REPÚBLICA DE COLOMBIA

Libertad y Orden

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
DIRECCIÓN CENTRO DE REHABILITACION INCLUSIVA DCRI

Bogotá D.C., Agosto de 2021

Doctora
DIANA MARGARITA GUTIÉRREZ DE PIÑERES
Directora Dirección Centro de Rehabilitación Inclusiva
Ciudad

Asunto: Concepto Jurídico para modificar la aceptación de oferta N° 019/2021 MDN-DCRI, cuyo objeto es "**CONTRATAR EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL SISTEMA DE CONTROL DE ILUMINACIÓN DE LA DIRECCIÓN CENTRO DE REHABILITACIÓN INCLUSIVA (DCRI) DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**"

Respetuosamente y en atención al oficio debidamente firmado por el TS. GILBERTO CANIZALES, en calidad de supervisor e integrante del comité técnico estructurador de la aceptación de oferta por medio del cual solicita se estudie la viabilidad de adicionar la aceptación de oferta N° 019/2021 MDN-DCRI me permito manifestar que previo a emitir el concepto jurídico se analizarán los siguientes aspectos:

HECHOS:

1. Que el día 26 del mes de mayo del 2021, se suscribió la aceptación de oferta No. 019-2021 MDN-VGSED-DCRI, con la empresa **INGENIERÍA IT & T DE COLOMBIA S.A.S. -** NIT. 800.134.187-6, hasta por la suma de **VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($21.999.990,00 m/cte)** incluido IVA y demás impuestos tasas y contribuciones a que hubiere lugar.

2. Que teniendo en cuenta el **MEMORANDO** (MEMO M20211100000494 – DCRI) de fecha 19 de agosto de 2021, el funcionario **TS. GILBERTO CANIZALES ÁLVAREZ**, en su calidad de supervisor y comité técnico estructurador, solicita la viabilidad de adelantar el trámite para adicionar a la aceptación de oferta No 019/2020 MDN-VGSED-DCRI, en algunas actividades tal como se evidencia a continuación, petición que es soportada con los documentos aportados por el contratista y que hacen parte del presente documento.

3. **Que** el plazo de ejecución quedó estipulado hasta el 20 de diciembre de 2021.

4. Que el contratista previa solicitud del supervisor, procedió a remitir la cotización y manifestó su disponibilidad para realizar las nuevas labores tal como consta en los documentos anexos a la presente modificación.

5. Que mediante conceptos emitidos por los comités técnico y económico es viable suscribir la presente modificación.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Conforme a lo establecido en el Artículo 209 de la Carta política *la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones y las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.*

El artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que: *Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

El artículo 14 de la ley 80 de 1993, señala que la contratación además de buscar el cumplimiento de los fines estatales, tiene como fin primordial de la Administración el utilizar todos los medios posibles, para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

El artículo 23 de la ley 80 de 1993 establece *que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

Así mismo, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estipula lo siguiente "*Las entidades podrán celebran contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes que no sean contrarias a la constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración…*"

De conformidad con el honorable CONSEJO DE ESTADO, sala de consulta del servicio civil, establece lo siguiente:

> "*Por mutabilidad del contrato estatal 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 en el mismo concepto se establece que el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes, razón por la cual la administración de mutuo acuerdo puede modificar el clausulado de la aceptación de oferta N° 019 de 2021.

La Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 2006, señaló que la modificación del contrato estatal puede consistir solamente en la variación del precio o el plazo, y que cualquier reforma del objeto en realidad es un contrato adicional nuevo. En este sentido, explicó:

"Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto."

En Sentencia C-300 de fecha 25 de abril de 2012, expediente D-8699, la Sala Plena de la Corte Constitucional recopila los conceptos y jurisprudencias emitidos con ocasión a la modificación del contrato estatal y expone dos posiciones sobre lo que se entiende por modificación del contrato estatal:

La primera de ellas determina que sólo se pueden modificar el plazo y el precio del contrato y que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, **y la segunda consagra que solamente habrá verdadera adición a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual**

Para éste Ente de vigilancia y control fiscal en primer lugar se trata de una adición al contrato o de un contrato adicional. Una vez determinada la situación de modificación del objeto contractual deberá proceder de acuerdo con las facultades establecidas en la ley y en el texto del contrato a terminarlo o adicionarlo bien sea que se trate de un contrato adicional o de una adición de contrato.

Los contratos estatales en los términos el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, pueden ser modificados de común acuerdo o en forma unilateral para evitar la afectación o la paralización de la ejecución del objeto contractual y para evitar una grave afectación de los fines estatales. (negrilla y subrayado fuera de texto)

Finalmente, la doctrina ha establecido que los contratos estatales no son pétreos y estáticos una vez se firman por las partes, y pueden ser modificados con la intención de satisfacer el interés general:

"*límites es este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias de interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.*

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los "*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.*

Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la modificación del contrato encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

*"**ARTÍCULO 3°.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.***

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

La norma transcrita determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos.

Luego de la descripción de los fines de la contratación estatal (artículo 3° de la Ley 80 de 1993), el legislador enlistó una serie de deberes que las partes del contrato deben acatar para la consecución de dichos fines. Considera la Sala, que para efectos de la modificación del contrato es importante tener presente, en relación con las entidades estatales y los contratistas, los siguientes:

*"**ARTÍCULO 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el Artículo anterior, las entidades estatales:***

(…)

*9°. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, **corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.***

(…) (Resalta la Sala).

Por otro lado, correlativamente, la Ley 80 de 1993 exigió a los contratistas:

*"**ARTÍCULO 5º. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el Artículo 3º de esta Ley, los contratistas:***

(…)

*2º. Colaborarán con las entidades contratantes en **lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse.***
(…)" (Resalta la Sala).

Las reglas de conducta transcritas, impuestas a la Administración y a los contratistas, resultan relevantes para la conservación del contrato, pues exige de los contratantes el despliegue de toda actividad necesaria para cumplir con el objeto contratado, lo que se traduce en empeño para que a través de la contratación se logren los fines públicos.

Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer "*lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla"* y acordar *"los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente"* las situaciones que lleguen a presentarse.

En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de modificar justificadamente la ejecución del contrato estatal.

ANALISIS FACTICO

De acuerdo con la solicitud de concepto jurídico para la modificación de la aceptación de oferta N° 019/2021 MDN-DCRI y los demás documentos allegados y que sirven de soporte, se puede establecer:

1. Que la aceptación de oferta N° 019/2021 MDN-DCRI aún se encuentra en ejecución.

2. Que la modificación aquí solicitada se hace necesaria con el fin de suplir algunas actividades prioritarias que hacen parte del objeto contractual, por lo tanto es necesario adicionar actividades (representadas en luminarias que a futuro generarán reducción en el gasto de energía) así como el valor de la misma.

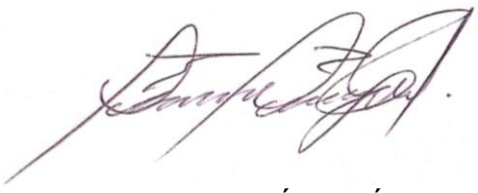
3. Que existe voluntad de las partes

4. *Que la necesidad se ajusta a los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.*

CONCLUSIÓN SOBRE LA VIABILIDAD DE REALIZAR O NO LA MODIFICACIÓN

De conformidad con lo expuesto en el análisis fáctico y jurídico y la recomendación de la supervisión del contrato, este comité considera procedente la modificación a la aceptación de oferta N° 019/2021 MDN-DCRI, cuyo objeto es "**CONTRATAR EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL SISTEMA DE CONTROL DE ILUMINACIÓN DE LA DIRECCIÓN CENTRO DE REHABILITACIÓN INCLUSIVA (DCRI) DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**", en acatamiento del principio de economía, eficacia y celeridad que rigen la Contratación Estatal así como el principio de mutabilidad del contrato estatal para prevalecer la finalidad del mismo y de acuerdo con la Sentencia C-300/12, de la Corte Constitucional que señala, como especie de modificación pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.

Así mismo, este comité recomienda la ampliación de la garantía única con el fin de respaldar las obligaciones contractuales.



PD. ELIANA CECILIA GÓMEZ SÁNCHEZ