FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
EJERCITO NACIONAL

CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE PERSONAL
CENAC PERSONAL

Bogotá, D.C, 09 de Noviembre de 2020

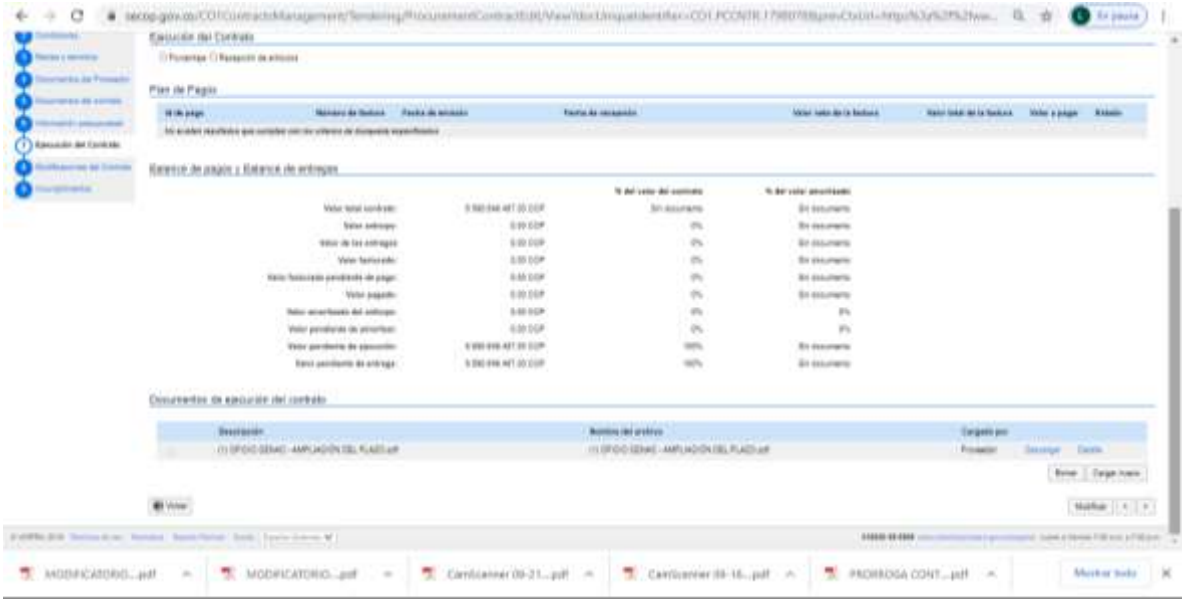
Señor Teniente Coronel:
JHON FREDY CORREA GONZALEZ
Gerente del Proyecto
Gn-.

ASUNTO: Concepto Jurídico frente a la solicitud de Modificatorio No. 3 (Prorroga No. 2) al contrato No. 625-CENACPERSONAL-2020 cuyo objeto es "ADQUISICION DE ELEMENTOS DE PROTECCION PERSONAL ASEO Y DESINFECCION, CON MOTIVO DE PREVENCION DE CONTAGIO DEL CORONAVIRUS -COVID-19, DESTINADO AL PERSONAL ACTIVO DEL EJÉRCITO NACIONAL PARA LA VIGENCIA 2020".LOTE 2 Y LOTE 4."

Que el día 05 de Noviembre de 2020 la empresa Contratista BELISARIO VELAZQUEZ & ASOCIADOS S.A.S. realizó solicitud donde manifiesta que en razón a la adición presupuestal realizada al contrato el día 02 de Octubre de 2020 se requiere una prorroga en el plazo de entrega hasta el día 30 de Noviembre de 2020, con lo cual se asegura el cumplimiento del mismo.

DICHO DOCUMENTO FUE CARGADO EN LA PLATAFORMA DEL SECOOP II

Carrera 46 No. 20B – 99 Edificio COPER 4 piso
4261426 Extensión 38282
MensajeriaCENACCOPER@ejercito.mil.co www.ejercito.mil.co



Que una vez evaluada la solicitud, se evidencia que la necesidad planteada inicialmente no es suficiente para mantener un abastecimiento completo de estos elementos teniendo en cuenta que la emergencia sanitaria continúa y no es posible determinar el comportamiento de la pandemia.

Que de acuerdo con la Resolución 1462 del 25 de Agosto de 2020 "Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la COVID-19,en el Articulo N°01: Prórroga de la emergencia sanitaria. Se Prorroga la emergencia sanitaria en todo el territorio Nacional hasta el 30 de Noviembre del 2020 y los estudios que se han realizado por OMS (Organización Mundial de la Salud) se prevé que el virus COVID-19, se mantenga hasta el mes de Junio del 2021.

Que por esta razón se requiere una mayor cobertura de la necesidad, incrementando la cantidad de alcohol, jabón líquido, gel antibacterial ya que para el mes de Diciembre del año en curso, se pretende suministrar por parte del Comando superior una ancheta de bioseguridad que incluye los elementos objeto del contrato en mención, los cuales serán suministrados a 214.069 personas entre las 720 unidades que hacen parte del Ejército.

Que en oficio Gerente de Proyecto, manifiesta que *"la ampliación del término no afecta el cubrimiento de la necesidad planteada en los estudios previos, por lo cual se solicita la verificación de los conceptos de la parte jurídica y la modificación del contrato."*

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Con el fin de resolver la solicitud de prórroga del contrato, sea lo primero indicar que en los términos del Art. 14 de la Ley 80 de 1993, la modificación contractual es un mecanismo o medio de los que puede utilizar la Entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual; la citada disposición normativa establece:

"Artículo 14º.- *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual**.*** *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. 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 en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, ***introducir modificaciones a lo contratado y,*** *cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

(..)." (subrayado y negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, la H. Corte Constitucional ha sostenido:

"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 la 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. 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 la 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."[1]

[1]Corte Constitucional, Sentencia C-300 del veinticinco (25) de Abril de dos mil doce (2012).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Artículo 40 de la ley 80 de 1993, señala:

> *" … Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. (…)"*

Así mismo y el principio de integración normativa, el Ar. 13 de la Ley 80 de 1993 permite dar aplicación a las normas civiles y comerciales aplicables a los contratos y negocios jurídicos, en ausencia de reglas específicas en el Estatuto General de la Contratación Pública, así:

> *"ART. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)".*

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, y en armonía con el principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, por regla general, es posible introducir modificaciones al contrato en aras de lograr su finalidad y la satisfacción de la necesidad que con él se pretendió satisfacer. En este sentido, es necesario tener en cuenta que con relación a los motivos que dan origen a la modificación del Contrato, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado ha sostenido:

> "*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"*

Teniendo en cuenta lo anterior, y advirtiendo la posibilidad y viabilidad de proceder a la modificación del contrato, es necesario analizar los argumentos que dan lugar a la necesidad de modificar el plazo de

ejecución. Así las cosas, con relación a la legalidad de las modificaciones contractuales la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de marzo de 2015, M.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz (E) sostuvo:

> "*De modo que, para verificar la legalidad de un acuerdo que contiene una modificación del contrato inicial es preciso, a la luz de las normas generales de contratación pública contenidas en la ley 80 de 1993, verificar los siguientes aspectos: i) que el contrato adicional o modificatorio conste por escrito, en la medida que si es requisito de existencia del contrato estatal que se eleve a escrito de conformidad con el artículo 40 ibídem, esa misma exigencia se hace extensible al acuerdo modificatorio, ii) se suscriba la convención dentro del plazo o vigencia del contrato, toda vez que un contrato cuyo plazo o condición ha operado, no es susceptible de ser adicionado, circunstancia en la que habría lugar a adelantar un nuevo proceso licitatorio o de selección de contratista, iii) que no se adiciones-por regla general-en más allá del cincuenta (50) por ciento de su valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, iv) que el objeto del contrato principal no se haya agotado, es decir, que todavía exista y sea viable su ejecución, y v) que no se altere el contenido del objeto inicial por uno nuevo, so pena de que el contrato adicional quede afectado de nulidad (...)".*

De conformidad con las providencias transcritas, se estima viable la prórroga del contrato teniendo en cuenta la situación evidenciada por el contratista y el Supervisor del contrato y conforme a los conceptos emitidos por el Gerente de Proyecto y el Comité Técnico Evaluador; así, se tienen reunidos los requisitos de legalidad que han sido establecidos por la jurisprudencia administrativa, y que esta cumple con los requisitos establecidos en la ley 80 de 1993 y en la referida sentencia para ser objeto de modificación a través de la prórroga en su plazo de ejecución. En el mismo sentido es importante señalar que de acuerdo por lo sustentado por el contratista y avalado por el Supervisor y Comité Técnico, la solicitud de prórroga se encuentra justificada en la no disponibilidad del simulador objeto de los servicios de mantenimiento que fueron contratados, en tanto en cuanto dicho equipo por razones del servicio se encuentra en ciudades diferentes a la ciudad de Bogotá D.C, siendo este el lugar previsto para la ejecución del contrato de acuerdo a lo pactado; dicha variación en las condiciones inicialmente pactadas se da con motivo del desarrollo del Plan Nº 000794 *"Que emite el Comando de Personal del Ejército Nacional por intermedio de la Dirección de Preservación de la Integridad y Seguridad del Ejército, con el fin de realizar capacitación en hábitos de comportamiento y conductas segura en la vía, dando cumplimiento al plan estratégico de seguridad vial"* que en el numeral 2 establece la necesidad de contar con personal de motociclistas disponibles para recibir capacitación así como el cronograma en el cual las mismas tendrán lugar fechas que sufrieron variación de acuerdo con el radiograma Nº 20193618749743 del 03 de Mayo de 2019, es decir, que la prórroga tiene lugar con motivo de hechos propios del servicio, y que el contratista ha manifestado su acuerdo en la ampliación del término inicialmente pactado, atendiendo a los requerimientos de la Fuerza. En el mismo sentido es importante señalar que la prórroga del contrato, busca prevenir una posible afectación a la finalidad que con el mismo se pretende lograr en la medida en que se conserva el equilibrio de las prestaciones recíprocas, concediendo al proveedor contratista un plazo mayor para la prestación del servicio sin que con ello se afecte la satisfacción de la necesidad planteada por la Administración. Todo lo anterior tendrá como objetivo el de garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos que con el contrato se pretenden satisfacer habida cuenta de las condiciones relativas a las necesidades de la fuerza. Si bien es cierto, se trata de una situación ajena a la Entidad y de responsabilidad del contratista en orden a preservar las condiciones inicialmente pactadas;

también lo es que se trata de un hecho que escapa de la voluntad del mismo, al existir invariablemente la necesidad de depender de la disponibilidad del simulador objeto de mantenimiento.

Se trata entonces de necesidades sobrevinientes relacionados con la ausencia del equipo en la ciudad de Bogotá de acuerdo con políticas e instrucciones internas de la Entidad contratante, al respecto el H. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 13 de agosto de 2009 sostuvo:

> *"Al respecto se observa que el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación, (…)".*

En concordancia con lo anterior, y en lo que tiene que ver con la ampliación del plazo en los contratos de la administración es importante tener en cuenta que el Artículo 1501 del Código Civil Colombiano, establece "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales"; así, el H. Consejo de Estado con respecto a la naturaleza del plazo de ejecución ha sostenido:

> *"Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de '… aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente'. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato."*[2]

Así mismo, es importante tener en cuenta que el Artículo 1501 del Código Civil Colombiano, establece "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales"; así, el H. Consejo de Estado con respecto a la naturaleza del plazo de ejecución ha sostenido:

> *"No existe prohibición legal para la prórroga del plazo de los contratos estatales. Por el contrario, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se puede concluir que está permitida, pues esa norma establece la regla general de la libertad en las estipulaciones, en cuanto, de un lado, preceptúa que en estos ´(…) 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 los principios y finalidades de ésta ley y*

[2] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

a los de la buena administración´, y, de otro, dispone que ´las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permiten la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales´. De modo que de esas disposiciones se puede concluir que en los contratos estatales es posible la prórroga si la respectiva entidad considera que mediante esa figura se cumplen los fines estatales, conforme a lo indicado en los artículos 3º a 5º de la misma ley, y si las partes la consideran conveniente y necesaria y no resulta contraria a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la misma ley y a los de la buena administración.."[3] (subrayo fuera de texto)

Por último es necesario tener en cuenta que hasta el momento no se han identificado causales de inhabilidad o de incompatibilidad contempladas en el artículo 127 de la Constitución Política y 8º de la Ley 80 de 1993, Artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, además tampoco se ha evidenciado que el contratista se encuentre incurso en proceso de concordato o acuerdo de recuperación o concurso liquidatario, según Leyes 222 de 1995 y 550 de 1999 que impidan continuar con la ejecución del contrato y por tanto se impida además realizar la prórroga.

CONCLUSIÓN

Concluido lo anterior, esta asesoría considera que es JURÍDICAMENTE VIABLE efectuar la y prórroga del plazo de ejecución hasta el día 30 de Noviembre de 2020, del Contrato 625-CENACPERSONAL-2020**,** con fundamento en la motivación y consideraciones que sustentan el presente concepto.

Atentamente,



Abg. LUISA FERNANDA ORTEGA SOLANO
Asesora Jurídica CENAC de PERSONAL.

[3] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A, C.P. Darío Quiñones Pinilla.