



MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA
INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Fecha: 2025-02-12 17:48:31

Folios: 7

Radicado: 252024938

Trámite a: Margarita Hernández Cortes
2.1.2. DI Sub de Operaciones

Código TRD: 1700

MEMORANDO

PARA: MARGARITA HERNÁNDEZ CORTES
Supervisora Contrato de aporte 1042 2020

DE: LUCAS QUEVEDO BARRERO
Director Jurídico

ASUNTO: Respuesta a memorando con radicado 252020133. Solicitud de pronunciamiento frente al proyecto de otrosí No. 3 del contrato de aporte 1042 de 2020

FECHA: Febrero de 2024

1. ANTECEDENTES:

Mediante el presente memorando, la Dirección Jurídica da respuesta a la solicitud del asunto presentada por la supervisión del contrato de aporte 1042 de 2020, en el que se requiere pronunciamiento *“frente a la solicitud de proyecto de modificación No. 3 al contrato de aporte 1042 de 2020 presentada por COMCEL S.A., en el sentido analizar si el mismo altera, modifica, o contraviene el acuerdo de conciliación prejudicial celebrado el 29 de noviembre de 2023, ante la Procuraduría Delegada De Intervención 6. Primera ante el Consejo de Estado, por el FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y COMUNICACIÓN CELULAR S.A- COMCEL S.A, aprobado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, mediante auto de fecha 10 de abril de 2024”*.

Adicionalmente se requiere pronunciamiento frente a la viabilidad jurídica de modificar las cláusulas séptima, décima y décima primera del contrato de aporte 1042 de 2020.

2. COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA Y ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS:

Previo a dar respuesta a la consulta efectuada mediante el radicado del asunto, es importante precisar que este concepto se emite en el marco de las competencias establecidas en los numerales 2 y 7 del artículo 12 de Decreto 1064 de 2020¹, que establecen lo siguiente:

¹ *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”*



“ARTÍCULO 12. Dirección Jurídica. Son funciones de la Dirección Jurídica, las siguientes:

(...) 2. Impartir las directrices jurídicas y adoptar los instrumentos para la interpretación y aplicación de las normas por parte de las dependencias del Ministerio y de las entidades del sector en los temas de competencia del Ministerio.

(...)

7. Formular directrices para los asuntos jurídicos del Ministerio, que aseguren la unidad de criterio jurídico en la entidad, así como para los asuntos jurídicos correspondientes al Sector de Tecnologías de la información y las Comunicaciones. (...)”

Las funciones contenidas en las disposiciones citadas son ejercidas por esta Dirección Jurídica a través de la emisión de conceptos jurídicos (internos o externos), los cuales tienen el alcance contenido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011² (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que dispone lo siguiente:

“Artículo 28. Alcance de los Conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

De la norma en cita, se desprende que la función consultiva a cargo de las autoridades administrativas, como este Ministerio, no pretende resolver situaciones jurídicas concretas, sino que lo que busca es brindar orientación en relación con la normativa aplicable.

Es por esta razón, que los conceptos jurídicos emitidos por esta Dirección no tienen la calidad de actos administrativos que generen efectos jurídicos de contenido particular, por cuanto no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos.

3. PROBLEMAS JURIDICOS:

Una vez manifestado el marco en el que se expide este documento, la Dirección Jurídica plantea el siguiente problema jurídico y su posición frente:

“PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 ¿La modificación No. 3 al contrato de aporte 1042 de 2020, en los términos que se pretende, altera modifica, o contraviene el acuerdo de conciliación prejudicial celebrado el 29 de noviembre de 2023 entre COMCEL SA. y el FUTIC?

² “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”



3.2 ¿La Dirección jurídica es competente para pronunciarse sobre la viabilidad jurídica de modificar las cláusulas séptima, décima y décima primera del contrato de aporte 1042 de 2020?

4. CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA:

En el marco del contrato de aporte No. 1042 de 2020, el día 29 de noviembre de 2023 el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Futic) y Comcel S.A., suscribieron un acuerdo conciliatorio ante la Procuraduría Delegada de Intervención 6 Primera ante el Consejo de Estado, aprobada por el Tribunal la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 10 de abril de 2024³, en el que se comprometieron a lo siguiente:

“Comcel S.A efectuará una compensación para la ejecución de actividades adicionales en el marco del Contrato de aporte 1042 de 2020, de la siguiente manera:

1. Reconocimiento del Costo fijo de permanencia fija de la interventoría por un periodo de 13 meses correspondiente a la operación de los Centros Digitales objeto del contrato, el valor total es un monto sin actualización alguna de, (sic) (\$1.350.353.706), por concepto de la mayor permanencia de la Interventoría, valor que será consignado por COMCEL S.A en cuenta específica del patrimonio autónomo del contrato, a más tardar en el tercer trimestre de 2024 y en todo caso una vez se cuente con la aprobación del Acuerdo Conciliatorio.

2. Incremento de velocidad por el término de 27 meses a 400 centros digitales, definidos por las partes de común acuerdo, atendidos con tecnología terrestre, que a la fecha se encuentran con velocidad Download de 13,44 Mbps (Vigente en 2023), para que preste el servicio con velocidad Download de 20,16 Mbps (Vigente en 2023), o su equivalente en función de la vigencia en que se implemente el incremento de velocidad. El valor mensual de esta compensación para cada centro digital es de (\$1.785.992), para un total de (\$19.288.711.224). Las partes acordaron que el cálculo del valor indicado en el párrafo anterior se efectuara con base en el valor promedio de las ofertas de servicio en el segmento 3 del acuerdo marco de precios servicios de conectividad III de Colombia compra eficiente que los operadores han presentado para el servicio de incremento definitivo de velocidad de 8 megas.

3. Con ocasión del presente acuerdo y teniendo en cuenta que lo que persigue el proceso sancionatorio es el cobro de perjuicios mediante la cláusula penal, el FUTIC considera que las compensaciones ofrecidas por COMCEL S.A., relacionadas con los hechos del Expediente 30 de 2022, resarcen plenamente tales perjuicios, por lo que no existe mérito para continuar el mencionado proceso, ni para adelantar cualquier otro presunto incumplimiento que se haya podido presentar por los hechos relacionados en el Expediente 30 de 2022 y que hubieren sido tomados como fundamento del presente acuerdo. En consecuencia, de lo anterior se dará traslado a la Coordinación de Actuaciones Administrativas Sancionatorias para que tome las decisiones correspondientes acorde con el contenido del presente acuerdo.

³ Radicado 250002336000202300590-00



4. Las partes manifiestan que renuncian a cualquier reclamación administrativa o judicial de perjuicios o afectaciones derivadas de los hechos o conductas indicadas en este documento y en el expediente No. 30 ocurridas hasta la fecha de firma de este acuerdo, manifestación que se entiende referida a circunstancias anteriores a la firma del presente acuerdo. De conformidad con lo anterior, el Viceministerio de Conectividad a través de la Dirección de Infraestructura ha llevado a cabo una verificación de la situación y encuentra procedente conciliar las eventuales diferencias que hubieren podido surgir entre las partes hasta la fecha, con el fin de precaver eventuales reclamaciones o litigios.

5. Una vez aprobado el acuerdo conciliatorio, Comcel S.A. desistirá de la presentación de las escrituras públicas: 1) Escritura pública 4386 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el primer semestre de 2021 la ejecución del contrato 1042 de 2020. 2) Escritura pública 4384 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el segundo semestre de 2021 la ejecución del contrato 1042 de 2020. 3) Escritura pública 4385 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el año 2022 la ejecución del contrato, en particular el cumplimiento de la meta 12.”

De acuerdo al proyecto de solicitud de adición, prórroga o modificación del contrato del contrato de aporte No. 1042 de 2020, aportada como anexo al memorando con radicado 252020133, es imperativo aunar esfuerzos con los contratistas para mejorar las velocidades de internet en los Centros Digitales (CD) ubicados en las instituciones educativas, por lo que se pretende un otrosí modificatorio en el que principalmente se aumenten las velocidades en algunos centros digitales y se modifique el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de octubre de 2029.

De acuerdo con lo que se presente modificar del contrato de aporte No. 1042 de 2020, según lo consignado en el proyecto de solicitud de adición, prórroga o modificación del contrato aportado como anexo al memorando con radicado 252020133, las obligaciones que son pertinentes analizar del acuerdo conciliatorio son las siguientes:

“1. Reconocimiento del Costo fijo de permanencia fija de la interventoría por un periodo de 13 meses correspondiente a la operación de los Centros Digitales objeto del contrato, el valor total es un monto sin actualización alguna de, (sic) (\$1.350.353.706), por concepto de la mayor permanencia de la Interventoría, valor que será consignado por COMCEL S.A en cuenta específica del patrimonio autónomo del contrato, a más tardar en el tercer trimestre de 2024 y en todo caso una vez se cuente con la aprobación del Acuerdo Conciliatorio.



2. Incremento de velocidad por el término de 27 meses a 400 centros digitales, definidos por las partes de común acuerdo, atendidos con tecnología terrestre, que a la fecha se encuentran con velocidad Download de 13,44 Mbps (Vigente en 2023), para que preste el servicio con velocidad Download de 20,16 Mbps (Vigente en 2023), o su equivalente en función de la vigencia en que se implemente el incremento de velocidad. El valor mensual de esta compensación para cada centro digital es de (\$1.785.992), para un total de (\$19.288.711.224). Las partes acordaron que el cálculo del valor indicado en el párrafo anterior se efectuara con base en el valor promedio de las ofertas de servicio en el segmento 3 del acuerdo marco de precios servicios de conectividad III de Colombia compra eficiente que los operadores han presentado para el servicio de incremento definitivo de velocidad de 8 megas.”

En cuanto a la primera obligación, consignada en el acuerdo conciliatorio mencionado, referida al reconocimiento del costo fijo de permanencia fija de la interventoría por un periodo de 13 meses, según lo informado en el memorando con radicado 252020133, esta obligación ya se encuentra cumplida, por lo que no se vería afectada por la suscripción del otro sí modificatorio al contrato de aporte No. 1042 de 2020 que se pretende.

Sobre la segunda obligación, establecida en el citado acuerdo conciliatorio, relacionada con el incremento de velocidad a 400 centros digitales, tiene como plazo de ejecución el término de 27 meses que se cumplirán en el año 2026, tal y como se indica en el radicado 252020133, fecha para la cual el contrato de aporte 1042 de 2020 continuaría en ejecución, incluso con la modificación del plazo que se pretende, esto es hasta el 31 de octubre de 2029, de manera que esta obligación no se vería afectada con la suscripción del otrosí modificatorio.

En relación con las demás obligaciones y compromisos adquiridos en el acuerdo conciliatorio en mención, sobre los cuales no se requiere su análisis concreto, esta Dirección Jurídica considera que el otrosí modificatorio al contrato de aporte 1042 de 2020 no las afecta en manera alguna.

Frente a los numerales 2 a 4 del memorando con radicado 252020133, en los que se solicita la viabilidad jurídica de la modificación de las cláusulas séptima, décima y décima primera del contrato de aporte 1042 de 2020, es de precisar que en términos generales la modificación de los contratos estatales es viable siempre que sea necesaria para lograr la finalidad del contrato y en aras de la realización de los fines del Estado, garantizando el cumplimiento del objeto y el interés público. Así mismo, la modificación debe estar debidamente justificada.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional que, en sentencia C-300 de 2012, manifestó que “**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”.

Ahora bien, también se solicita que se revise y se indique si es viable jurídicamente modificar las cláusulas séptima, décima y décima primera del contrato de aporte 1042 de 2020.



Sobre estos aspectos, que no están relacionados con el acuerdo conciliatorio suscrito entre Comcel S.A y el FUTIC, la Dirección Jurídica entiende que se trata de una solicitud de concepto jurídico, en el que de manera general y desde el derecho de los contratos, se analice la modificación propuesta con relación a las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública

La definición sobre la viabilidad jurídica de la modificación de cada una de las tres (3) cláusulas le corresponde a la Subdirección de Gestión Contractual, de conformidad con lo dispuesto en los numeral 2 y 4 del artículo 38 del Decreto 1064 de 2020, que establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual, las siguientes:

(...)

2. Orientar a los ordenadores del gasto y a todas las dependencias en la ejecución y dirección de las etapas precontractual, contractual y poscontractual en los procesos de contratación de bienes y/o servicios del Ministerio y del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

4. Dirigir la elaboración de pliegos de condiciones, resoluciones, contratos, actas, certificaciones, adiciones, adendas, modificaciones, constancias, aclaraciones, prórrogas o cualquier otro documento necesario para las etapas precontractual, contractual y poscontractual.
(...)

Como quiera que se trata de cláusulas que están incorporadas desde la estructuración, entendemos que también es fundamental que, desde la Subdirección de Estructuración de la Dirección de Infraestructura, se analice la pertinencia de la modificación de las citadas cláusulas, en el sentido de que con esa modificación no se alteren elementos fundamentales del proceso de estructuración del proyecto.

Con referencia a la opinión jurídica que se pide a esta Dirección, respecto de las cláusulas a modificar, se considera relevante hacer referencia a los criterios interpretativos, establecidos en el Código Civil, que deben tenerse en cuenta al momento de modificar un contrato estatal:

“ARTÍCULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

Considera esta Dirección que, de cara al análisis que hará la Subdirección de Gestión Contractual y la Subdirección de Estructuración, es fundamental establecer si esas cláusulas serían de la esencia, la naturaleza o accidentales dentro del contrato de aporte 1042 de 2020 a modificar.



En el mismo sentido, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 80 de 1993, a propósito de la modificación de los contratos estatales. Así mismo, debe recordarse que el artículo 3º de la misma ley 80 de 1993 establece el criterio finalístico de la contratación, que es, según el Consejo de Estado, esencial para interpretar la actividad contractual. Bajo este criterio, es necesario que la modificación del contrato sea necesaria para cumplir la finalidad del mismo, que respete los principios de la contratación establecidos en los artículos 24, 25, 26 y 30; tenga en consideración la asignación de riesgos dentro del proceso y la garantía del patrimonio público.

5. CONCLUSIONES:

En criterio de la Dirección Jurídica La modificación No. 3 al contrato de aporte 1042 de 2020, en los términos que se pretende, no altera, modifica o contraviene el acuerdo de conciliación prejudicial celebrado el 29 de noviembre de 2023 entre Comcel S.A. y el FUTIC, de conformidad con los argumentos expuestos en el presente concepto.

La Dirección Jurídica no es competente para determinar la viabilidad jurídica de las modificaciones que se pretenden de las cláusulas séptima, décima y décima primera del contrato de aporte 1042 de 2020, pues la misma le corresponde a la Subdirección de Gestión Contractual, de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 2 y 4 del artículo 38 del Decreto 1064 de 2020.

Para la Dirección Jurídica es fundamental que se analicen algunas normas relacionadas con la contratación estatal, tanto las que hacen parte de la ley 80 de 1993, como las del Código Civil, además de los estudios previos y el pliego de condiciones, que es la norma que disciplina la ejecución del contrato.,

Por último, es procedente reiterar, que el presente documento se emite bajo el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En todo caso esta Dirección Jurídica fija su posición jurídica en los términos señalados en el presente documento y de conformidad con las facultades establecidas en los numerales 2 y 7 del artículo 12 del Decreto 1064 de 2020.

Atentamente,

LUCAS QUEVEDO BARRERO

Director Jurídico

Elaboró: Olga Emilia De La Hoz Valle – Asesora Dirección Jurídica

Revisó: Sergio Nicolás Pérez Rodríguez – Contratista Dirección Jurídica

REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS		
252024938		
Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones gestionado por: azsign.com.co		
Id Acuerdo: 20250212-174907-e10f97-16842340		Creación: 2025-02-12 17:49:07
Estado: Finalizado		Finalización: 2025-02-12 17:49:50
Escanee el código para verificación		
Firma: Director Jurídico  Lucas Quevedo 79784944 lquevedo@mintic.gov.co Abogado		

REPORTE DE TRAZABILIDAD			 Escanee el código para verificación
252024938			
Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones gestionado por: azsign.com.co			
Id Acuerdo: 20250212-174907-e10f97-16842340		Creación: 2025-02-12 17:49:07	
Estado: Finalizado		Finalización: 2025-02-12 17:49:50	
TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Firma	Lucas Quevedo lquevedo@mintic.gov.co Abogado	Aprobado	Env.: 2025-02-12 17:49:11 Lec.: 2025-02-12 17:49:27 Res.: 2025-02-12 17:49:50 IP Res.: 186.29.252.176