Bogotá DC., 8 de abril de 2024

Señor Coronel
EDISON ROOSEVELT FLOREZ HERREÑO
Director Central Administrativa Contable Especializada de Aviación
Aeropuerto el Dorado entrada 6, Nueva zona de aviación vía CATAM
Bogotá, D.C

ASUNTO: ASUNTO: CONCEPTO JURÍDICO SOBRE LA VIABILIDAD DEL MODIFICATORIO No. 1 (ACLARATORIO No. 1) AL ACEPTACIÓN DE OFERTA No. 078-CENACAVIACIÓN-2024 CUYO OBJETO ES LA "ADQUISICION DE PRODUCTOS DE CAFETERÍA PARA LA DIVISIÓN DE AVIACIÓN ASALTO AÉREO Y SUS UNIDADES, PARA LA VIGENCIA 2024" CELEBRADO ENTRE EL MDN – EJÉRCITO NACIONAL – CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN Y LA EMPRESA CHICAMOCHA TURISMO EVENTOS Y SERVICIOS SAS, CON NIT: 900.557.865-1.

En atención a la solicitud del Director CENAC AVIACIÓN, me permito emitir concepto jurídico sobre el modificatorio aclaratorio a la **ACEPTACION DE OFERTA No. 078-CENACAVIACIÓN-2024**, de conformidad a las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Que la Administración requirió la **ADQUISICION DE PRODUCTOS DE CAFETERÍA PARA LA DIVISIÓN DE AVIACIÓN ASALTO AÉREO Y SUS UNIDADES, PARA LA VIGENCIA 2024** para lo cual se celebró aceptación de oferta **No.078-CENACAVIACIÓN-2024**, el cual se encuentra vigente y fue adjudicado a la empresa **CHICAMOCHA TURISMO EVENTOS Y SERVICIOS SAS, CON NIT: 900.557.865-1,** la cual fue suscrita el 26 de marzo de 2024, por la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE ($75.000.000,00) INCLUIDO IVA SEGÚN APLIQUE.**

2. Que la Administración realizó revisión de la plataforma Secop II, encontrando como error involuntario que el año de la fecha de la aceptación de oferta cargada en el numeral 5 Documentos del contrato, fue 2043, motivo por el cual se hace necesario hacer la respectiva modificación.

3. Que el asesor jurídico mediante el presente documento conceptúa la viabilidad de realizar el modificatorio en los siguientes términos:

   "(…) que es legalmente viable y potestativo del Ordenador del gasto, realizar el modificatorio a la aceptación de oferta No. **078-CENACAVIACIÓN-2024**, y proceder efectuar la respectiva aclaración."

   SOBRE LA MODIFICACIÓN A LA ACEPTACIÓN DE OFERTA:

   En mérito de lo anterior y en desarrollo de la solicitud de modificatorio, cabe señalar que una vez adelantada la verificación de la plataforma Secop II, la administración evidencio un error involuntario en el año de la fecha de la aceptación de oferta cargada en el numeral 5 Documentos del contrato, fue 2043, por lo que se hace necesario realizar el ajuste correspondiente mediante modificatorio, teniendo en cuenta lo siguiente:

   De acuerdo con lo estipulado en el en artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, en donde señala el deber de análisis de la entidad estatal; se procedido a considerar las posibles soluciones que se puedan tener en cuenta para garantizar la continuidad con la ejecución contractual, situación en donde se tuvo en cuenta la normatividad, encontrando que **por regla general los contratos estatales pueden ser modificados cuando**

sea necesario, con el objetivo principal de la realización de los fines del estado (1) para los cuales fue suscrito el contrato, así lo emana los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993, artículos que permiten a las entidades contratantes modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral con el fin de*"(…) Evitar la paralización o la afectación de los servicios públicos a su cargo y asegurarla inmediata, continua y adecuada prestación, entre otros (…)".*

Ahora bien, de acuerdo con el desarrollo normativo, los lineamientos del artículo 40 del Estatuto General de la contratación, sugieren o permiten la posibilidad de **adicionar, *reformar***, de común acuerdo, los contratos inicialmente suscrito, en cuanto a trabajos **(agregación o extra, supresión o disminución), al plazo (tiempo) y al precio (valor),** reformas que podrán hacerse mediante "contrato adicional" o mediante un "modificatorio" que será parte integrante del contrato principal, porque aquel no será un contrato autónomo sino accesorio, esto con el fin de:

> *"(…) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (…)" entre otros. Ahora bien, en el mismo sentido, en la **sentencia C 949 de 2021 (2)**, la corte constitucional señalo que la modificación de los contratos puede ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal (..)".*

En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un **acuerdo de voluntades** o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80 de 1993, la Sala, en Concepto del 13 de agosto de 2009, Exp. 1952 de consulta aseveró: **(3)**

> *"(…) Un comentario inicial del articulo 16 consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo y el acto unilateral si no se obtiene aquel, no existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo de manera que las partes puedan convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuese necesario. Cabe anotar que a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusividad óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones (…)"*

Ahora bien, como se indica en este concepto, el que la mutualidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica; por ello, la corte concuerda con la sala de Consulta y servicio civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada por la Ley, sustentada, probada y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal. La Sala de Consulta C.E. 00071 de 2017 Consejo de Estado **(4)** explicó:

> *(…) La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por eso utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General De Contratación de la Administración pública: Mantener las condiciones técnicas, económicas, financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad (artículo 4. 9), acordaran los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar…diferencias, evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (artículo 14) , sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar(…)",*
>
> *Sala de Consulta C.E. 00071 de 2017 Consejo de Estado*

Que en Sentencia C-300/12 de la Corte Constitucional respecto a las modificaciones a los contratos se manifestó lo siguiente: "(…)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, 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. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos – como especie de modificación - pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal (…)

Que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en su inciso 1 dispone: "(…) 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 (…)"

Que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su inciso 1 indica "(…) Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (…)".

Que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 estipula "De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se define a continuación…"

Que el artículo 40 de la ley 80 de 1993 indica "(…) Las entidades podrán celebrar los 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, siempre 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** (…)" (negrilla y subrayado fuera de texto)

Que un principio fundamental de las obligaciones es la autonomía de la voluntad que se desarrolla en el Código Civil Colombiano cuando en su artículo 1602, establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Que, en atención a esta autonomía, el CENAC AVIACIÒN tiene la facultad de modificar la aceptación de oferta en estudio, con la finalidad de cumplir en forma integral con el objeto por el cual se suscribió la **ACEPTACION DE OFERTA 078-CENACAVIACIÒN-2024.**

Que, respecto de la modificación de los contratos estatales, la jurisprudencia Nacional coincide en que se trata de una prerrogativa otorgada por la Ley a la Administración, como herramienta para garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo que en ciertas circunstancias pueda verse alterada por eventos contingentes que amenacen la paralización del contrato, o la afectación de tales servicios. A este respecto la H. Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

"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.

La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir**, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución,** y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.[15] En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso."[1] (…)"

Que la Administración en aras de dar continuidad al cumplimiento armónico del objeto contractual y una vez analizados y estudiados los anteriores argumentos, considera pertinente dar aval al modificatorio, teniendo en cuenta los deberes de la Institución en el sentido de realizar las gestiones necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual. Por lo que, este hecho garantiza el desarrollo y ejecución del contrato en las condiciones técnicas, económicas y financieras planteadas por la administración.

Que teniendo en cuenta que el presente modificatorio aclaratorio se da por un error en el documento de aceptación de oferta cargado en el numeral 5 Documentos del Contrato en la plataforma Secop II.

El presente contrato modificatorio aclaratorio, quedará perfeccionado cuando se firme por el CONTRATANTE, sin que sea necesario la suscripción por parte del CONTRATISTA.

Que se establece que quien suscribe el presente contrato se encuentra debidamente facultado para ello.

CONCEPTO

En primero instancia debemos recordar que el contrato estatal es el principal instrumento de ejecución de los recursos públicos, y propende por la consecución de los fines del Estado, en ese orden los gestores públicos deben priorizar las necesidades para efectos de suscribir los contratos o modificaciones a que haya lugar, y habida cuenta que este contrato es eminentemente público, este negocio jurídico constituye un típico ejercicio de la función pública y por tanto debe realizarse de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución y la ley. Es así como la contratación Estatal responde a una necesidad especifica de la administración, la cual debe ser satisfecha sin excepción alguna, ya que su deber legal es hacer prevalecer la finalidad del contrato y evitar la paralización y afectación grave del servicio que se requiere.

En atención a las consideraciones anteriores, esta asesoría conceptúa que es legalmente viable y potestativo del **Ordenador** del gasto, realizar el modificatorio a la aceptación de oferta No. **078-CENACAVIACIÓN-2024**, efectuar la respectiva aclaración del documento cargado en la plataforma Secop II.

De lo anterior y en virtud de la normatividad y jurisprudencia mencionada y en vista de que se cumple con los presupuestos para efectuar la modificación, se recomienda tramitar favorablemente la solicitud de modificación de la aceptación de oferta, con el fin de cumplir a cabalidad los fines del estado.

ORIGINAL FIRMADO
ABG. PIEDAD ROCIO ALARCON VASQUEZ
Asesora Jurídica CENAC de Aviación Ejército de Colombia

Corte Constitucional, Sentencia C-300/2012 del 25 de Abril de 2012, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.
Sentencia C-300/12 de la Corte Constitucional
Sentencia C 300 de 2012 (1)
Sentencia C 932 de 2007 (2)
Sala, en Concepto del 13 de agosto de 2009, Exp.: 1952 (3)
Sala de Consulta C.E. 00071 de 2017 Consejo de Estado (4)
Constitución Política de Colombia – 1991 (5)