San Juan de Pasto, 02 de octubre del 2023 SDP-PDA-G-1962-2

Doctora:
ROCIO DEL PILAR JUELPAZ TATICUAN
Directora IDSN (AF)
Cl 15 #28 – 41 Plazuela Bomboná
Pasto – Nariño

***Referencia**: Respuesta a solicitud de modificación de convenio interadministrativo GN3171-2023 – Radicado 200324993-23*

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta las responsabilidades otorgadas a través del Manual de Contratación Departamento de Nariño, en literal a) y g) el cual refiere en su artículo "6.1.6.3 En los secretarios, Asesores, Jefes, Directores y/o el Gestor del PAP – PDA, y el Decreto 1425 de 2019 "Por el cual se subroga el capítulo 1, del título 3, de la parte 3, del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, Decreto 1077 del 26 de mayo de 2015, con relación a los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento" sección 2: "Estructuras Operativas y funciones", artículo 2.3.3.1.2.3. "FUNCIONES DEL GESTOR" numeral 1.

Esta dependencia, con el respeto acostumbrado, se permite dar contestación a la solicitud de modificatorio según radicado 4181 de fecha de 1 de septiembre y recibida por el DAC el 04 de septiembre del presente año, la cual se fundamenta en Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.4.5. "*No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto, no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no, debe estar en los estudios y documentos previos*", es importante tener en cuenta que la expresión "*en la contratación directa no es obligatoria la exigencia de garantías*", en ninguna manera debe entenderse como una prohibición respecto a la exigencia de garantías; por el contario, faculta a las entidades, determinar si se requiere o no la exigencia de las mismas, condición consensuada por las partes en el caso en concreto y aceptada de manera formal a través de la aceptación de la suscripción del precitado convenio en plataforma SECOPII, el día 26 de junio de 2023, teniendo en cuenta su objeto, la forma de pago en el cual se encuentra estipulado el desembolso de un anticipo del 30% del valor total del convenio y los riesgos involucrados en el convenio.

Respecto a lo anterior el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTAS Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente ALVARO NAMEN VARGAS, radicación interna 2257 con Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00 en su numeral 3.1 refiere lo siguiente:

> *"Las garantías contractuales y la mitigación del riesgo" literal V "Las garantías no serán obligatorias en los contratos: 1. De empréstito; 2. En los interadministrativos; 3. En los de seguro y 4. En los contratos de mínima cuantía, esto es, cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía (art. 2 numeral 2 literal b de la Ley 1150 de 2007) en función del presupuesto de la entidad. En los anteriores casos, corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.*
>
> *Nótese que la norma si bien señala que las garantías no son obligatorias, en manera alguna las prohíbe para los contratos interadministrativos y, en general, permite a la entidad contratante la necesidad de su exigencia en consideración al objeto, la forma de pago y los riesgos involucrados en el contrato. Ahora, si bien no se mencionan los convenios interadministrativos, lo cierto es que el riesgo de cumplimiento puede presentarse en dichos convenios, lo que no permite descartar la exigencia de la garantía, con mayor razón si el citado artículo 7 de la Ley 1150, no lo prohíbe. Por último, la*

precitada disposición reiteró expresamente la potestad de la administración contratante de declarar acaecido el siniestro mediante acto administrativo, aspecto sobre el cual la Sala profundizará más adelante.

En concordancia con lo anterior, respecto de la obligatoriedad de las garantías, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

"Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1.del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 77)." -Subraya la Sala-. De las normas legales y reglamentarias citadas, claramente se deduce que las garantías no son obligatorias en los contratos y convenios interadministrativos, pero ello no significa, a juicio de la Sala, que estén prohibidas. Por el contrario, en consideración a los principios de planeación, transparencia, responsabilidad, economía y precaución, las entidades estatales contratistas pueden visualizar desde los estudios previos los riesgos de la futura contratación y justificar su exigencia.

Las disposiciones bajo estudio, en relación con los contratos y convenios interadministrativos, ponen su acento en tales principios y dejan al diligente e informado juicio de la entidad estatal contratante (carga de conocimiento), la decisión sobre exigir o no las garantías a la entidad estatal contratista, con mayor razón si se considera que el riesgo de cumplimiento es uno de los que con más frecuencia se asocia a la contratación estatal.
Como puede evidenciarse, las normas legales y reglamentarias se refieren a la garantía de cumplimiento en cualquier tipo de contrato estatal, sin entrar a distinguir la calidad del contratista, es decir, si es particular o una entidad estatal, así como alude, también sin distinción, a los diferentes eventos que pueden generar un incumplimiento, los cuales se amparan con la garantía correspondiente.

En consecuencia, la Sala concluye que tanto en los contratos como en los convenios interadministrativos, las entidades estatales contratantes están facultadas para exigir a las entidades estatales contratistas o cocontratantes las garantías que cubran los riesgos que involucre la futura contratación incluido, por supuesto, el riesgo de cumplimiento, por expresa disposición del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, en sus normas pertinentes arriba citadas, en concordancia con los principios constitucionales y legales de planeación, transparencia, economía, buena administración, responsabilidad, y precaución".

Aplicando lo expuesto por el consejo de Estado y teniendo en cuenta las directrices impartidas por el DAC, la de Subsecretaría de Economía Regional y Agua Potable – Gestora PDA Nariño, No accede a las peticiones instauradas por el IDSN.

Sin otro particular me suscribo de usted.

MARÍA DEL MAR MONTENEGRO IBARRA
Subsecretaria de Economía Regional y Agua Potable -Gestora PDA
Departamento de Nariño

Revisó:
JORGE LUIS HIDALGO PASAJE
Apoyo a la Coordinación Componente Jurídico PDA Nariño

Proyectó:
NATHALIE CONSTANZA PANTOJA MELO
abogada componente jurídico PDA (N)

Revisó:
SONIA DEL ROSARIO ROJAS PAZ
Apoyo a la Coordinación Componente Gestión Ambiental y Riesgo Sectorial PDA Nariño