Bogotá, D.C., 02 octubre 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 alcance solicitud de modificación contractual realizada por el contratista RED DE INGENIERÍA S.A.S. INRED - Contrato de aporte 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-189-20

En cumplimiento de nuestras obligaciones 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 el alcance a la solicitud de modificación contractual realizada por el contratista RED DE INGENIERÍA S.A.S. INRED, mediante comunicado **AUS-INRED-DIRINFRA-126-20** con radicado MinTIC No. 201056741 del 24 de septiembre de 2020 a su oficio No. **AUS-INRED-DIRINFRA-118-20** radicado Mintic 201050057 del 31 de agosto de 2020, en la que en esta oportunidad indicó que:

> *"Dando alcance al comunicado AUS-INRED-DIRINFRA-118-20 del 31 de agosto del presente, con radicado No. 201050057, informamos que la situación de orden público en el Municipio de Buenos Aires Cauca se mantiene y como se señala mas adelante estos permanentes hechos de violencia impiden que INRED pueda restablecer el servicio de las dos (2) Zonas Digitales pendientes en el Municipio, motivo por el cual reiteramos la solicitud de autorizar 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. 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.*

(…)

4. Solicitud

Como se solicitó en el comunicado anterior, ***reiteramos la necesidad de realizar el cambio de las dos Zonas Digitales en mención a otros centros poblados donde se permita el ingreso para labores de instalación y donde posteriormente no se afecte la operación de las Zonas Digitales****; la situación de orden publico en la región ha empeorado y no podemos permitir otro caso de desaparición similar a la de nuestro técnico de campo ocurrido en diciembre pasado.*

Con el fin de lograr el inicio de operación de estas dos (2) Zonas Digitales, en esta oportunidad proponemos que, de mutuo acuerdo entre las partes, se establezca la selección de cualquier centro poblado, incluso fuera de Cauca, pero dentro de los 20 departamentos incluidos en el Contrato, para realizar la instalación de estas dos (2) Zonas Digitales, sin que el valor del contrato se vea afectado, INRED asumirá los costos a que haya lugar de tal manera que se de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Aporte para la totalidad de las Zonas Digitales incluidas en el mismo.".

Esta Interventoría se permite ratificar su concepto integral de viabilidad, emitido mediante la comunicación AUS-INTV-DIRINFRA-177-20 radicado en MinTIC con el número 201052193 el 8 de septiembre de 2020, en la cual se concluyo y recomendó:

"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".

Por otra parte, y en atención a la propuesta del contratista INRED relacionada con que, "*de mutuo acuerdo entre las partes, se establezca la selección de cualquier centro poblado, incluso fuera de Cauca, pero dentro de los 20 departamentos incluidos en el Contrato*", la Interventoría indica que no le es posible conceptuar u opinar respecto de tal requerimiento, dado que no cuenta con competencia para discernir sobre situaciones, que tal como lo expresa el Contratista INRED, deberán ser pactadas y acordadas previamente entre las partes máxime cuando la misma no se encuentra contemplada en el Contrato de Aporte.

No obstante lo anterior, la Interventoría considera viable jurídicamente la modificación solicitada por el Contratista INRED, 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, máxime cuando en esta oportunidad la solicitud de seleccionar entre las partes la ubicación de las 2 zonas digitales se ubica dentro de los 20 departamentos incluidos en el "*universo de elegibles*" de la distribución territorial de los Centro poblados contemplados contractualmente.

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 línea con lo anterior, desde el punto de vista técnico y jurídico en criterio de esta Interventoría, se considera viable la solicitud del Operador y podrá ser materializada, si así a bien lo tienen las partes de común acuerdo, en un modificatorio contractual; no obstante, la Interventoría recomienda a **MinTIC** se tengan en cuenta los criterios de elegibilidad tales como:

- Que cuenten con Dificultad de Acceso baja.
- Se cuente con energía eléctrica interconectada.
- Que exista dentro del centro poblado una zona de gran concurrencia.

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.

Atentamente,

Digitally signed by ELIECER MORA
DN: cn=ELIECER MORA gn=ELIECER MORA c=Colombia l=CO o=PMO ou=PMO e=pmo.manager@solycom.co
Reason: I am the author of this document
Location:
Date: 2020-10-02 09:36-05:00

ELIECER ARMANDO MORA ACOSTA
Director General de Interventoría

C.C.:
- **RAZÓN SOCIAL:** RED DE INGENIERIA S.A.S. - INRED - **NOMBRE:** YAMIT DANILO AMAYA QUINTERO **- CARGO:** GERENTE DE PROYECTO **- DIRECCIÓN:** CARRERA 49 #87-41 - **CIUDAD:** BOGOTA.