la fiducia, sin embargo, la responsabilidad disciplinaria o fiscal por hechos relacionados dependerá de cada situación particular, los organismos de control respectivos son los competentes para pronunciarse al respecto y no la Agencia Nacional de Contratación Pública.

5.4. Según el Plan de Ordenamiento Territorial Decreto Distrital 555 de 2021

Un ejemplo de la facultad antes de descrita, en cuanto a la constitución de fiducias y patrimonios autónomos, se tiene en lo dispuesto por ejemplo en el artículo 528 del Decreto Distrital 555 de 2021 - POT que define los mecanismos para el pago compensatorios del cumplimiento de la obligación de destinar porciones de suelo a la construcción de vivienda de interés social o prioritario o su equivalente en metros cuadrados de construcción, señala que:

“Se podrán crear entre otros mecanismos como encargos fiduciarios, fiducias, patrimonios autónomos o fondos para el Pago Compensatorio del cumplimiento de la obligación. En concordancia con las disposiciones definidas en el presente Plan, la Secretaría Distrital del Hábitat, mediante Resolución definirá los criterios, requisitos y condiciones de recaudo, habilitación, administración y ejecución que aplicarán para los mecanismos que se definan y creen para tal fin.” (Subrayado fuera de texto)

Y también el numeral 2 del artículo 556 del Decreto Distrital 555 de 2021, dice que:

“los recursos derivados del cumplimiento de la obligación de destinar porciones de suelo a la construcción de vivienda de interés social o prioritario o su equivalente en metros cuadrados de construcción se podrán administrar y recaudar a través de mecanismos como encargos fiduciarios, fiducias, patrimonios autónomos o fondos. La Secretaría Distrital del Hábitat definirá los criterios, requisitos y condiciones de recaudo, habilitación, administración y ejecución que aplicarán para los mecanismos que se definan y creen para tal fin.” (Subrayado fuera de texto).

6. CONCLUSIÓN

Siendo el Distrito Capital una entidad territorial, tanto la Ley 388 de 1997 como la Ley 1537 de 2012 le es aplicable y de conformidad con la distribución de sus competencias y responsabilidades en su estructura organizacional definida en el Acuerdo 257 de 2006 y el

¹¹ “Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: (...)”

Decreto Distrital 121 de 2008, anteriormente analizada, la Secretaría Distrital del Hábitat - SDHT, es la competente para desarrollar los programas y proyectos de la vivienda para los sectores más desfavorecidos de la sociedad bogotana, para lo cual puede recurrir a las celebración de contratos de fiducia mercantil regulados por el código de comercio y su respectivo patrimonio autónomo, ejerciendo siempre el control y vigilancia de la correcta ejecución de los recursos entregados a la fiducia.

Cordialmente,

CARLOS ANDRES DANIELS JARAMILLO
SUBSECRETARIA JURIDICA

c.c.e.: VANESSA ALEXANDRA VELASCO BERNAL-DESPACHO SECRETARIA DEL HABITAT

Anexo: N/A

Anexos Digitales: 0

Elaboró: JUAN FRANCISCO FORERO-DESPACHO SECRETARIA DEL HABITAT

Revisó: JUAN FRANCISCO FORERO-DESPACHO SECRETARIA DEL HABITAT |

Aprobó: CARLOS ANDRES DANIELS JARAMILLO-SUBSECRETARIA DE INSPECCION, VIGILANCIA Y CONTROL DE VIVIENDA