CMS Rodríguez-Azuero

Señores
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC

Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- FunTIC

CMS Rodríguez-Azuero
Cra 11 #77a – 99
Edificio SEMANA Ofc. 301.
Bogotá

T +57 1 321 8910
C general@cms-ra.com

cms.law

1 de octubre, 2024

Ref. Memorando en relación con la aplicación de la Directiva Presidencial 06 de 2023 al Acuerdo Específico No. 5

Respetados señores:

En atención al trabajo que ha sido encomendado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (el "**MinTIC**") y el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (el "**Fondo Único TIC**") a CMS Rodríguez – Azuero (la "**Firma**"), en el marco del Contrato de Prestación de Servicios 591-2024, nos permitimos presentar este memorando (el "**Memorando**") en el que se exponen nuestras consideraciones respecto de la aplicación de la Directiva Presidencial No. 6 de 14 de noviembre de 2023 (la "**Directiva Presidencial**") al Acuerdo Específico No. 5.

El Memorando se presenta en el siguiente orden:

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO ESPECÍFICO NO. 5 2
2. LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL 4
3. LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN 4
4. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS Y LA INTERMEDIACIÓN 5
5. ALCANCE DE LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL 7
6. EL ACUERDO ESPECÍFICO NO. 5 7

El contenido de este documento es confidencial y puede tener privilegios legales. Si usted no es el destinatario previsto de este documento, cualquier divulgación, copia, distribución o uso de su contenido está estrictamente prohibido, y debe notificar al remitente de inmediato y luego eliminar el documento de su sistema (incluidos los anexos del documento y cualquier otra información asociada). Para más información sobre nuestras oficinas diríjase a cms.law.

Si tiene alguna inquietud, queja o solicitud sobre el Tratamiento de sus datos personales o por qué está recibiendo este documento, puede dirigirse a nosotros a través de cualquiera de los canales anunciados en nuestra Política de Tratamiento de Datos Personales disponible en el siguiente link: https://cms.law/es/COL/. En el pie de página darle clic a "Política de privacidad". Este botón lo remitirá a la página global de privacidad de CMS en inglés donde podrá desplazarse hacia abajo hasta encontrar a "Colombia" y podrá descargar la política en inglés y en español.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) es una Agrupación de Interés Económico Europeo (European Economic Interest Grouping) que coordina una organización de firmas de abogados independientes. CMS EEIG no proporciona servicios al cliente. Dichos servicios son proporcionados únicamente por las firmas miembro de CMS EEIG en sus respectivas jurisdicciones. CMS EEIG y cada una de sus firmas miembro son entidades separadas y legalmente distintas, y ninguna de estas entidades tiene autoridad para vincular a ninguna otra. CMS EEIG y cada firma miembro son responsables solo por sus propios actos u omisiones y no por los de los demás. El nombre de la marca "CMS" y el término "firma" se utilizan para referirse a algunas o todas las firmas miembro o sus oficinas.

Ubicaciones de CMS: Aberdeen, Abu Dabi, Amberes, Ámsterdam, Barcelona, Belgrado, Bergen, Berlín, Bogotá, Bratislava, Brisbane, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Ciudad de México, Colonia, Cúcuta, Dubái, Düsseldorf, Edimburgo, Estambul, Estrasburgo, Fráncfort, Funchal, Génova, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Johannesburgo, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Lituana, Liverpool, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Mánchester, Maputo, Mascate, Milán, Mombasa, Mónaco, Múnich, Nairobi, Oslo, París, Pekín, Podgorica, Poznán, Praga, Reading, Rio de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghái, Sheffield, Singapur, Skopie, Sofía, Stavanger, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Varsovia, Viena, Zagreb y Zúrich.

7. CONCLUSIONES 10

***

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO ESPECÍFICO NO. 5

1.1 Convenios y contratos interadministrativos

La diferenciación entre convenio interadministrativo y contrato interadministrativo no es de naturaleza legal. Su diferenciación ha sido desarrollada por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo a partir de una concepción finalista del negocio jurídico. En efecto, así lo explica la Sección Tercera del Consejo de Estado en reciente sentencia de 31 de marzo de 2023[1], en la que subraya la finalidad del acuerdo como el criterio diferenciador entre el contrato y el convenio interadministrativo.

> *"En sendos pronunciamientos, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, así como parte de la doctrina, se ha pronunciado sobre el trato disímil que se le ha otorgado a la figura del convenio interadministrativo, para diferenciarlo, en unos casos, o asimilarlo, en otros, al contrato. Tal distinción no deviene de una mera comprensión lingüística, sino que trasciende la noción, finalidades y elementos de la concepción clásica del contrato –negocio jurídico, de contenido patrimonial, característicamente oneroso, donde existe una prestación y una contraprestación en función del interés de cada una de las partes, y que se expresa a través de la estipulación de obligaciones reciprocas que se miran como equivalentes según las previsiones iniciales acordadas al momento de proponer o contratar–, para situarse en un escenario no equiparable con la noción de contrato, cuya función jurídico negocial versa y se fundamenta en la "armonía plena en el cumplimiento de finalidades comunes" asociadas al ejercicio de funciones administrativas.*
>
> *(…)*
>
> *Por lo anterior es posible señalar que la nota distintiva de los convenios interadministrativos "puros o genuinos" está dada por la ausencia de un interés meramente económico o ganancial, pues las partes se relacionan en un ámbito de igualdad o equivalencia; entre tanto, los contratos interadministrativos se caracterizan porque su objeto lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y por lo mismo son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra que se desarrolla en un ámbito de preeminencia de la entidad estatal contratante, en función de la necesidad que se pretende satisfacer".*

Como puede advertirse, el Consejo de Estado contempla dos situaciones disímiles para efectuar su distinción: De una parte, las relaciones bilaterales y conmutativas, en las cuales un bien o servicio es entregado a cambio de una retribución y, de otra parte, las relaciones bilaterales carentes de prestaciones recíprocas, en las que ambas partes desarrollan una gestión que les es propia de cara a un objetivo común y cuya ejecución no es efectuada con carácter

[1] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 31 de marzo de 2023, radicación 76001233100020060328401 (58.623), consejero ponente: José Roberto Sáchica.

oneroso. Las primeras, son caracterizadas como contratos mientras que las segundas son denominadas como convenios.

Si bien esta diferenciación resulta clara para categorizar una cantidad relevante de relaciones jurídicas de naturaleza interadministrativa, algunas podrían quedar fuera de esta clasificación. Tal es el caso de aquellos acuerdos que, pese a no estar basados enteramente en el ánimo de lucro y no incorporar prestaciones recíprocas, contienen elementos de utilidad económica. Tales negocios jurídicos son comunes en el tránsito jurídico de los particulares -los contratos de colaboración empresarial son un ejemplo de ello, en tanto carecen de remuneración entre las partes, pero contienen ánimo de lucro- y, por lo tanto, posibles entre entidades públicas que, al igual que los particulares se someten a la autonomía de la voluntad.

En estos casos, siguiendo el criterio finalista, consideramos que tales negocios jurídicos deben ser considerados como contratos y no como convenios, en tanto su suscripción no se basa enteramente en el cumplimiento de una finalidad administrativa, sino que incorporan un ánimo de lucro. Así, la presencia del ánimo de lucro es, en nuestro concepto, el elemento determinante para que una relación jurídica interadministrativa sea considerada como contrato y no como convenio, tal como lo señalara el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

> *"Así, es viable distinguir entre "convenios interadministrativos" (denominación dada por las partes) de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico* ***(es decir, destinados a obtener una ganancia)****,* ***al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad****, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común."*[2] *(subrayado al trascribir)*

En conclusión, el criterio diferenciador entre convenios interadministrativos y contratos interadministrativos es el ánimo de lucro. Mientras que los convenios interadministrativos tienen como finalidad complementar y articular funciones de cada entidad para mejorar la eficiencia en la gestión pública, los contratos interadministrativos no tienen como único propósito el cumplimiento de una finalidad administrativa, pues incorporan además un ánimo de lucro, en palabras de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el ánimo de obtener una ganancia.

1.2 La naturaleza del Acuerdo Específico No. 5

La naturaleza del Acuerdo Específico No. 5 estaría determinada por la presencia de un ánimo de lucro por parte de Internexa, pese a la existencia de un fin común -señalado en el Convenio Interadministrativo Marco- el cual hace parte de la política pública nacional.

En efecto, en el Acuerdo Específico No. 5 Internexa asume -de manera general- las siguientes obligaciones: (i) pone a disposición del proyecto -y por lo tanto de las Juntas de Internet

[2] CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 2257, Concepto de 26 de julio de 2016, consejero ponente: Álvaro Namén Vargas

seleccionadas- la capacidad y el acceso a Internet en cada una de las ubicaciones; (ii) desarrolla los estudios y diseños de factibilidad necesarios para identificar y verificar las tecnologías a utilizar para conectar cada una de las Juntas de Internet seleccionadas, (iii) provee e instala los equipos del nodo requeridos para la conexión a la red troncal y (iv) realiza el acompañamiento, la administración y la gestión del proyecto.

Internexa actúa a la vez como entidad pública comprometida con el fin último contenido en el Acuerdo Marco y como Empresa de Servicios Públicos Mixta que por definición tiene ánimo de lucro y debe actuar con tal propósito a favor de sus accionistas. En ese contexto, Internexa recibe un tipo de compensación por la provisión de capacidad de red troncal, calculada considerando un margen de utilidad para esta empresa, lo cual se desprende de la naturaleza misma de la entidad pública que desarrolla actividades de telecomunicaciones.

Así, la existencia de un ánimo de lucro, no exclusivo, sino sumado a la cooperación interinstitucional encaminada a la conectividad de las Juntas de Internet, define al Acuerdo 5 como un Contrato Interadministrativo.

2. LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL

El 14 de noviembre de 2023 el gobierno nacional expidió la Directiva Presidencial, la cual establece que:

> *"A partir de la fecha, los ministerios, sus entidades adscritas y vinculadas con capacidad jurídica para contratar deberán ejecutar directamente sus recursos y evitarán acudir a otras entidades para que actúen como intermediarios en la ejecución de sus políticas y recursos públicos. En todo caso, se respetarán los contratos que a la fecha de la presente directiva se encuentran vigentes*"

A manera de justificación de la directriz dada por la Presidencia de la República se señala que:

> *"Estas entidades, como ejecutoras del Presupuesto General de la Nación cuentan con la competencia, experiencia e idoneidad para ejecutar dichas políticas públicas, pudiendo directamente adelantar los procesos de contratación de forma eficiente y eficaz, comoquiera que son ellas las que conocen las características y condiciones de su sector, con lo que se cumple de mejor manera los postulados dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política."*

3. LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

Los contratos de intermediación no tienen una regulación específica en el ordenamiento colombiano ni han sido definidos en ninguna regulación vigente. Estos contratos han sido típicamente utilizados en relaciones comerciales privadas y, en la práctica, han recogido varias modalidades contractuales que tienen como elemento fundamental la actividad de intermediación, tales como el contrato de mandato, el corretaje y la agencia comercial.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la función de intermediación busca poner en contacto a un oferente de bienes o servicios con potenciales adquirentes de dichas prestaciones. Esta actividad no es exclusiva de un contrato específico, ya que está presente en múltiples negocios jurídicos como los mencionados anteriormente, los cuales mantienen algunas diferencias relacionadas con los objetos que cada uno persigue[3].

Un sector de la doctrina también los denomina como "contratos de conocimiento", debido a que las actividades que los intermediarios realizan en virtud de estos no requieren un aporte en dinero, sino el profesionalismo, el conocimiento y la experiencia de la persona a la que se encargan tales actividades. Sobre esto se ha señalado:

> *"Así mismo esta denominación "contratos de conocimiento se deduce de la misma figura del mandato mercantil o en una de sus modalidades: agencia comercial, preposición, corretaje, comisión.*
>
> *Si leemos con detenimiento estas figuras, se deduce el profesionalismo que debe revertir la persona que a ello se dedica. Así tenemos: en la comisión: la primera característica es el profesionalismo del comisionista en el ejercicio de su actividad. En el corretaje, el corredor interviene con sus conocimientos en las actividades relacionadas con bienes y servicios.*
>
> *En la preposición, solo quien tenga el conocimiento en esa actividad podrá darle el impulso para que se expanda y sea rentable. En la agencia comercial se exige que solo un profesional puede asumir el encargo de promover y explicar negocios de otro."* [4]

Tomando los elementos comunes de las diferentes modalidades de los contratos de intermediación, en general, podría concluirse que los contratos de intermediación son aquellos en los que una persona, denominada intermediario, se obliga a actuar en representación y/o gestionar negocios y/o celebrar contratos y/o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta y riesgo de su contratante frente a terceros, con implicaciones económicas y jurídicas para el contratante.

4. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS Y LA INTERMEDIACIÓN

A propósito de la referencia contenida en la Directiva Presidencial respecto de los contratos interadministrativos, es de considerar que el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 introdujo el contrato interadministrativo como causal de contratación directa en los siguientes términos:

> *4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (…)*

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, sentencia del 25 de septiembre de 2023, radicación número: 11001-31-03-003-2016-00637-01, magistrada ponente Martha Patricia Guzmán Álvarez.

[4] Peña Nossa, Lisandro, (2017) "Contratos empresariales. Nacionales e internacionales" Edición Sexta. Ecoe Ediciones S.A.S.

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Como puede observarse, el requisito central previsto para que los contratos interadministrativos resulten procedentes es que tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, de tal manera que se eviten situaciones en las que el contrato interadministrativo se convierta en un mecanismo para evitar los procesos de selección previstos en la Ley 80 de 1993 y en especial la Licitación Pública.

Entre estos casos, se destaca el análisis efectuado por el Consejo de Estado en el caso de Satena[5], en el cual llegó a la conclusión que la entidad había servido como intermediario para la compra de tiquetes por parte de entidades públicas haciendo uso inadecuado del contrato interadministrativo. En este caso, indicó el Consejo de Estado que la actividad de intermediación en la compra de tiquetes aéreos era ajena al objeto de Satena, pues este indica que es una empresa de transporte y no una agencia de viajes. Así, señaló que no estaba autorizada para vender tiquetes aéreos a entidades públicas que a su vez tenía que comprar a las agencias de viajes (habiendo seleccionado una en particular).

En esa misma línea, indicó la corporación que las Áreas Metropolitanas[6] no pueden actuar en la intermediación de la venta de bienes o la adquisición de servicios financieros para los municipios que las integran, pues tal actividad escaba de su objeto y funciones. Nuevamente, en este caso se destaca que el acto de adquirir un bien y servicio para ofrecerlo a una entidad pública mediante un contrato interadministrativo está restringido por el propio objeto de la entidad.

Ahora bien, existen cierto tipo de contratos de intermediación que en efecto corresponden con el objeto de ciertas entidades públicas que ofrecen estos servicios a otras entidades de la misma naturaleza. Tal es el caso de los contratos de gestión de proyectos o la administración delegada desarrollados por entidades como EnTerritorio[7]. Estos contratos tienen por objeto centralizar en una única entidad la contratación de diversos elementos que conforman un proyecto, la cual ofrece a las entidades públicas sus servicios en la gestión y coordinación de los contratistas para el beneficio del proyecto.

Caso similar es el de Findeter para la cual se estableció en el literal h del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, en desarrollo de su objeto puede prestar servicios de asistencia técnica, estructuración, consultoría técnica y financiera y, por lo tanto, en ejercicio de estas facultades, puede celebrar contratos y convenios para el diseño, ejecución y administración de proyectos o programas para terceros, siempre que estén relacionados con las actividades señaladas en el numeral 2 del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

[5] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 18 de septiembre de 2023, radicación número: 2500-023-24-000-2011-00136-01, consejera ponente: María Adriana Marín.

[6] CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de marzo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00003-00(1982), consejero ponente: Luis Fernando Álvarez

[7] https://www.enterritorio.gov.co/web/index.php/portafolio

En este punto, es de resaltar que una característica esencial de los contratos de intermediación es que **la responsabilidad de quien actúa como intermediario es no asumir responsabilidad sobre el resultado del bien o servicio proveniente de un tercero**, pues sus labores no corresponden a la ejecución del trabajo final, **sino a la contratación y coordinación**. Así, el intermediario de seguros no asume la responsabilidad propia del asegurador, ni el corredor de bienes raíces responde por la existencia y condiciones del bien vendido en las mismas condiciones del propietario. Tampoco el gerente de proyectos responde por el proyecto mismo sino por la coordinación de sus componentes.

De acuerdo con lo anterior, en aquellos casos en los que las entidades públicas contratan servicios de intermediación para el desarrollo de proyectos, no asumen responsabilidad sobre el contenido mismo del proyecto pues no es ese su objeto ni tienen la capacidad de hacerlo. Su labor se limita a la contratación y coordinación de expertos en la materia.

5. ALCANCE DE LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL

Teniendo en cuenta lo anterior, la referencia efectuada por la Directiva Presidencial debe entenderse en dos sentidos diferentes: De una parte, ha de interpretarse como una reiteración en cuanto a la imposibilidad de celebrar contratos interadministrativos que no se encuentran directamente relacionados con el objeto del ejecutor, pues ello constituye una actividad encaminada a generar un esquema de subcontratación que evita los procedimientos de selección previstos en la Ley 80 de 1993. Por otra parte, constituiría un requerimiento a las entidades públicas para que, durante la vigencia de la Directiva Presidencial, no suscriban contratos interadministrativos de intermediación aun en el evento en que dichos contratos se encuentren contemplados en el objeto, pues como señala la Directiva Presidencial, la Presidencia de la República considera que las entidades ejecutoras del Presupuesto General de la Nación cuentan con la competencia experiencia e idoneidad para ejecutar directamente políticas públicas y adelantar directamente procesos de contratación a su cargo.

6. EL ACUERDO ESPECÍFICO NO. 5

En primer lugar es importante anotar que el Acuerdo Específico No. 5 es un acuerdo derivado del Convenio Interadministrativo Marco de Cooperación No. 790 de 2023, suscrito entre Internexa S.A y el Fondo Único de TIC, cuyo objeto es el de

> *"Establecer las condiciones generales con base en las cuales LAS PARTES aunarán esfuerzos y recursos técnicos, jurídicos, físicos, administrativos y financieros para formular, estructurar, ejecutar, diseñar, implementar, articular y operar proyectos de iniciativa del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a nivel nacional, que brinden soluciones de infraestructura y de servicios de telecomunicaciones, que mejoren la conectividad digital del país, la prestación de servicios de conectividad, el acceso y la apropiación de Internet, mediante la coordinación de acciones que logren materializar proyectos en las distintas regiones,*

departamentos y municipios del país, a través de acuerdos específicos que definan de manera concertada LAS PARTES"

En ejecución del Convenio Interadministrativo Marco de Cooperación No. 790 de 2023, el Fondo Único de TIC e Internexa han celebrado, a la fecha, cuatro (4) Acuerdos Específicos, de los cuales dos de estos, el Acuerdo Específico No. 2 y el Acuerdo Específico No. 4 guardan ciertas similitudes con el Acuerdo Específico No. 5, entre las que se encuentran que (i) su naturaleza es la de un contrato interadministrativo y (ii) ambas partes aúnan esfuerzos y recursos técnicos, jurídicos y administrativos para la implementación de soluciones de infraestructura y servicios de telecomunicaciones. Ninguno de los acuerdos específicos celebrados a la fecha es o ha sido catalogado como un esquema de intermediación.

Siguiendo el esquema implementado, el Acuerdo Específico No. 5 no corresponde a un esquema de intermediación sino a un contrato interadministrativo en el que tanto Internexa S.A como el Fondo Único de TIC aunarán esfuerzos para el desarrollo de soluciones de infraestructura y servicios de telecomunicaciones que permitan la conectividad de las Juntas de Internet seleccionadas con el fin de que estas presten el servicio de internet a sus Asociados. En efecto, señala la propuesta de objeto del Acuerdo Específico No. 5:

"En desarrollo del Convenio Interadministrativo Marco de Cooperación No. 790 de 2023, constituye el objeto de este Acuerdo Específico No. 5 aunar esfuerzos y recursos técnicos, jurídicos, físicos, administrativos y financieros entre el FONDO ÚNICO DE TIC e INTERNEXA S.A. para la financiación y desarrollo del proyecto para la implementación, articulación, operación y mantenimiento de soluciones de infraestructura y servicios de telecomunicaciones sostenibles en el largo plazo que permitan la conectividad de las Juntas de Internet que sean seleccionadas para ser atendidas a través de este Acuerdo Específico , con el objeto de que estas presten el servicio de internet a sus Asociados, para mejorar la conectividad digital, la prestación de los servicios de conectividad y el acceso universal".

Específicamente, de acuerdo con la Cláusula 2 del Acuerdo Específico No. 5 una de las obligaciones de Internexa S.A. será la de "Aportar esfuerzos técnicos, administrativos y jurídicos para la implementación, articulación, operación y mantenimiento de la solución descrita en el objeto del Acuerdo Específico No. 5". En desarrollo de esta obligación, Internexa S.A. deberá:

"• Contar con la disponibilidad de la capacidad de Red Troncal, por medio de redes propias o de terceros, y dar el acceso a Internet a nivel mayorista a las Juntas de Internet que se encuentran las Ubicaciones que sean seleccionadas para ser atendidas a través de este Acuerdo Específico, con las condiciones técnicas establecidas en el Anexo 2, y al valor previsto en la CLÁUSULA 15 "Valor de la Compensación de Capacidad.

• Realizar los diseños y estudios de factibilidad necesarios para identificar y verificar las tecnologías a utilizar para conectar cada una de las Juntas de Internet que sean seleccionadas para ser atendidas a través de este Acuerdo Específico la solución de

redes de acceso mediante la cual se realizará la conexión al usuario final, a partir de la caracterización inicialmente realizada por el FONDO ÚNICO DE TIC.

• Realizar la provisión e instalación de los Equipos del Nodo requeridos para la conexión a la Red Troncal de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Fomento y Anexo 2

• Realizar el acompañamiento, la administración y gestión del proyecto, dentro de lo cual se incluye, pero sin limitarse, al acompañamiento en la elaboración de los pliegos para la selección de los Proveedores de Bienes y Servicios con los cuales el Patrimonio Autónomo contratará el suministro de bienes y servicios que les serán trasladados a las Juntas de Internet para la instalación, operación y mantenimiento de las redes de acceso. Adicionalmente, implementará mecanismos que permitan identificar el cumplimiento de las obligaciones de dichos Proveedores de Bienes y Servicios especialmente aquellas actividades asociadas a la formación de las Juntas de Internet para que estas puedan adquirir el conocimiento para realizar de manera autónoma las labores de operación y mantenimiento de las redes de acceso".

Como puede observarse, Internexa S.A tendrá, entre otras, la obligación de proveer la capacidad de red troncal y acceso a internet a las Juntas de Internet seleccionadas, a través de redes propias o de terceros; proveer e instalar los equipos del nodo requeridos para la conexión a la red troncal; y realizar los estudios y diseños de factibilidad necesarios para identificar y verificar las tecnologías a utilizar para conectar cada una de las Juntas de Internet seleccionadas, al ser esta una empresa de telecomunicaciones prestadora de estos servicios y experta en esta materia.

Entonces, como puede advertirse, para la ejecución de estas obligaciones no se busca mediante el Acuerdo Específico No. 5 que Internexa S.A subcontrate a terceros para que ejecuten las obligaciones a su cargo, sino que sea esta compañía la que ejecute y asuma responsabilidad sobre estas, lo cual resulta ajeno y extraño a los contratos de intermediación.

De hecho, si bien puede que Internexa subcontrate alguna de las actividades requeridas para el desarrollo de sus obligaciones, ello resulta irrelevante para al Fondo Único de TIC, pues es Internexa quien asume de manera directa la responsabilidad por el resultado de esos componentes, situación que, como fue anotado en la Sección 4 anterior, no sucede en los contratos de intermediación.

Ahora, en relación con las obligaciones a cargo de Internexa S.A relacionadas con el proceso de selección y el seguimiento a los Proveedores de Bienes y Servicios con los cuales el Patrimonio Autónomo contratará el suministro de bienes y servicios que les serán trasladados a las Juntas de Internet para la instalación, operación y mantenimiento de las redes de acceso, tampoco podrían considerarse como actividades de intermediación, puesto que Internexa no contrataría a los Proveedores de Bienes y Servicios como un encargo de un tercero (en este caso el Fondo Único de TIC) sino que contrata a dichos proveedores en beneficios de la Juntas de Internet (que son el destinatario final de este proyecto) a quienes provee además de asistencia técnica para que puedan operar y mantener esos equipos que serán instalados en su ubicación, incluyendo el domicilio de sus asociados.

En adición a lo anteriormente señalado, ha de considerarse que Internexa S.A aportará a título gratuito, el conocimiento derivado de los diseños y estudios técnicos y de factibilidad que serán realizados y el monitoreo y la evaluación de los planes de formación que los Proveedores de Bienes y Servicios deberán impartir a las Juntas de Internet, y los esfuerzos técnicos, administrativos y jurídicos para la implementación, articulación, operación y mantenimiento de la solución descrita en el objeto del Acuerdo Específico No. 5. De acuerdo el esquema definido para el Acuerdo Específico No. 5 Internexa S.A únicamente recibirá una compensación como consecuencia de ofrecer a las Juntas de Internet la provisión de capacidad de Red Troncal y acceso a Internet las Juntas de Internet que sean seleccionadas para ser atendidas a través de este Acuerdo Específico.

Finalmente, en relación con la administración de los recursos del Acuerdo Específico No. 5 al Patrimonio Autónomo es de advertir que este fue el mecanismo previsto para tal fin desde el Convenio Marco de Cooperación, en el que se estableció la obligación a cargo de Internexa S.A de:

> *"Celebrar contrato(s) de fiducia mercantil, siguiendo los lineamientos definidos por el FONDO UNICO DE TIC y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para el desarrollo de los proyectos específicos, en cuyo esquema se incluya la constitución de patrimonio(s) autónomo(s) que permitan, entre otros, recaudar y, en general, administrar los recursos que vayan a ser aportados por el FONDO ÚNICO DE TIC y todos aquellos recursos que hayan sido gestionados bajo el principio de concurrencia de fuentes, para atender los costos y gastos de cada uno de los proyectos específicos a los que se refiere el objeto del presente CONVENIO".*

Se prevé que los desembolsos a realizar por el Fondo Único de TIC al Patrimonio Autónomo serán ejecutados considerando las necesidades de liquidez del proyecto, sin perjuicio de que las utilizaciones y pagos a terceros tengan un procedimiento posterior al desembolso de recursos al patrimonio autónomo.

7. CONCLUSIONES

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que el Acuerdo Específico 5:

(a) Corresponde a un contrato interadministrativo, en el que ambas partes aunarán esfuerzos y realizarán aportes para el desarrollo de un fin común;

(b) En desarrollo del objeto del Acuerdo Específico No. 5 Internexa S.A asume directamente obligaciones tales como la provisión de capacidad de red troncal y acceso a internet a las juntas de internet; proveer e instalar los equipos del nodo requeridos para la conexión a la red troncal; y realizar los estudios y diseños de factibilidad necesarios para identificar y verificar las tecnologías a utilizar para conectar cada una de las Juntas de Internet, entre otras, frente a las cuales Internexa asume plena responsabilidad frente a la ejecución de las actividades a su cargo;

(c) La administración de los recursos del Acuerdo Específico No. 5 a través del Patrimonio Autónomo responde a lo previsto en el Convenio Marco de Cooperación. Se prevé que los desembolsos que serán realizados por el Fondo Único de TIC al Patrimonio Autónomo son realizados previa verificación de necesidades de liquidez, sin perjuicio de que las utilizaciones tengan un procedimiento posterior al desembolso.

En conclusión, el Acuerdo Específico 5 no es un contrato de intermediación y por lo tanto no le resulta aplicable la directriz dada por la Presidencia de la República mediante la Directiva Presidencial.

Atentamente,

Carlos Andrés Sánchez
Socio
CMS Rodríguez-Azuero