Bogotá, D.C., 07 septiembre 2020

SEÑORES
MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES - MINTIC
MARGARITA HERNANDEZ CORTES
SUPERVISORA CONTRATO 686 DE 2019
EDIFICIO MURILLO TORO CARRERA 8 ENTRE CALLE 12 Y 13
–

ASUNTO: Concepto solicitud modificación contractual - Contrato 618 de 2019

REFERENCIA: INTERVENTORÍA INTEGRAL AL PROYECTO "ACCESO UNIVERSAL SOSTENIBLE" CUYO OBJETO ES "EJECUTAR EL PROYECTO ACCESO UNIVERSAL SOSTENIBLE EN ZONAS RURALES DEL PAÍS, CON EL FIN DE PLANEAR, INSTALAR, PONER EN SERVICIO, OPERAR Y MANTENER SOLUCIONES DE ACCESO COMUNITARIO SOSTENIBLE A INTERNET A TRAVÉS DE ZONAS WIFI EN LOS CENTROS POBLADOS ADJUDICADOS DEL LISTADO DE ELEGIBLES, DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ANEXO TÉCNICO

AUS-INTV-DIRINFRA-177-20

En cumplimiento de las obligaciones de esta Interventoría relacionadas con el seguimiento, control, revisión y verificación del Contrato de Aporte 618 de 2019, en particular las obligaciones jurídicas, específicamente en lo descrito en el subnumeral 1.2.3.3 del numeral 1.2.3. OBLIGACIONES JURIDICAS DE LA INTERVENTORIA del Anexo técnico del Contrato de Interventoría No. 686 de 2019, que a la letra señala:

> *(…)*
>
> *1.2.3.3. Emitir los conceptos necesarios como parte de la justificación a las modificaciones que se requieran para los Contratos objeto de Interventoría, sobre los aspectos definidos por la Entidad Contratante""*

Y de conformidad con la solicitud de modificación contractual realizada por el contratista RED DE INGENIERÍA S.A.S. INRED, mediante comunicado No. **AUS-INRED-DIRINFRA-118-20** con radicado Mintic 201050057 del 31 de agosto de 2020, en el cual indicó:

> *"Tomando en cuenta la permanente condición de violencia en la región del norte del Cauca y después de múltiples intentos de INRED para restablecer el servicio de las dos (2) Zonas Digitales pendientes del Municipio de Buenos Aires Cauca,* ***solicitamos respetuosamente se autorice una modificación contractual que permita el cambio de dicha infraestructura a otros centros poblados a los que se pueda tener acceso para realizar las labores de instalación y operación del proyecto sin inconvenientes****.* (Resaltado propio).
>
> *Realizamos la presente solicitud bajo las siguientes consideraciones:*

1. Zonas Digitales objeto de solicitud de cambio

#	*CÓDIGO INRED*	*ID BENEFICIARIO*	*DEPARTAMENTO*	*MUNICIPIO*	*CENTRO POBLADO*
1	*AUS190186*	*71190*	*CAUCA*	*BUENOS AIRES*	*EL LLANITO*
2	*AUS190191*	*71189*	*CAUCA*	*BUENOS AIRES*	*EL SILENCIO*

2. Continuidad en las condiciones de violencia en la región:

(…)

INRED se permite informar sobre la evidente continuidad de los hechos de fuerza mayor relacionados con la grave condición de violencia en el municipio (sic) *de Buenos Aires Cauca objeto de la presente solicitud.*

(…)

6. Solicitud

Dada la extendida continuidad -más de ocho (8) meses-, de los hechos insuperables, situaciones de orden público y medidas restrictivas en la movilidad que se presentan en el municipio de Buenos Aires Cauca; hechos públicos, notorios y de carácter grave que afectan de manera incontrovertible el desplazamiento del personal de campo en sitio, vemos necesario solicitar respetuosamente el cambio de las dos Zonas Digitales en mención a otro municipio del departamento, seleccionado por la Entidad, pero donde se permita el ingreso para las labores de instalación y mantenimiento.

Para lo anterior, expresamos que el valor del contrato no se verá afectado, ***la Entidad no deberá adicionar recursos, e INRED asumirá los costos a que haya lugar con el fin de lograr el inicio de operación de estas dos (2) Zonas Digitales en cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Aporte No. 618 de 2019 de planeación, instalación y puesta en servicio y operación de las Zonas Digitales.*** (Resaltado propio).

Esta solicitud se origina debido a que habiendose (sic) *terminado el último periodo de suspensión solicitado previamente no se pudo lograr acceder a los Centros Poblados para restablecer el servicio de las dos Zonas Digitales y vemos imposible que se pueda acceder en el corto plazo, pues, como se demostró, las condiciones de violencia en la región son permanentes, por lo tanto, y si la Entidad aprueba la suspensión solicitada, al vencer el plazo de suspensión y reiniciar el cumplimiento de la obligación de puesta en servicio para estas dos Zonas Digitales de Buenos Aires, no se podrá prestar el servicio a la comunidad debido a las situaciones de orden público constitutivas de Fuerza Mayor ya explicadas".*

Esta Interventoría se permite emitir su concepto integral de viabilidad, en los aspectos jurídico, técnico y financiero, en los siguientes términos:

1. Concepto Jurídico:

En lo que concierne a los aspectos jurídicos de la modificación solicitada por el Contratista INRED, se observa que la misma se encuentra soportada y parte de la base de la imposibilidad real que ha tenido el Contratista INRED en poder acceder a las 2 zonas digitales identificadas con el ID 71190 Centro Poblado el Llanito y ID 71189 Centro poblado el Silencio, ambas del

municipio de Buenos Aires en el departamento del Cauca, y ejecutar sus labores relacionadas con la puesta en servicio o puesta en marcha y por ende la operación de las Zonas Digitales, toda vez que las labores de instalación, ya fueron ejecutadas, pero no ha sido posible la verificación y aprobación por parte de la interventoría para que inicie su operación contractual, dados los eventos de fuerza mayor por orden público debidamente soportados y así reconocidos por la Interventoría, tal como consta en su concepto AUS-INTV-DIRINFRA-174-20 radicado en MinTIC con el No. 201048423 del 24 de agosto de 2020.

Demostrado está entonces, que existe una realidad fáctica en el departamento del Cauca rodeada de alteraciones de orden público que se han mantenido a lo largo del tiempo a las que se suma la situación de confinamiento obligatorio declarado por el Gobierno Nacional dada la emergencia sanitaria por COVID 19 que le ha impedido al Contratista INRED desplazarse a la zona para realizar labores a las cuales está obligado.

Por tanto, la Interventoría estima que las alteraciones del orden público son situaciones que deben ser mitigadas, sopesadas y controladas por el Estado, por cuanto es un deber Constitucional en procura de garantizar la paz, la equivalencia entre derechos y obligaciones de la población, la seguridad, convivencia y armonía, aunado que el Estado es el único legitimado para utilizar la fuerza si las circunstancias así lo exigen. (…)

Por lo anterior, y dado que no se ve en el mediano plazo que las alteraciones de orden público desaparezcan de las poblaciones donde se ubican las 2 digitales identificadas con el ID 71190 Centro Poblado el Llanito y ID 71189 Centro poblado el Silencio, ambas del municipio de Buenos Aires en el departamento del Cauca, es que se considera jurídicamente viable la modificación contractual solicita en aras de lograr el fin máximo de la contratación estatal cual es la prestación real y efectiva del servicio contratado con el prestador INRED pero especialmente cuando el Contrato de Aporte No. 618 de 2019, no previó una solución al respecto, por lo que le es dable a las partes así convenirlo y materializarlo en un Otrosí modificatorio al Contrato de Aporte.

En línea con lo anterior, es razonable concluir que la modificación que propone el Contratista, relacionada con el cambio de las dos Zonas Digitales en mención a otro municipio del departamento del Cauca, y que sean seleccionadas por la Entidad, pero donde se permita el ingreso para las labores de instalación y mantenimiento, sin adición de recursos por parte del Fondo Único de Tecnologías de la Información, en el entendido de que INRED asumirá los costos a que haya lugar con el fin de lograr el inicio de la operación de estas dos (2) Zonas Digitales, tiene una causa real y cierta, diferente a la mera voluntad de las Partes y se soporta con los argumentos expuestos en la comunicación del Contratista AUS-INRED-DIRINFRA-118-20 radicado MinTIC 201050057 del 31 de agosto de 2020 aunado a que el Contrato de Aporte No. 618 de 2019 dentro de su clausulado y anexo técnico no permitió la facultad de cambiar las Zonas Digitales en etapa de Instalación y Puesta en Servicio aunado a la imposibilidad fáctica de acceso a las zonas digitales prolongada e indefinida en el tiempo, distinta a la suspensión temporal de las obligaciones, que como bien se indica obedece a una temporalidad limitada y para el caso de marras, la imposibilidad de acceso a las zonas se ha venido manteniendo a lo largo de más de ocho (8) meses, como lo menciona el Contratista en su misiva y que ha sido de conocimiento y al respecto ha conceptuado en otras oportunidades la Interventoría.

Así las cosas, sobre las modificaciones del contrato y la necesidad de que se soporten en

causas reales diferentes a la mera voluntad de las partes, se pronunció el Consejo de Estado, en Concepto de la Sala de Consulta C.E. 00071 de 2017 del doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) indicando que:

> *¨ El común acuerdo en derecho administrativo es una manera de modificación del contrato estatal, pero en si mismo no es una causa o razón para hacerla.*
>
> *¨(…)*
>
> *Aplicando la regulación del artículo 16 de la ley 80 de 12993, es posible modificar de común acuerdo el contrato de concesión de servicio público, cuando existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio y se busque un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los mismos siempre que se demuestre que no hacer la modificación acarrearía una grave afectación del servicio¨*
>
> *¨(…)*
>
> *El mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la mas 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 a la mera voluntad de los contratantes¨*
>
> *¨(…)*
>
> *"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, (ibidem), 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".*

Empero y al ser los contratos estatales por naturaleza contratos de largo plazo en los cuales no es posible proveer desde su estructuración, todas aquellas situaciones que se puedan presentar y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de esas posibles variables y contingencias que surjan en el desarrollo de su objeto, es dable permitir su flexibilidad y adaptabilidad ante las condiciones cambiantes que se desplieguen en el desarrollo del objeto contratado, a efectos de disponer soluciones ágiles que permitan la eficiencia en la prestación del servicio.

Es por ello que, respecto a la modificación de los contratos, ha señalado el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

> *"(…) Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración."

De igual forma, el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia y la doctrina, han validado las modificaciones a los contratos estatales, permitiéndolas entre otros, en el marco del artículo 14 ibidem, que a la letra refiere:

"Artículo 14: "(…) 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 2o. 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."

Entonces, tenemos que es el legislador quien le otorga a las partes la libertad de regular los contratos e introducir las modificaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a ninguna norma y que se enmarquen dentro de los fines de la contratación estatal y la buena administración, no obstante no ser esta la única justificación válida para su modificación, pues **adicionalmente deben existir razones ciertas y validas que la precedan**, tal como la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 15 de agosto de 2017, frente a la modificación de los contratos indicó que:

"Cualquier modificación que se haga a un contrato estatal debe respetar los principios generales de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política) y los principios de la contratación estatal, señalados en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En esa medida, tales variaciones no pueden hacerse con la finalidad ni con el efecto de desproteger los derechos e intereses del Estado, representado por la entidad pública contratante, ni pueden vulnerar los derechos de los proponentes y demás participantes en el proceso de selección. Por lo tanto, la Sala entiende que los cambios o ajustes a los contratos estatales que reúnan las siguientes condiciones pueden ser realizados válidamente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y dando primacía al fin del contrato: (i) que resulten necesarios para la adecuada ejecución del contrato y el logro de la finalidad perseguida con el mismo, debido a hechos sobrevinientes y no previstos al momento de su celebración; (ii) que mejoren o amplíen la protección de los derechos, activos e intereses del Estado, sin generar un desequilibrio económico en contra del contratista; (iii) que no resulten contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; (iv) que no modifiquen sustancialmente las condiciones esenciales del proceso de contratación y del contrato a celebrar, tales como el objeto principal del contrato (o "núcleo del objeto"), los factores de evaluación y selección, la clase o modalidad del contrato, etc., y (v) que no supongan para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía frente a los otros interesados (por ejemplo, los precalificados) y oferentes durante el proceso de contratación. Esta última situación podría darse

si pudiera inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación".

En ese orden, y en atención a lo dispuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009, tenemos respecto a la modificación de los contratos que:

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado."

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-300 de 2012, manifestó lo siguiente:

"(…) La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. ***En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio****, que no eran previsibles en dicho momento para prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación."*

En ese orden y teniendo que de forma general son válidas las modificaciones que entre las partes se propongan, es menester realizar un análisis técnico y financiero a la modificación propuesta, con el fin de analizar su pertinencia y viabilidad, respecto del cumplimiento de los fines a los que sirve el Contrato de Aporte.

Por otra parte, y dado que el Contratista INRED manifiesta en su solicitud que se encuentra pendiente de una certificación de la Alcaldía de Buenos Aires (Cauca), la Interventoría ve pertinente que la misma sea aportada en un alcance a su solicitud con el fin de completar el soporte probatorio que le da origen a su requerimiento.

Finalmente el Contratista INRED deberá notificar la suscripción del modificatorio respectivo a la Aseguradora, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del mismo e igualmente se obliga a ampliar las suficiencias y vigencias de las garantías constituidas en los términos en que se planteen en el modificatorio así como a presentar el respectivo anexo de la garantía ante el Fondo Único de TIC.

2. Concepto Técnico

Dado que no existe procedimiento de cambio de Zonas Digitales es interesante que se explore la posibilidad planteada.

En referencia a la obligación **1.2.2 OBLIGACIONES TÉCNICAS DE LA INTERVENTORÍA** del Anexo Técnico de Interventoría, en lo que respecta al Subnumeral 1.2.2.2. Obligaciones de la Interventoría para la etapa de planeación e instalación del proyecto y 1.2.2.3. Obligaciones relativas a la etapa de operación, la Interventoría hará los respectivos seguimientos a las obligaciones contractuales del Anexo Técnico del Contrato de Aportes del Ejecutor del Proyecto, asegurando que se cumpla con lo estipulado en la obligación General **ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS DE LA SOLUCION DE ACCESO (ZONA WiFi)** y sus respectivos subítems, indicando que**,** la Interventoría revisará y validará, los numerales sobre las obligaciones: **2.11.1 DOCUMENTOS DE PLANEACIÓN** específicamente en el ítem 2.11.1.4 Documento de Estudio de Campo con el fin de ser aprobados de acuerdo a lo señalado en la obligación **2.11.2 APROBACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE PLANEACIÓN,** posteriormente, la Interventoría verificará y validará la obligación **2.11.3 INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO DE LAS SOLUCIONES DE ACCESO (ZONAS WiFi),** a través del protocolo de Verificación Remota Virtual, el cual se deberá realizar para las dos Zonas Digitales del Departamento del Cauca.

Desde lo técnico es importante garantizar la seguridad e integridad del Personal Técnico para la verificación de la instalación y dadas las condiciones de orden público en Cauca la Sugerencia de la Interventoría que se mantenga la Verificación Remota Virtual como medida de mitigación del riesgo para las dos Zonas Digitales pendientes de verificación de instalación y la puesta en servicio de la operación.

Cronograma sugerido para la ejecución de las actividades:

Meta No.	Descripción de las obligaciones relacionadas con cada una de las metas	Plazo Máximo de Entrega
1.	Entrega de los Estudios de Campo de las dos (2) Zonas Digitales del departamento del Cauca.	Hasta quince (15) días calendario después de la suscripción del otrosí correspondiente.
2.	Instalación y puesta en servicio de las dos (2) Zonas Digitales del departamento del Cauca.	Hasta treinta (30) días calendario después de la suscripción del otrosí correspondiente.
3	Verificación y concepto de aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio de las dos (2) Zonas Digitales del departamento del Cauca.	Máximo hasta quince (15) días calendario después de la entrega de la instalación y puesta en servicio de las dos (2) Zonas Digitales del departamento del Cauca
4	Operación y mantenimiento de las dos (2) Zonas Digitales del departamento del Cauca.	21 meses contados a partir de la aprobación de la instalación.

3. Concepto Financiero

Teniendo en cuenta que en el Anexo Técnico no se menciona una relación con el costo de los cambios o traslados de las Zonas Digitales, desde el componente financiero de la Interventoría se considera viable, siempre y cuando el cambio se realice a cuenta y riesgo del ejecutor, es decir sin afectar el valor del contrato ni esperar retribución adicional por parte de la entidad, teniendo en cuenta que estas instalaciones ya fueron pagadas. Es de anotar que una vez aprobado y realizado el cambio, INRED debe actualizar el inventario de bienes según corresponda y garantizar el ingreso de las nuevas zonas al fideicomiso en cumplimiento del contrato de Comodato, el cual deberá ser modificado en lo que aplique de acuerdo con este cambio para transferir los bienes.

Por otra parte, la aprobación de estos cambios a nuevos puntos en donde sea posible iniciar la operación, se podrán legalizar los recursos pendientes en la Fiducia y que corresponden a estas dos Zonas Digitales.

Finalmente, se reitera que la modificación solicitada por el Contratista INRED no implica adición presupuestal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De conformidad con lo expuesto en este escrito, esta Interventoría comparte la propuesta de modificación al contrato hecha por el Contratista Red de Ingeniería SAS - INRED al Fondo Único de Tecnologías de la Información dadas las situaciones y dificultades operativas que se le han presentado relacionadas con alteraciones de orden público, las cuales tienen una causa real y cierta, diferente a la voluntad de las partes.

Por lo anterior, esta Interventoría considera que es viable jurídica, técnica y financieramente, la modificación contractual puesta a su consideración, dado que se respetan los principios de la contratación estatal, como quiera que con las modificaciones propuestas se salvaguarda el interés general del proyecto y se garantiza la prestación real y efectiva del servicio público de Internet a la comunidad y en ese orden se recomienda a la Entidad proceder a realizar la modificación contractual solicitada por el contratista.

En todo caso, será el Fondo Único de Tecnologías de la Información en su calidad de Entidad Contratante, quien tome la determinación de elaborar y suscribir de común acuerdo con Red de Ingeniería SAS – INRED dicha modificación, estableciendo las condiciones y estipulaciones que consideren pertinentes.

Atentamente,

Digitally signed by ELIECER MORA
DN: cn=ELIECER MORA, gn=ELIECER MORA, c=Colombia l=CO o=PMO ou=PMO e=gmo.manager @solycom.co
Reason: I am the author of this document
Location:
Date: 2020-09-08 07:57:05:00

ELIECER ARMANDO MORA ACOSTA
Director General de Interventoría