

Estimados

VICEPRESIDENCIA DE OPERACIONES DE TECNOLOGIA

DIRECCIÓN DE TECNOLOGIA

ICETEX

Ref.: Contrato interadministrativo No. 2022-0792 – “SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN OUTSOURCING PARA LA CONECTIVIDAD, RED DE COMUNICACIONES, CENTRO DE DATOS Y SERVICIOS CONEXOS CON VALOR AGREGADO PARA EL ICETEX”.

Asunto: Concepto – Modificación de contrato estatal.

Atento saludo.

El presente tiene como fin establecer, mediante concepto jurídico, la viabilidad de realizar modificaciones a las condiciones contractuales inicialmente pactadas en el contrato interadministrativo de prestación de servicios No. 2022-0792, para lo cual, deben analizarse las definiciones legales y jurisprudenciales de la modificación, su marco de aplicación, sus limitaciones, sus efectos en materia de contratación estatal y las circunstancias del caso en concreto. Todo lo anterior, en los siguientes términos:

1. Marco legal y jurisprudencial.

1.1. Autonomía de la voluntad.

La modificación del contrato estatal, incluso, la formación del negocio jurídico en sí mismo, tiene y encuentra origen en las disposiciones civiles y comerciales, en donde se regula, incluso al día de hoy, los elementos esenciales del contrato estatal, entre ellos, el consentimiento libre y espontáneo de los extremos contractuales.

El consentimiento no es otra cosa que la manifestación consciente de la voluntad, libre de vicios, capaz de **crear o extinguir obligaciones**; y cuando la normatividad civil hace referencia al consentimiento libre de vicios, hace referencia a que en la formación del negocio jurídico no existan elementos que induzcan en error a las partes, que no exista fuerza o constreñimiento que afecte la exteriorización de la voluntad y que la percepción del objeto del negocio no se encuentre distorsionado¹.

¹ **Código Civil, artículo 1494:** Las obligaciones nacen, **ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas**, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

De esta manera, sin el consentimiento libre y espontáneo, no hay lugar a la formación o nacimiento de negocio jurídico, por lo menos, que sea exigible en el marco del ordenamiento jurídico. Ahora, la voluntad de las partes que intervienen en la formación del contrato, se circunscribe al principio de la autonomía de la voluntad, definido por el H. Consejo de Estado como la capacidad para autodeterminarse y regular sus propios intereses².

La definición del principio de la autonomía de la voluntad es muy importante para el caso en estudio, pues a partir de esa misma concepción, se puede establecer el límite de la manifestación de la voluntad, el cual, resulta ser el ordenamiento jurídico. Con lo anterior quiere decirse que, la autonomía de la voluntad de las personas para autorregular sus propios intereses, debe enmarcarse a las disposiciones legales y constitucionales que reglan la vida en sociedad, de allí, por ejemplo, que no puedan nacer a la vida jurídica contratos cuyo objeto o causa sean ilícitos.

Lo descrito anteriormente se encuentra íntimamente ligado con el concepto de que el individuo puede hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido, situación que no se aplica de la misma manera en el ámbito estatal o de la función pública, cuyo régimen de prohibición establece que para la administración pública lo que no le está expresamente permitido, le está prohibido.

A partir de esta gran diferencia puede empezar a analizarse la autonomía de la voluntad de la administración pública en materia de contratación estatal, cuyos límites se circunscriben tanto al ordenamiento jurídico, como al interés general. Sobre el particular, H. Consejo de Estado, en sentencia No. Exp. 36312 del 9 de marzo de 2016, citando jurisprudencia de esa misma Corporación, desarrolló de manera clara y puntual los parámetros sobre los cuales se circunscribe la autonomía de la voluntad de la administración pública, esto, en los siguientes términos:

“a. El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.

“b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes. (se resalta).

Código Civil, artículo 1502: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (...) 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

Código Civil, artículo 1517: Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Código Civil, artículo 1508: Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.

² Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, expediente No. 2338, concepto del 12 de diciembre de 2017.

Avenida Calle 19 No. 6-68 Of 604-1 Tel 7495885

Gerente@vargasbrandabogados.com

Comercial@vargasbrandabogados.com

www.vargasbrandabogados.com

“c. Aun cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público. (se resalta).

“d. El Estatuto General de Contratación Estatal, (sic) reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico. Por ello en el artículo 32 se señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad ...”

De conformidad con la postura del H. Consejo de Estado, la autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal, faculta a las entidades públicas para que regulen libremente las obligaciones de sus negocios jurídicos, siempre y cuando estas atiendan a la satisfacción de los intereses generales, se encuentran en el marco del derecho público y respondan a los principios de la función pública contenidos en la constitución política, los principios de la actuación administrativa contenidos el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en los casos que aplique) y los principios o parámetros establecidos en el Manual de Contratación.

Definido el campo de acción de la autonomía de la voluntad de la administración pública, cuya manifestación es la que tiene el alcance de crear, extinguir y modificar obligaciones, puede ahora abordarse con mayor precisión la figura de la modificación del contrato estatal.

1.2. Modificación del contrato estatal.

Parafraseando al H. Consejo de Estado³, la modificación del contrato estatal es una figura que no se encuentra reglada de manera específica en el ordenamiento jurídico. Una mediana aproximación a esta figura se encuentra en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,

³ Consejo de Estado, sentencia Exp. No. 2385 del 23 de abril de 2019.

específicamente en los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993 que regula la facultad excepcional del *ius variandi*⁴.

No obstante, si bien es cierto que en el derecho positivo no se encuentra una reglamentación específica para la figura jurídica en estudio, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha encargado de establecer y delimitar tanto los alcances, como los requisitos de la modificación del contrato estatal.

Los parámetros aludidos en el párrafo anterior, se encuentran recopilados en la Sentencia Exp. 2385 de 2019 de la máxima corte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde se advierte lo siguiente:

La modificación del contrato por mutuo acuerdo puede tener origen: i) como consecuencia del procedimiento administrativo de modificación unilateral consagrado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, con los supuestos de hecho y requisitos allí consagrados; o ii) por el acuerdo entre las partes, sin sujeción a este procedimiento.

Una interpretación textual e individualizada de la norma conduciría a afirmar que más allá de la limitación cuantitativa para el contrato adicional⁵, no existiría restricción a la autonomía de las partes.

La Sala no considera que sea la conclusión correcta y acorde al conjunto normativo y a sus principios, pues la modificación de los contratos no corresponde a una facultad discrecional e ilimitada y, por el contrario, se encuentra sometida a límites emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico.

2. Límites para la modificación del contrato estatal

Los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones: la forma en que se va a ejecutar, materiales más idóneos que emplear, alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago, su duración, y aún su naturaleza. Lo anterior, pone en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena

⁴ Facultad unilateral para modificar o variar las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

⁵ Aquí el Consejo de Estado hace referencia a la prohibición de adicionar los contratos estatales en más del 50% de su valor inicial.

libertad de configuración para alterar lo pactado, o si está sometido a límites o restricciones que obligarían a revisar los criterios esbozados por las fuentes del derecho.

(...) a) La preservación de los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia durante la fase de ejecución del contrato

La jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, han señalado la existencia de restricciones de orden jurídico a la posibilidad de modificar los contratos, dentro del marco del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, y orientada principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad.

(...) La aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

(...) La Sala procede a clasificar las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal derivadas de una interpretación sistemática de las reglas y principios del Estatuto y de la función administrativa. Para el efecto, se referirá a los límites de orden temporal, formal y material.

Como advertencia previa, esta Sala considera que la regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.

b) Clases de límites para la modificación de los contratos

i) Límites de orden temporal

- Relacionados con la vigencia del contrato

La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

(...) - La prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinida

La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado.

ii) Límites de orden formal

- La solemnidad del contrato de modificación:

El contrato celebrado por la Administración con los particulares, salvo disposición legal en contrario, es de carácter solemne y, por lo tanto, se requiere que se eleve a escrito el acuerdo de voluntades. Su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y del nacimiento de los efectos pretendidos por las partes ante lo cual, no resulta viable para el contratista exigir o reclamar reconocimiento económico alguno de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia del contrato escrito, como requisito “ad substantiam actus”.

(...) - La motivación y justificación de la modificación

*El expediente de contratación y la actuación administrativa inicial que comprende los estudios previos, el análisis de riesgos y el presupuesto oficial o estimativo de costos necesario para la modificación del contrato, **deberán dar cuenta de las razones de interés público que hacen necesario afectar lo inicialmente pactado.** Como regla general, las mismas razones del deber de planeación para el contrato inicial se imponen como requisito previo del contrato modificadorio.*

*(...) La modificación no es una facultad discrecional, cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad para la entidad estatal o para su contratista, ni puede servir como instrumento ilegal para mejorar o hacer más favorables las condiciones económicas del adjudicatario. **A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación.***

iii) Límites de orden material

- Límites cuantitativos

La Ley establece un límite para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría. ⁶

- La prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto

El objeto no puede dividirse o fraccionarse para realizar diversos contratos que tengan como finalidad evadir el proceso de selección, independientemente de la existencia de una norma expresa, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

- Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones

*No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones **que sirvieron de fundamento para la selección objetiva**, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia⁷, de transparencia y de igualdad de oportunidades.*

3. El contenido de la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato.

Excepciones

La jurisprudencia y la función consultiva se han referido en términos generales al impedimento para alterar las condiciones sustanciales del contrato, y a los elementos de juicio que permiten precisarlo.

-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad.

⁶ Ley 1474 del 2011. Artículo 85.

⁷ Sobre el principio de libertad de concurrencia, Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966.

La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificadorio, bajo el entendido que no son causadas por simple conveniencia o para su utilización abusiva con el fin de mejorar los precios contenidos en la oferta del contratista, y solo hasta el punto de conjurar la situación extraordinaria.

-El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales

Estos límites se encuentran consagrados en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y para el contrato de consultoría cuyo objeto sea la interventoría, en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente

La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial.

En esa oportunidad el H. Consejo de Estado discriminó de manera acuciosa y detallada **los límites a la autonomía de la voluntad** de la administración pública para los casos en donde se pretende realizar modificaciones a un contrato estatal. Sin perjuicio de que algunas de estas limitaciones respondan a prohibiciones expresas de la ley 80 de 1933 (para los casos en donde aplique), es importante resumirlas en esta oportunidad con el único fin de establecer los parámetros sobre los cuales se abordará la viabilidad de modificar, en este caso, el contrato interadministrativo No. 2022-0792.

Como primera limitación en la modificación de los contratos estatales, se tienen aquellos aspectos del contrato, pliego o términos de referencia, oferta y demás documentos precontractuales que puedan significar una transgresión a los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia. Esta vulneración se concretaría con la **modificación de aspectos del contrato que hayan servido de criterios de selección para la escogencia de la oferta más favorable para la entidad**. Y es que, en los casos en donde se lleva a cabo un proceso de selección con pluralidad de oferentes, los criterios de selección son los que permiten distinguir o diferenciar una oferta de otra y, como si fuera poco, son los que llevan a la entidad a establecer cual es la oferta que mejor beneficio le representa para la prestación del servicio. Por esa razón, los ofrecimientos que sirvieron para seleccionar una oferta es un proceso de selección, no pueden ser modificados, buscando con ello evitar actuaciones

ilícitas o defraudadoras que puedan significar un perjuicio para los proponentes que hayan participado en un proceso competitivo de selección.

La segunda limitación a tener en cuenta para la modificación del contrato estatal, es el límite temporal, el cual hace referencia a la imposibilidad de modificar contratos por fuera de su plazo de ejecución.

Una tercera limitación hace referencia al límite o criterio formal, el cual, parte de la noción de que los contratos estatales son solemnes, y, por ende, se exige que los mismos se consagren de manera escrita, aspecto que se transmite al documento modificatorio, de allí que no pueda hablarse de “contratos realidad” cuando no existan estipulaciones escritas en la actividad contractual del Estado.

Un cuarto límite, dentro del cual se discriminan varios criterios a tener en cuenta, es el límite material, en donde se advierte la prohibición de adicionar los contratos en más del 50% de su valor inicial, la prohibición de fraccionar objetos contractuales y la prohibición de modificar elementos sustanciales del contrato estatal.

No obstante, respecto de esta última prohibición, el H. Consejo de Estado estableció como excepciones algunos casos en particular tales como: i) cuando la modificación recaiga sobre una situación imprevisible para las partes o, que, siendo previsible, sus consecuencias escapen a la prevención de las partes, ii) cuando la modificación obedezca a elementos técnicos intrínsecos e inseparables a la necesidad contratada y iii) cuando la necesidad del servicio público lo justifique.

Finalmente, pero no como una limitación, sino como un parámetro a tener en cuenta al momento de realizar la modificación al contrato estatal, es el hecho de que la administración pública debe motivar y justificar los cambios que desea incorporar por vía de modificación, para lo cual, debe acudir a los criterios de necesidad y demás elementos que se encuentran circunscritos al derecho público.

1.3. Régimen de contratación del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Perez” – ICETEX y regulación contractual.

Continuando con la delimitación del marco normativo y jurisprudencial de la modificación del contrato estatal, es imperativo en esta oportunidad, atendiendo al análisis del caso en concreto, remitirse a las disposiciones especiales contenidas en el Manual de Contratación del ICETEX y en las cláusulas que rigen la relación jurídica con el contratista INFOTIC S.A., esto, con el fin de que los parámetros allí establecidos se sumen a las limitaciones dispuestas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

El Manual de Contratación del ICETEX, adoptado mediante Acuerdo de la Junta Directiva No. 028 del 29 de junio de 2021, hace alusión a la modificación de los contratos en los siguientes términos:

“Las modificaciones u otros íes reposarán en documento celebrado por las partes, donde conste cualquier cambio efectuado al contenido del contrato, manteniendo sus elementos esenciales. Estas modificaciones serán numeradas en forma consecutiva y deberán estar sustentados en los informes o estudios que evidencien su necesidad y la proporcionalidad de su contenido en atención a las circunstancias que les sirven de causa”.

Como se denota en el citado manual de contratación, el ICETEX adoptó los parámetros jurisprudenciales para modificar el contrato estatal, requiriendo para ello la solemnidad del acto, la conservación de los elementos esenciales del contrato y la motivación de la necesidad, esta última siendo proporcional con las circunstancias de facto que le sirven de fundamento.

A lo descrito anteriormente se suma el conducto regular que se debe seguir internamente en la entidad para llevar a cabo la modificación del contrato, lo que se suma como parámetro o criterio para llevar a cabo la aplicación de la figura jurídica en estudio.

En lo que respecta al clausulado del contrato interadministrativo de prestación de servicios No. 2022-0792, se advierte en su cláusula vigésima segunda lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. - MODIFICACIONES AL CONTRATO:
Cualquier modificación al presente contrato deberá hacerse por escrito y dando cumplimiento a lo dispuesto en el Manual de Contratación”.

Puede verse que en el contrato interadministrativo No. 2022-0792 no se advierte una disposición distinta a la ya contenida en el manual de contratación, el cual, se advierte, recoge los criterios jurisprudenciales ya descritos en el acápite anterior.

2. Análisis del caso en concreto.

2.1. Contrato interadministrativo No. 2022-0792 suscrito entre ICETEX e INFOTIC S.A.

El 30 de diciembre de 2022⁸, entre ICETEX e INFOTIC S.A. se suscribió mediante la plataforma transaccional del SECOP II el contrato interadministrativo No. 2022-0792 cuyo objeto consiste en la prestación de servicios especializados en outsourcing para la conectividad, red de comunicaciones, centro de datos y servicios conexos con valor agregado para el icetex.

⁸ Fecha de aprobación del contrato.

De conformidad con la cláusula segunda del contrato interadministrativo No. 2022-0792, su plazo de ejecución es de 39 meses, de los cuales los primeros 3 meses se corresponden a un periodo de empalme no facturable.

El actual proveedor de los servicios especializados en outsourcing para la conectividad, red de comunicaciones, centro de datos y servicios conexos es la empresa INTERNEXA S.A.⁹, quien prestará estos servicios a ICETEX hasta el 31 de marzo de 2023.

El acta de inicio del contrato interadministrativo No. 2022-0792 suscrito con INFOTIC S.A tiene como fecha el 19 de enero de los corrientes, día desde el cual empezó el periodo de empalme, y cuya culminación debe ser el 31 de marzo de 2023 para dar inicio a la operación del servicio el 1 de abril del mismo año.

La naturaleza del servicio contratado con INFOTIC S.A. demanda especial atención pues del mismo dependen las operaciones tecnológicas de la entidad, tales como, pero sin limitarse a ellas, sus páginas web, las operaciones transaccionales con los beneficiarios y la operatividad del internet, este último insumo indispensable para el normal funcionamiento de la entidad.

No obstante, a la fecha, la supervisión del contrato interadministrativo No. 2022-0792 advierte que la etapa de empalme se encuentra en un estado crítico, conclusión que se desprende del nivel de avance respecto del tiempo restante para dar inicio a la operación.

De la situación descrita anteriormente se destaca una dificultad particular, la cual se refiere a los perfiles descritos en el anexo técnico del contrato interadministrativo No. 2022-0792, los cuales, si bien han estado cercanos a los requeridos por la entidad, no han cumplido a cabalidad con los criterios de formación que se discriminan de manera textual en el anexo técnico.

Lo anterior es de suma importancia en la medida de que no han podido iniciarse las actividades propias del empalme por cuanto no se tiene definido el equipo de trabajo que llevará a cabo los diferentes planes de trabajo establecidos para tal efecto.

La preocupación de esta situación en particular son las consecuencias que se desencadenarían para la entidad si las dificultades del contrato persisten, pues una ineficiente, inoportuna o tardía operación de empalme puede llevar a la entidad **a la inoperatividad de los servicios que ICETEX oferta al sector estudiantil**, esto es, **quedaría vedada de prestar los servicios que integra su objeto social, mientras no se dé solución a los servicios de conectividad.**

⁹ Contrato No. 20190432 de 2019.

Lo que se discute en el marco del contrato interadministrativo No. 2022-0792 tiene trascendencia nacional, pues no lograr una solución eficaz y oportuna en esta etapa, impactaría la continuidad de la prestación de un servicio público.

Por esa razón, lo que interesa en este concepto, es establecer la viabilidad de un mecanismo jurídico que le permita a la entidad superar las dificultades que a la fecha tienen en estado crítico la etapa de empalme, más aún cuando el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez -ICETEX, en su condición de entidad pública, debe garantizar la continua e ininterrumpida prestación de los servicios que brinda a la comunidad.

Y es que, una solución inmediata, se encuentra precisamente en la actividad contractual de la entidad, siendo esta la principal herramienta de la administración para satisfacer las necesidades colectivas y el interés general, pues es por esta vía que se garantiza la continua e ininterrumpida prestación de los servicios públicos a cargo de las entidades estatales. Ejemplo de lo anterior se concibe en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en donde el legislador incorporó al ordenamiento jurídico la facultad del *IUS VARIANDI* o modificación unilateral con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar con ello su inmediata, continua y adecuada prestación.

Esta facultad aplicable en los contratos reglados por el E.G.C.A.P., se encuentra íntimamente ligada con el principio de eficacia definido en el manual de contratación de ICETEX en los siguientes términos:

“Los intervinientes en la actividad contractual a que alude el presente instrumento removerán cualquier obstáculo puramente formal, en procura del logro de los objetivos que se pretenden cumplir con la gestión del respectivo contrato”.

Tales disposiciones responden de manera armónica a los fines esenciales del estado, contenidos específicamente en el artículo segundo de la Constitución Política, dentro de los cuales se destaca el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, aspectos que se materializan mediante los servicios y funciones de cada una de las entidades públicas, dentro de las cuales se concibe la naturaleza jurídica de ICETEX.

De conformidad con las consideraciones que anteceden, y teniendo muy próxima la fecha de operación del servicio de conectividad, es deber a cargo de la entidad remover los obstáculos y poner en primacía la continuidad de la prestación de los servicios a su cargo, esto, desde el ámbito legal y reglamentario que rige, en este caso, la modificación del contrato estatal como fórmula idónea y

oportuna para superar las dificultades que hoy amenazan la continuidad de los servicios de operatividad del ICETEX.

2.2. Solución propuesta.

En las mesas de trabajo coordinadas entre el ICETEX e INFOTIC S.A., se ha dejado en entrevisto la dificultad de presentar perfiles del equipo de trabajo, que atienda con las particularidades de la descripción de los profesionales en el anexo técnico.

No obstante, si bien es cierto que los perfiles establecidos desde la dirección de tecnología responden a un ejercicio cuidadoso y detallado de los profesionales que van a garantizar el éxito del proyecto, también es cierto que los mismos **no son excluyentes**, es decir, otro perfil, con experiencia robusta y formación relacionada con el rol a ejecutar, también podría garantizar la consecución satisfactoria del objeto contractual, análisis que en nada afecta el valor del contrato ni las especificaciones o alcances del servicio a ejecutar.

Tal afirmación responde al hecho de que, la finalidad de establecer un equipo mínimo de trabajo, es identificar el perfil de los profesionales **que tengan la idoneidad para ejecutar el servicio contratado**. Bajo esa concepción, la entidad **debe seguir exigiendo del contratista la disponibilidad de un equipo mínimo de trabajo idóneo**, entendiendo que un perfil idóneo es aquel que tiene la suficiente experiencia para desempeñar el rol asignado, sin soslayar la imperativa necesidad de que su formación académica le permita desarrollar las actividades requeridas en el territorio en donde se otorgó o convalidó el título de formación.

Así pues, la idoneidad de los profesionales se circunscribe a dos aspectos puntales: experiencia y formación. En este punto debe destacarse el hecho de que existen casos en donde la experiencia específica de los profesionales les dota de aptitudes y competencias que son materia de una formación de posgrado. Lo anterior es plenamente reconocido, por ejemplo, en la función pública, como lo es el caso del Decreto Ley 785 de 2005 en donde se advierte lo siguiente:

“ARTÍCULO 25. Equivalencias entre estudios y experiencia. Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:

25.1 Para los empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional:

25.1.1 El título de posgrado en la modalidad de especialización por:

25.1.1.1 Dos (2) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o

25.1.1.2 Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o

25.1.1.3 Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional". (...)

Igual aspecto puede apreciarse en el artículo 2.2.2.5.1 del Decreto Nacional 1083 de 2015, normatividad que se trae a colación, no para que sobre está se justifique o fundamente una situación concreta del contrato interadministrativo, **si no para advertir que la idoneidad de un perfil no se restringe a la formación de postgrado, pues la experiencia permite adquirir habilidades y competencias que homologan la formación específica requerida.**

Con lo anterior quiere decirse que la idoneidad de un profesional para desempeñar un rol en específico, no se encuentra en todos los casos circunscrita, limitada o restringida a la acreditación de una certificación, más aún cuando la misma no versa sobre su formación en pregrado (pues esta última es la que le habilita a prestar sus servicios profesionales), ello, en el entendido de que la experiencia, definida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como la adquisición de conocimientos derivados de la participación y ejecución del profesional en actividades similares, también permite acreditar de manera suficiente la idoneidad de un perfil para el desempeño del rol requerido.

Lo descrito anteriormente es importante para el caso en concreto, pues la dificultad actual se circunscribe a la forma de acreditar la idoneidad de un perfil, de manera que, proponer la alternativa de homologar formación por experiencia, le permite a la entidad conservar la exigencia de idoneidad, variando únicamente la forma como se acreditará tal circunstancia.

2.3. Viabilidad de la modificación contractual.

Para aplicar la solución descrita anteriormente, es necesario acudir a la figura de la modificación contractual, conclusión que exige analizar si la modificación en discusión se encuentra dentro de los

límites jurisprudenciales y reglamentarios (manual de contratación) y si se cumplen los parámetros para su viabilidad jurídica.

Para tal efecto, una vez analizadas las situaciones de hecho y los lineamientos reglamentarios y jurisprudenciales aplicables a la materia, se tiene como viable la modificación del contrato interadministrativo No. 2022-0792 por cuanto:

- a) Se cumple con el criterio temporal en la medida de que la modificación se realizaría dentro del plazo de ejecución del contrato interadministrativo.
- b) No hay vulneración a los principios de transparencia, igualdad y libertad de concurrencia en la medida de que se trata de un contrato interadministrativo cuya modalidad de selección se correspondió con la de la contratación directa, en donde, por mandato normativo y del manual del ICETEX, no se requiere de pluralidad de oferentes. Lo anterior quiere decir que, la escogencia del contratista no obedeció a criterios de selección que le diferenciaran de otro oferente o que tuvieran el alcance de excluir otra oferta.
- c) Se destaca que el objeto de modificación no recae sobre los elementos de *relación costo beneficio* ofertados por INFOTIC S.A., mismos que fueron socializados con el comité de contratación.
- d) La modificación no afecta y/o vulnera y/o modifica aspectos económicos del contrato, por lo que no hay incumplimiento al límite material de adición del contrato ni existe perjuicio o detrimento al patrimonio de la entidad.
- e) La modificación se tramitaría por el conducto regular establecido por el Manual de Contratación de ICETEX, salvaguardando con esto el criterio formal de la modificación.
- f) No se modifican elementos esenciales del contrato, ni se fracciona ni se muta el objeto contractual.
- g) Finalmente, la modificación encuentra justificación en la **salvaguarda de un interés general**, pues por esta vía se busca evitar la paralización de los servicios especializados en outsourcing para la conectividad, red de comunicaciones, centro de datos y servicios conexos, servicios sin los cuales se ve seriamente amenazada la operatividad de ICETEX.
- h) Aunado a lo anterior, debe destacarse que, por vía de la modificación contractual propuesta, **se busca el cumplimiento de un deber constitucional de superior jerarquía a cualquier impedimento meramente formal**, pues la entidad se encuentra en el deber de mantener su



continua operación a efectos de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Suscribe,



Julián Vargas Brand
Asesor externo

Avenida Calle 19 No. 6-68 Of 604-1 Tel 7495885

Gerente@vargasbrandabogados.com

Comercial@vargasbrandabogados.com

www.vargasbrandabogados.com