

Bogotá D.C., 25 de febrero de 2025

CD-INTV-DIRINFRA-2025-6664

Señores

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Atn. Margarita Hernández Cortés

Supervisora del Contrato de Aporte 1042 de 2020

Ciudad

Asunto: Concepto a "*Remisorio de solicitud proyecto OTROSI No.3 proyecto centros digitales Contrato de Aporte 1042 de 2020*"

Referencia: Correo electrónico 21 de febrero de 2025.

Cordial saludo,

En cumplimiento de nuestra labor de seguimiento en el marco de la ejecución del Contrato de Interventoría No. 741-2023, suscrito entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Consorcio Interventoría Centros Digitales 01-23, y de conformidad con lo establecido en el literal r) del numeral 2.5 Obligaciones Jurídicas del anexo técnico, que establece la emisión de "(...) *concepto técnico, jurídico, administrativo y financiero, en materia de modificaciones y cambios, adiciones y prórrogas a los contratos de aporte objeto de Interventoría. (...)*", presentamos el análisis y el concepto de Interventoría, respecto de la solicitud de Otrosí No. 3 del Contrato de Aporte 1042 de 2020 así:

• **ANÁLISIS TÉCNICO**

El eje central de las modificaciones técnicas propuestas se orienta al incremento de la velocidad de conexión de los Centros Digitales (CD), con el ánimo de lograr prontamente la atención a la Resolución 5161 de 2017 de la CRC que establece velocidades de conexión de banda ancha, valores superiores a los 25 Mbps de bajada y 5 Mbps de subida. Actualmente, estas condiciones se encuentran por debajo de estos parámetros; Asimismo, se reconoce la importancia de mejorar la percepción del servicio por parte del usuario, que, si bien es una valoración subjetiva, por medio de algunas estrategias propuestas por el Operador y la Entidad pueden mejorar la favorabilidad frente a los beneficios del proyecto.

Velocidades de Internet y Calidad del Servicio

La propuesta de COMCEL S.A. incluye un aumento de velocidad en dos fases. La primera fase incrementa la velocidad beneficiando a 3.262 CD ajustando los rangos de matrícula, incluyendo los 894 Centros Digitales que presentó la Interventoría en su informe especial, para efectuar una modificación en la velocidad que se viene ofertando. La segunda fase prevé que, para el año 2026, el 100% de los CD operen a una velocidad mínima de 25 Mbps o mayor.

El incremento en adelante del 12% anual considerado previamente en el contrato es conveniente frente a las demandas futuras de conectividad, si parte de una base adecuada y se entiende que con estos ajustes se busca mejorar esa condición y reducir la brecha en velocidad que los sitios rurales y con dificultades de acceso presentan frente al componente urbano.

En ese sentido, los temas de mayor relevancia acuden a:

1. NUMERAL 2.3.1. DEL ANEXO TÉCNICO

Frente a “Modificar parcial 2.3.1 SERVICIO A PRESTAR EN CADA CENTRO DIGITAL”

Se plantea que el servicio considera un punto de acceso inalámbrico WIFI interior y dos exteriores, al cual se le deberá filtrar el contenido y controlar el tráfico acorde con los criterios que se establecerán a través del comité operativo y que serán ajustados por ese mismo medio cuando se considere necesario.

Con el ánimo de garantizar una mejora en la percepción de calidad, se limita el número de usuarios simultáneos conectados al centro digital, de manera que cada usuario disponga de al menos 1 Mbps de descarga.

2. NUMERAL 2.3.2. DEL ANEXO TÉCNICO

2.3.2.1 VELOCIDAD EFECTIVA MÍNIMA DE TRANSMISIÓN DE DATOS

Se definen los valores de velocidad que se ajustan con el presente Otrosí, se mantienen otras condiciones como el reuso, la distribución porcentual de ancho de banda para las zonas interiores y exteriores, considerando que la revisión con la actualización del MEN garantizará que se mantenga la cantidad de Centros Digitales en cada uno de los rangos de velocidad, de acuerdo con la distribución realizada al 30 de enero de 202 y que a partir del 01 de enero de 2025, la velocidad de los Centros Digitales entrantes en los casos de traslados contarán con la misma velocidad del Centro Digital saliente.

La Entidad ha decidido focalizar este Otrosí en el cumplimiento de la velocidad acorde con los lineamientos de la CRC, por lo cual otro tipo de propuestas plantadas por la Interventoría en su informe no se materializan.

• ANÁLISIS FINANCIERO

A continuación, se relaciona el análisis realizado por la Interventoría frente a las modificaciones de carácter financiero en el Contrato de Aporte No. 1042 de 2020 y su Anexo técnico.

JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE APOORTE 1042 DE 2020.

“(…)

3.1.2 Modificar parcialmente la cláusula quinta Forma de Pago e imputación presupuestal:

(...)

- **FASE 1:**
PASAR DE UN 24% DE CD EN VELOCIDAD MINIMA DE 25 Mbps de descarga o superior (Contractual 2025) A 68% DE CD EN VELOCIDAD MINIMA DE 25 Mbps de descarga o superior:

	2024 Contractual		2025 Contractual		2025 Cambio de perfiles	
	Velocidad Mbps	Q CD	Velocidad Mbps	Q CD	Q CD	CD beneficiados
RANGO 1	15,05280	3.756	16,85914	3.756	1.531	-2.225 CD salen de este rango
RANGO 2	18,81600	1.916	21,07392	1.916	879	-1.037 CD salen de este rango
RANGO 3	22,57920	1.397	25,28870	1.397	3.879	2.482 CD entran a este rango
RANGO 4	26,34240	399	29,50349	399	1.179	780 CD entran a este rango
		7.468		7.468	7.468	3.262*

*El Contratista entregó en su propuesta de 3.262 CD incluyendo los 894 Centros Digitales que presentó la Interventoría como prioridad para efectuar una modificación en la velocidad que se viene ofertando, Centros Digitales que se pueden consultar en el Anexo 1 “Listado de Centros Digitales a incrementar” de la propuesta de Comcel.

- **FASE 2:**
PASAR DE UN 68% DE CD EN VELOCIDAD MINIMA DE 25 Mbps de descarga o superior (Cambio de perfiles en 2025) A 100% DE CD EN VELOCIDAD MINIMA DE 25 Mbps de descarga o superior:

	2025 - Cambio de perfiles		2026 - Aumento de velocidad	
	Velocidad Mbps	Q CD	Velocidad Mbps	Q CD
RANGO 1	16,85914	1.531	25,00000	3.756*
RANGO 2	21,07392	879	31,25000	1.916*
RANGO 3	25,28870	3.879	37,50000	1.397*
RANGO 4	29,50349	1.179	43,75125	399*
		7.468		7.468

*Se aclara que desde julio de 2024 hasta septiembre 2026 dado el Acuerdo Conciliatorio aprobado por la Procuraduría General de la Nación mediante

acta que lleva por radicado E-2023-560550 Interno 2023-001; 400 Centros Digitales pasaron de Rango 1 a Rango 3 y a partir de octubre de 2026 volverán a su rango original.

*** A partir de 2027 en adelante para las velocidades por rango se aplicará el incremento del 12% anual partiendo del rango con aumento de velocidad en 2026.*

*Para efectos de la valoración económica del incremento de velocidad de manera escalonada, se acordó con el Contratista Comcel S.A. el valor de cada Mbps adicional, para lo cual Comcel S.A. mediante comunicado CD-COMCEL-DIRINFRA-0517-24 con radicado MinTIC 241103350 del 6 de diciembre de 2024 y alcance con radicado No 251010639 del 31 de enero de 2025, presentó en su oferta de incremento de velocidad un valor de **DOSCIENTOS UN MIL PESOS (\$201.000,00)/ Mbps independientemente de la tecnología con la cual se presta el servicio en el Centro Digital (Terrestre o satelital)**, soportado en un análisis de los precios del Acuerdo Marco de Precios Conectividad III – para la conectividad en zonas rurales y en situaciones similares a las prestadas en el Contrato de Aporte No. 1042 de 2020 y en el cual se muestra que el valor propuesto es inferior al promedio de los valores de diferentes operadores, como se puede establecer en el anexo No. 2 “Anexo 2 Hoja de Trabajo Precio Mega” del alcance de la propuesta del operador.*

La Supervisión del contrato efectuó la revisión técnica de los cálculos presentados por el operador Comcel S.A., arrojando que el valor del Mbps adicional es inferior al propuesto por el equipo de Comcel en la propuesta presentada mediante radicado MinTIC 241103350 del 6 de diciembre de 2024, alcance con radicado No 251010639 del 31 de enero de 2025 y alcance con radicado No 251018848 del 21 de febrero de 2025; por lo cual esta Supervisión realizó un análisis de la propuesta a través del cual conceptuó la viabilidad de la propuesta de valoración económica de Comcel para cada MBPS en dos etapas.

En la primera se evaluaron las condiciones técnicas del Acuerdo Marco de Precios de Conectividad IV y se compararon con las condiciones técnicas contractuales, encontrando diferencias en los niveles de exigencias de ANS, donde una vez realizado dicho comparativo se realizó un descuento al valor encontrado por el Operador COMCEL dando como resultado un valor referencia por Mbps de \$239.866,74 el cual es inferior al valor presentado.

Adicionalmente se evaluaron las condiciones iniciales y obligatorias del contrato, Velocidad Obligatoria, Meses Obligatorios, CD obligatorios y el valor de OPEX del contrato, dicho análisis concluye que el valor ofertado por el Operador es inferior al encontrado por la supervisión (\$225.060,78).

A partir del 01 de enero de 2026, el 100% de los Centros Digitales operarán con las siguientes velocidades de acuerdo con la matrícula establecida y anualmente se incrementará esta velocidad en un 12% hasta la terminación del contrato, así:

Velocidad con Incremento								
Año	2026		2027		2028		2029	
Rango	Down	Up	Dow n	Up	Dow n	Up	Dow n	Up
Rango 1	25.00	6.25	28.00	7.00	31.36	7.84	35.12	8.78
Rango 2	31.25	7.81	35.00	8.75	39.20	9.80	43.90	10.98

Rango 3	37.50	9.38	42.00	10.50	47.04	11.76	52.68	13.17
Rango 4	43.75	10.94	49.00	12.25	54.88	13.72	61.47	15.37

Teniendo en cuenta que contractualmente ya se tienen unas condiciones de operación adquiridas, las cuales en los años 2025 a 2029 se reconocerán al Contratista en los términos económicos del contrato según Otrosí No. 1 – RECONOCIMIENTO OPERACIÓN NORMAL DE LOS CD y conciliado el valor de cada Mbps mensualmente entre los años 2025 a 2029, se reconocerá un valor adicional de \$201.000 por cada Mbps incrementado conforme a: la fase de incremento de velocidad, el año de operación, el tiempo de vigencia del Acuerdo Conciliatorio y la salida de operación de una parte de la red en junio de 2029 (1.396 CD) – RECONOCIMIENTO DEL DELTA (Δ) POR AUMENTO DE VELOCIDAD EN LOS CD. Dicha estructura aplica de igual forma para desembolsos y utilizaciones. Detalle de los CD salientes en julio 2029 se encuentra en Anexo 1 “Anexo 1. Listado de Centros Digitales a incrementar.xlsx”.

Al respecto, el Otrosí menciona y plantea el ejercicio de evaluación adelantado por la Entidad en dos etapas, a partir del Acuerdo Marco de Precios IV y las condiciones iniciales y obligatorias del contrato; encontrando en su análisis que se reconocerá un valor de \$201.000,00 por cada Mbps incrementado. Puntualmente se indica que *“esta Supervisión realizó un análisis de la propuesta a través del cual conceptuó la viabilidad de la propuesta de valoración económica de Comcel para cada MBPS”.*

“El valor de \$201.000,00 por Mbps, definido en los acuerdos entre la Entidad y el Operador, se enmarca en la estructuración financiera establecida por el estructurador y en los términos pactados contractualmente entre las partes.

Adicionalmente, la determinación de costos en el ámbito de telecomunicaciones y su transformación en precios de mercado, involucra variables técnicas y económicas complejas, tales como el tipo de empresa que la desarrolla, sus aliados, convenios, acuerdos y organización interna, la arquitectura de red, la capacidad de requerida y su crecimiento y la tecnología utilizada, la infraestructura con que cuente y/o se deba desarrollar, así como las capacidades de personal, logística, implementación, operación y mantenimiento, sin olvidar las condiciones comerciales y requerimientos que cada organización plantea como objetivos y metas para considerar un proyecto atractivo; la Interventoría al no contar con el conjunto de los criterios planteados anteriormente y al no disponer de los insumos detallados de la estructuración financiera del contrato, ni personal especializado en este tipo de estructuraciones financieras, no estaría en capacidad de emitir un pronunciamiento sobre la proporcionalidad o competitividad del valor acordado por Mbps en este contexto específico.

1. De la Cláusula Quinta – Forma de Pago e Imputación Presupuestal

Teniendo en cuenta que a la fecha se tienen recursos disponibles asociados con:

- Corrimiento de recursos asociados a la entrada tardía en operación de los grupos 1A, 1B, 2 y 3.
- Descuentos de ANS, asociados al no cumplimiento de indicadores de calidad y niveles de servicio de centros digitales operativos.
- Redistribución de recursos por el corrimiento de la entrada en operación de un centro digital del grupo 3A.

Se observa por la Interventoría que acorde con la propuesta de incrementos de velocidad para la mejora del servicio y los cálculos presentados por el Contratista y la Supervisión, se plantean los siguientes cambios:

a. Desembolsos

Con relación a los desembolsos, se establece reestructuración de estos; de acuerdo con la distribución presentada, no afectan las vigencias futuras, ajustando los periodos de pago y dejándolos como desembolsos mensuales o bimestrales relacionados con el cumplimiento de requisitos asociados a los indicadores de calidad y servicio de los centros digitales operativos.

Así mismo, se establece que los recursos a ejecutar durante el periodo 2025 a 2029 incluirá la prestación del servicio adicional (18 meses) ofertado en el proceso licitatorio por parte del Operador, tiempo que se distribuye entre el 2026 y 2029.

b. Utilizaciones

Teniendo en cuenta la propuesta de incremento de velocidad en los centros digitales, se observa que los recursos serán reinvertidos y con base en ello, se realiza una redistribución en el cronograma de utilizaciones dentro de su misma vigencia, quedando con 51 utilizaciones, asociadas con el cumplimiento de los indicadores de calidad y niveles de servicio de los centros digitales operativos.

Con relación a los periodos en los cuales la ejecución estará asociada con los 18 meses ofertados como adicionales por parte del Contratista en el proceso licitatorio, se observa que los mismos tendrán el mismo seguimiento de indicadores de calidad y niveles de servicio y que en caso de no cumplimiento de estos, será aplicable una Cláusula Penal Pecuniaria.

Desde el punto de vista financiero, se observa que la propuesta toma como base la metodología utilizada para establecer el valor del OPEX en la ejecución del contrato. Este ejercicio metodológico fue avalado por la Supervisión del Contrato de Aporte. Así mismo, se observa que la reestructuración de los desembolsos y utilizaciones obedecen a la necesidad de recursos en la anualidad y a las mejoras que se proponen técnicamente, agrupando los mismos, acorde con las necesidades evidenciadas, con recursos de fomento de vigencias futuras, los recursos pendientes de reinversión y los descuentos aplicados a la fecha por concepto de no cumplimiento de indicadores de calidad y niveles de servicio.

Con relación a los posibles descuentos asociados al cumplimiento de indicadores de calidad y niveles de servicio en adelante, se observa que se propone que, los recursos asociados serán devueltos a FUTIC, es decir, no habrá reinversión dentro del proyecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la modificación propuesta desde el punto de vista de la reestructuración de desembolsos y utilizaciones es viable, teniendo en cuenta las mejoras técnicas propuestas y los beneficios esperados en la ejecución del Contrato de Aporte 1042 de 2020.

- **ANÁLISIS JURÍDICO**

Desde el punto de vista jurídico es preciso indicar que, el análisis de las modificaciones contractuales debe partir del reconocimiento de los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales de los contratos. Los elementos esenciales, como el consentimiento, el objeto, la causa y las solemnidades, son imprescindibles para la existencia y validez del contrato, y no pueden alterarse sin comprometer su naturaleza jurídica. Por su parte, los elementos de la naturaleza, que incluyen aspectos inherentes al contrato como las garantías, el control y la vigilancia, y el equilibrio económico, entre otros, pueden ser ajustados siempre que tales modificaciones se justifiquen en una causa real y cierta, enmarcadas dentro de la ley.

En cuanto a los elementos accidentales, como los plazos, precios o formas de pago, son los más susceptibles de ser modificados, siempre que las partes lleguen a un acuerdo o que las modificaciones sean necesarias para asegurar la prestación adecuada del servicio público. Estas modificaciones deben cumplir con las disposiciones del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que otorga a las entidades estatales la potestad de realizar ajustes contractuales cuando sean imprescindibles para garantizar la efectividad de los servicios públicos a su cargo, tal como se abordará más adelante.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido unas limitaciones de orden temporal, formal y material referidas a los elementos de los contratos. Dentro de los límites de orden temporal están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia.

Dentro de los límites de orden formal están: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido y finalmente, los límites de orden material corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada, aspectos que deberán ser tenidos en cuenta por las Entidades Estatales al momento de proceder con la modificación de los contratos.

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:

“1. La necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, durante la fase de ejecución del contrato.

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las entidades públicas eligen, dentro de un «régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida», lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas

condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «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».

2. Límites de orden temporal, entre los que están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia.

3. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito¹; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.

4. Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada».

Además de lo anterior, las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo.

Sobre esto último, la doctrina ha precisado que cuando “se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa”¹. Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que por ello al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales, tal como se mencionó anteriormente.

Por tanto, la modificación del contrato de aporte 1042 de 2020 se debe enmarcar en las responsabilidades legales de las entidades públicas, en la adopción de medidas de control y vigilancia durante la ejecución de sus contratos para asegurar el adecuado y eficiente cumplimiento, pues en esos términos lo señala el numeral 1 de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 al indicar que “(...) Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales (...) tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y

¹ Sobre el particular resultan pertinentes las consideraciones efectuadas en el mismo sentido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo y por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012.

*vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo **y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán (...), **introducir modificaciones a lo contratado** (...).*” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así mismo, la citada ley consagró y reguló, entre otros aspectos, lo atinente a los principios que rigen la actividad contractual, como materialización de los fines del Estado y expresión de la autonomía de la voluntad, según se desprende de la lectura de los artículos 3, 32 y 40 de dicho estatuto; en los siguientes términos:

“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”.

“Artículo 32. 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 del ejercicio de la **autonomía de la voluntad** (...)*” (Negrilla fuera del texto original).

De la normatividad previamente referida, es plausible inferir que el contrato estatal se constituye en el acto jurídico idóneo para **garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios en garantía del interés general**, y, por consiguiente, se convierte en una herramienta efectiva y útil para la administración en procura de la consecución de los fines del Estado.

En cuanto a la regulación aplicable a los contratos estatales, es de advertir que dicho aspecto se encuentra regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 13, a saber: **“Artículo 13o.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes**, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.” (negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anteriormente analizado, es conveniente recordar que es responsabilidad de las entidades públicas adoptar medidas de control y vigilancia durante la ejecución de sus contratos para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación pública, esto es, los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de los servicios a su cargo.

En tales términos lo señala el numeral 1, del artículo 14, de la Ley 80 de 1993 al indicar que **“(…) Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales**

*tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, **podrán (...), introducir modificaciones a lo contratado (...)*** (Negrilla fuera de texto).

Del mismo modo, se precisa lo establecido en el numeral 2, del artículo 5 de la citada ley, en virtud del cual, es un deber de los particulares contratistas del Estado colaborar “(...) *con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; (...), obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse*”.

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, y en línea con lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil, la modificación de un contrato estatal debe obedecer a una causa real y cierta autorizada por la ley. Esta causa debe estar debidamente sustentada y probada, y debe alinearse con los objetivos estatales que persigue la contratación pública. Por tanto, es imperativo que cualquier ajuste contractual se realice en estricto cumplimiento de los principios y normativas vigentes:

“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 esto 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 y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: 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". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, los supuestos desarrollados en la sentencia C-300 de 2012 resultan de utilidad como referentes a los límites que deben observarse al momento de realizar una modificación contractual, particularmente en lo relacionado con el núcleo esencial del objeto contractual.

Aunado a lo anterior, el otrosí en estudio no excede los límites jurídicos impuestos en tanto a que i) su implementación está plenamente justificada para el cumplimiento de los objetivos contractuales y del interés general, pues este busca incorporar en el contrato las nuevas obligaciones surgidas a raíz de las necesidades identificadas en la ejecución del Contrato de Centros Digitales en la Región A, que se hacen necesarias para garantizar de manera óptima la prestación del servicio y la calidad del mismo a las comunidades beneficiarias, según lo ya explicado; ii) la presente modificación se pretende acordar y suscribir dentro del plazo de ejecución del contrato de aporte; iii) porque no se pretende adicionar ningún recurso, pues de lo que se trata es de optimizar las condiciones propias del contrato atendiendo las necesidades técnicas y operativas resultantes del aumento en la demanda del servicio y la evolución de la regulación aplicable; de la misma manera ajustar otras cláusulas accidentales del contrato de aporte como lo son, las relacionadas con la forma de pago y el Anexo Técnico, de manera que no se adicionarán recursos al valor inicial del contrato; iv) porque las modificaciones que se pretenden realizar están relacionadas con las condiciones o exigencias primigenias del contrato, es decir, no se trata de actividades ajenas al objeto del contrato y v) las condiciones modificadas no se alejan de las que inicialmente se requerían para el proceso de selección, de modo que es poco probable que otro oferente hubiese presentado una mejor propuesta bajo estas nuevas condiciones, en tanto, en resumen, el cambio que introduce la modificación es una reducción en el plazo de ejecución del contrato a cambio de una mejora en las condiciones de calidad en la prestación del servicio.

Por lo tanto, y atendiendo lo dispuesto en la ley y en la jurisprudencia, la modificación que se propone cumple con los requisitos mínimos para su suscripción; se trata de un documento que se va a elevar a escrito, se encuentra vigente el contrato a modificar, el objeto de este no se ha agotado toda vez que sigue la necesidad por la cual fue iniciado, y no se altera su contenido, ni su esencia.

No obstante lo anterior, esta Interventoría recomienda a la entidad analizar las siguientes consideraciones finales, teniendo en cuenta que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.

CONSIDERACIONES FINALES

1. Se recomienda realizar la verificación del texto asociado con *"(...) El Comité Fiduciario ha aprobado diecinueve (19) utilizaciones conforme al Otrosí No. 1 del Contrato de Aporte 1042 de 2020; de los cuales el Contratista ha ejecutado el 93,07% de los recursos aprobados para su utilización mediante la presentación, aprobación y pago*

de 87 órdenes de pago, aprobadas desde mayo de 2021 a 31 de enero de 2025”, toda vez que las órdenes de pago aprobadas a corte del 31 de enero de 2025 corresponden a 88.

2. “El valor de \$201.000,00 por Mbps, definido en los acuerdos entre la Entidad y el Operador, se enmarca en la estructuración financiera establecida por el estructurador y en los términos pactados contractualmente entre las partes.

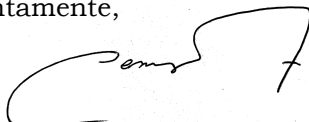
Adicionalmente, la determinación de costos en el ámbito de telecomunicaciones y su transformación en precios de mercado, involucra variables técnicas y económicas complejas, tales como el tipo de empresa que la desarrolla, sus aliados, convenios, acuerdos y organización interna, la arquitectura de red, la capacidad de requerida y su crecimiento y la tecnología utilizada, la infraestructura con que cuente y/o se deba desarrollar, así como las capacidades de personal, logística, implementación, operación y mantenimiento, sin olvidar las condiciones comerciales y requerimientos que cada organización plantea como objetivos y metas para considerar un proyecto atractivo; la Interventoría al no contar con el conjunto de los criterios planteados anteriormente y al no disponer de los insumos detallados de la estructuración financiera del contrato, ni personal especializado en este tipo de estructuraciones financieras, no estaría en capacidad de emitir un pronunciamiento sobre la proporcionalidad o competitividad del valor acordado por Mbps en este contexto específico.

3. Se entiende que la Entidad decide no incluir comparativos adicionales de proyectos similares ejecutados por la misma Entidad, al no presentarse condiciones y obligaciones comparables.

Por lo anterior, la Interventoría considera que las modificaciones propuestas en el Otrosí No. 3 del Contrato de Aporte No. 1042 de 2020 son convenientes para mejorar la calidad del servicio de internet en los Centros Digitales. En consecuencia, esta Interventoría considera viable la modificación propuesta del Otrosí No.3 para el contrato de aporte No. 1042 de 2020, y sugiere tener en cuenta las consideraciones citadas anteriormente, que pueden llegar a constituir riesgos que afecten la ejecución del contrato de aporte.

Esperamos de esta forma haber atendido su solicitud, indicando adicionalmente que este concepto no es vinculante y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá separarse del mismo si así lo considera.

Atentamente,



FRANCISCO MEDINA BARRAGÁN

Director General

CONSORCIO INTERVENTORÍA CENTROS DIGITALES 01-23

Elaboró: Kelly Aguilera, Profesional Financiero
Martín Beltrán, Profesional Técnico Senior
Juan Felipe Mejía, Profesional Jurídico
Tania Farfán, Profesional Jurídico

Revisó: Paola Correa Mejía, Director Administrativo y Financiero
Oscar Bernal Rojas, Director Técnico
María Paula Gómez, Director Jurídico
José Nuño, Director Legal

Tania Merchán P., Gerente de Proyecto

Copia:

Hugo Andrés Granados – Profesional Especializado – Apoyo Técnico a la Supervisión: hgranados@mintic.gov.co

María Fernanda Palacio - Contratista – Apoyo Jurídico a la Supervisión: mpalacio@mintic.gov.co

Andrea Contreras - Contratista – Apoyo Jurídico a la Supervisión: acontreras@mintic.gov.co