Departamento del
Valle del Cauca
Gobernación
Secretaría de
Vivienda y Hábitat

paraíso
de todos

FO-M9-P3-04-V02 /
–

Santiago de Cali, 27 de Junio de 2024

Doctora
ADRIANA GOMÉZ MILLÁN
Secretaria de Despacho
Secretaría de Vivienda y Hábitat Departamental
Gobernación —Valle del Cauca

Asunto: Concepto jurídico sobre convenios de Cooperación y apoyo financiero a celebrarse entre el Departamento del Valle del Cauca, Vallecaucana de Aguas S.A E.S.P y el Municipio de ROLDANILLO, para la vinculación de este al PLAN DEPARTAMENTAL DE AGUAS DEL VALLE DEL CAUCA (PDA).

Cordial saludo,

Conforma a las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Que en el documento CONPES No. 3463 del 12 de marzo de 2007 se establecieron los lineamientos para la estructuración, la financiación y la ejecución de los Planes Departamentales de Agua y Saneamiento para el Manejo Empresarial de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los cuales se constituyen en la estrategia principal para implementar la política sectorial del Gobierno Nacional, recomendando entre otros, lo siguiente: a) solicitar a los departamentos y municipios que se vinculen a la formulación y desarrollo de sus respectivos Planes Departamentales de Agua y Saneamiento en adelante denominado PDA, y adoptar los procedimientos y recomendaciones definidos en el documento, los cuales incluyen la firma de los convenios de asistencia técnica, apoyo financiero e institucional, y los compromisos locales y departamentales para el aporte de recursos y transformación institucional y empresarial, b) solicitar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en adelante denominado MAVDT, los departamentos, municipios y las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR-, hacer efectiva la articulación de los recursos destinados al sector de agua potable y saneamiento, a través del mecanismo financiero e institucional que se defina en cada Plan Departamental, c) solicitar a los departamentos, municipios, al MAVDT, al Departamento Nacional de Planeación – DNP- y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - MHCP, que el manejo de todos los recursos de financiación de los PDA se realice a través de encargos fiduciarios o fiducias mercantiles.

Que dentro de los cambios en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Ley 1444 del 04 de mayo de 2011 creó el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio cuyos objetivos y funciones están contemplados en el Decreto 3571 de 2011 y algunas de sus competencias son las escindidas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Que el artículo 10 de la Ley 1176 de 2007 estableció que con los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a la participación para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los departamentos, se conformará una bolsa para cofinanciar las inversiones que se realicen en los distritos y municipios para desarrollar proyectos en el marco del PDA del respectivo departamento; de igual forma, la norma citada dispuso que dichos recursos se focalizarán de acuerdo con los resultados de los diagnósticos que se adelanten en el marco del PDA.

Que el Decreto 3200 de 2008 reglamenta los PDA y establece su definición, principios y objetivos, sus estructuras operativas, los requisitos de participación de los actores, se definen las normas generales para los recursos de apoyo de la Nación, el procedimiento para la identificación y selección de proyectos susceptibles de ser financiados, y se establece el esquema fiduciario para el manejo de los recursos.

Que el Título IV del Decreto No. 3200 de 2008 estable entre otros, lo siguiente: a) los departamentos podrán constituir con cargo a los recursos del SGP con destinación al sector de agua potable y saneamiento básico y en desarrollo del artículo 12 de la Ley 1176 de 2007, un(os) Patrimonio(s) Autónomo(s) mediante la celebración o suscripción de un contrato de fiducia mercantil y/o adherir a uno previamente celebrado para el desarrollo, ejecución y financiamiento de los PDA, b) de conformidad con el artículo 118 de la Ley 1151 de 2007, los Participantes del PDA tal como los define la mencionada Ley, podrán ordenar que los recursos que se destinen para el desarrollo, ejecución y financiamiento de los PDA, se giren directamente al Patrimonio Autónomo; c) con el fin de garantizar un esquema eficiente y sostenible que maximice la utilización de los recursos que se aporten al Patrimonio Autónomo, los Participantes del PDA tal como se definen en dicho Decreto, deberán suscribir los documentos necesarios y dar las instrucciones irrevocables de giro de los recursos que han comprometido para el desarrollo, ejecución y financiamiento de los PDA, d) los ingresos que se comprometan por parte de las entidades territoriales al Patrimonio Autónomo, no formarán parte de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta que los mismos no estarán disponibles para atender otro tipo de gastos o inversiones.

Que el Departamento del Valle del Cauca adelantó el procedimiento previsto en el Decreto 3200 de 2008, derogado por el Decreto 2246 de 2012, compilado en el Decreto 1077 de 2015, que a su vez fue subrogado lo correspondiente al capítulo 1 del título 3, de la parte 3 del Libro 2 mediante el Decreto 1425 de 2019, en relación a la vinculación como participante de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento Básico -PDA-, para lo cual suscribió los Convenios respectivos, entre los cuales se encuentra el Contrato de Cooperación Técnica que dio inicio a la Fase I del PDA y se apoyó técnicamente al

Departamento en el cumplimiento de los requisitos para implementar la Fase II y a su vez el Convenio Interadministrativo de Uso de Recursos No. 102 del 13 de noviembre de 2009, con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) para la adopción del Plan Departamental de Agua.

Sobre el Convenio Interadministrativo de Uso de Recursos No. 102 del 13 de noviembre de 2009, se suscribió Otrosí No. 01 en el cual se modificaron algunos numerales de la cláusula quinta, para lograr la asignación del segundo apoyo financiero para el DEPARTAMENTO y GESTOR.

Que el artículo 22 del Decreto 3200 del 29 de agosto de 2008 establecía:

"Artículo 22. Giro de recursos. Cumplidos los requisitos a que se refiere el artículo anterior, los recursos podrán ser girados directamente al esquema fiduciario respectivo.
De igual forma podrán ser girados directamente al esquema fiduciario respectivo, los recursos de regalías y compensaciones y asignaciones del Fondo Nacional de Regalías destinados al sector de agua potable y saneamiento básico en el marco de los PDA por parte de las entidades recaudadoras y el Fondo Nacional de Regalías, previa autorización expresa de la respectiva entidad territorial beneficiaria.
Parágrafo. Los apoyos financieros de la Nación se programarán y giraran sujetándose a las normas de carácter presupuestal y de seguimiento fiscal que rigen la materia y deberán estructurarse de tal manera que el desembolso efectivo de los recursos se produzca en concordancia con el desarrollo del PDA y su plan de inversiones."

Que conforme a la información entregada en mesas de trabajo y los estudios previos el Municipio de ROLDANILLO, ha manifestado su intención de vincularse al Plan Departamental de Aguas (PDA) de **EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.** Para tal fin es pertinente precisar que para la firma de los convenios por parte de los Alcaldes no se requiere de autorización previa del Concejo municipal teniendo en cuenta el concepto número 9 de 2014 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que frente al particular indicó lo siguiente: i. *De conformidad con el Estatuto de Contratación y las normas orgánicas de presupuesto, los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos, representar legalmente al municipio y dirigir la actividad contractual de los mismos sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo para los casos excepcionales en que este último o la ley lo hayan señalado expresamente.*

Que el Departamento del Valle del Cauca en calidad de fideicomitente, suscribió el 11 de diciembre de 2008 el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Recaudo, Administración, Garantía y Pagos para el manejo de los recursos del Plan Departamental de Agua, modificado mediante Otrosíes Nos. 1 y 2 de fechas 11 de diciembre de 2012 y 29 de marzo de 2019 respectivamente, con el cual se

vincula al Patrimonio Autónomo FIA o Consorcio FIA, integrado por la Fiduciaria Bancolombia S.A., BBVA Fiduciaria S.A y Fiduciaria Bogotá, S.A, con el cual se comprometió a realizar todos los trámites administrativos y presupuestales necesarios para girar los recursos de aporte al PDA a dicho esquema fiduciario.

Que el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIA dispone que son FIDEICOMITENTES INDIRECTOS los MUNICIPIOS y distritos que han otorgado un mandato con representación al FIDEICOMITENTE DIRECTO esto es al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA,** para su vinculación al esquema fiduciario para el manejo de los recursos.

Que el plazo de duración del Contrato de Fiducia Mercantil, conforme a lo estipulado en la cláusula vigésima quinta del mismo *"(...) será de hasta veinte (20) años, contados a partir de su perfeccionamiento. Sin perjuicio de lo señalado en precedencia se podrán efectuar liquidaciones parciales del CONTRATO (...)".*

Que en la ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil, se han suscrito dos Otrosíes, el primero de ellos de fecha 10 de diciembre de 2012, en el cual acogiendo las directrices impartidas por la Contraloría General y la Auditoría General de la República sobre las vigencias futuras y los cambios de ley en la materia, se hizo necesario contemplar lo respectivo a los trámites de operaciones de crédito público por los entes territoriales como FIDEICOMITENTES del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIA y realizar algunos ajustes sobre cláusulas atenientes al tema principal.

El Otrosí No. 002 del 29 de marzo de 2019, se suscribió en razón a que en el marco de las funciones del Gestor, entre otras se permite *"(...) el apalancamiento de recursos o gestionar tomar créditos para la ejecución e implementación de los PAP-PDA con cargo a los recursos comprometidos por los actores (...)"*, lo cual fue ratificado en conceptos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dando la alternativa de que los Gestores puedan ser titulares de operaciones de crédito público y actuar en calidad de mandatarios, por lo cual se adicionó y reglamentó lo respectivo mediante dicho Otrosí.

Que en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIA, entre otros, se definió el Convenio de Cooperación y Apoyo Financiero como el documento en el cual los diferentes actores del PDA acceden a transferir recursos al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIA para la financiación y ejecución del PDA de cada uno de LOS FIDEICOMITENTES.

Que las definiciones, términos y condiciones establecidos en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIA, se aplicarán a los convenios firmados por los municipios.

Que se requiere la suscripción de estos **CONVENIOS** para efectos de la vinculación DE LOS MUNICIPIOS al PDA, que indicaba el artículo 16 del Decreto 3200 de 2008,

hoy reglamentado en el numeral 2 del artículo 2.3.3.1.4.1 del Decreto 1425 de 2019, que indica:

"(...) 2. Los Municipios y Distritos. Para que un municipio o distrito participe en los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) debe cumplir con los siguientes requisitos:

2.1. Celebrar un convenio interadministrativo de cooperación con el Gestor y el departamento, mediante el cual se compromete a:

Adoptar los lineamientos, principios y objetivos sectoriales de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) en concordancia con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y el presente capítulo.

Implementar el instrumento para el manejo de recursos.

Aportar recursos para contribuir al cierre financiero en el marco de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA).

Implementar el esquema para el aseguramiento de la prestación de los servicios que se defina en desarrollo del mismo.

Tomar las decisiones que resulten necesarias en relación con la infraestructura y los bienes afectos a la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico de su propiedad.

2.2. Autorizar el giro directo de los recursos comprometidos en virtud de este artículo al respectivo instrumento para el manejo de los recursos.

El Comité Directivo determinará si para efectos de su participación en los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) el municipio o distrito puede prescindir de los requisitos previstos en los literales b y c del numeral 2.1 y el numeral 2.2. de este artículo, de acuerdo con lo previsto en el Manual Operativo del que trata el artículo 2.3.3.1.5.2 del presente capítulo. En estos casos, previo a la firma del convenio, el Comité Directivo aprobará la vinculación del municipio (...)"

Que mediante Otrosi No. 1 de 08 de noviembre de 2013 al Convenio 1355 de 2013, se dio la supervisión en la Secretaría de Vivienda y Hábitat del PDA del Departamento del Valle del Cauca.

Que la Secretaría de Vivienda ha estado encargada a lo largo del tiempo del seguimiento y verificación de la ejecución obras o convenios que tiene relación con el Saneamiento Básico y el Agua Potable y los recursos del SGP en el Departamento del Valle del Cauca.

Que mediante Acta No. 10 del 13 de Diciembre de 2012 el comité insto o autorizo para la vinculación de todos los municipios del departamento al Plan Departamental de Aguas (PDA).

Que Departamento Administrativo de Jurídica de la Gobernación del Valle, emitió concepto jurídico en el cual soporta la viabilidad jurídica de la firma de los convenios entre VALLECAUCANA DE AGUAS, GOBERNACIÓN DEL VALLE Y EL MUNICIPIO DE ROLDANILLO, conforme al escrito de convenio en estudio en el cual se establece que el departamento en esta actuación estará representado por la secretaría de vivienda hábitat, es este, el concepto jurídico fundamental que soporta la firma de los convenios dado que es expedido por el Departamento a cargo de la seguridad jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca y respalda la firma de estos convenios por parte de la Gobernación.

De conformidad con lo expuesto, se puede colegir que el Artículo 2 de la Constitución Política de 1991, establece que: *"son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la constitución (...)".*

En desarrollo de lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y en observancia de los principios de eficacia, coordinación y colaboración, las autoridades públicas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

El Artículo 6 de la Ley 489 de 1998 prescribe que: *"en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia prestaran su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias y organismos y entidades titulares.".*

La Ley 80 de 1993, en su artículo 40, establece que las partes podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales. *(...) Los numerales 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1.993 titulado "De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual"*, señala que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato podrán Interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas e introducir modificaciones a lo contratado.

En concepto 1439 de 18 de Julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se menciona: *"...Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Edición 5a, pág. 348. "El principio de mutabilidad de los contratos administrativos es una consecuencia impuesta por finalidades del interés público, dado que con ellos se tiende a lograr una más eficiente realización de La "justicia distributiva (...) las modificaciones en el contrato pueden traducirse tanto en aumento (adicionales) como en una disminución (reducciones) de las prestaciones". "...De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993.* (Subrayado fuera de texto)

Respecto de los contratos estatales el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han establecido lo siguiente: *"...El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado..." (Sentencia C-713/09 de la Corte Constitucional).*

En atención al asunto de la referencia y teniendo en cuenta el trámite, me permito manifestar que la firmada de los convenios relacionados, es **VIABLE** contractualmente, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional quien se ha pronunciado al respecto al establecer que: Por regla general, **los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado**, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la Ley 80/93, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para *"(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. (Sentencia C — 300 de 2012) (Negrillas propias para hacer énfasis).*

Igualmente vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009: *"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales, es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado".*

De igual forma se manifiesta que la minuta se ajusta contractualmente a lo preceptuado en la Ley 80 de 1.993, Ley 1150 de 2007; Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes y vigentes al momento de la suscripción. Por lo anterior, la presente modificación al contrato mencionado es VIABLE para la firma de la Señora Secretaria de Vivienda y Hábitat del departamento del Valle del Cauca.

Atentamente,

TULIO ENRIQUE PRADO IPUZ
Profesional Universitario
Secretaría de Vivienda y Hábitat
Gobernación del Valle del Cauca

Transcribió: Jaime E. Vivas M. – Contratista – Secretaría de Vivienda y Hábitat.
Revisó y Aprobó: Tulio Enrique Prado Ipuz - Secretaría de Vivienda y Hábitat.