



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación interna: 2482

Número único: 11001030600020220012900

Referencia: Contratos de aporte en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TIC). Contratos de fiducia mercantil. Modificación de los contratos estatales. Reforma de algunas cláusulas de los contratos de aporte y de fiducia mercantil vigentes

El Gobierno nacional, por conducto de la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil su concepto sobre la posibilidad de modificar ciertas cláusulas de: i) los contratos de aporte suscritos por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, Futic), para llevar el servicio público esencial de internet a las zonas más apartadas del país, y ii) los contratos de fiducia mercantil suscritos como consecuencia de tales contratos de aporte, para la administración y ejecución de los recursos.

I. ANTECEDENTES

La funcionaria consultante expuso, como antecedentes, los siguientes:

1. El manual de contratación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, Mintic) se refiere a los contratos de aporte, en los siguientes términos:

Esta tipología [...] responde a una figura atípica de contratación, mediante la cual el Ministerio/ Fondo Único de TIC asigna unos recursos de fomento al adjudicatario del proceso de selección objetiva o al contratista bajo la modalidad de contratación directa, para que éste los tenga como propios y desarrolle por su cuenta y riesgo el proyecto encomendado, sujeto en todo caso a una condición resolutoria que aplica en el evento en que no se cumpla el modo o requerimientos establecidas en los términos del proyecto, el asignatario no tiene libre disponibilidad dado el carácter finalista de la función y por tanto se debe acordar que en caso de que el asignatario incumpla las obligaciones que adquirió, el contrato se pueda terminar de inmediato.

Se trata entonces de una asignación modal, que se realiza de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro III, artículos 1147 y ss. del Código Civil, normas aplicables a los contratos por disposición del artículo 1550 del mismo ordenamiento, en concordancia con lo reglado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. [...]¹

¹ Manual de contratación del Ministerio y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, página 24.

2. Con fundamento en lo anterior, el Futic abrió y llevó a cabo la licitación FTIC-LP-038-2020, con el objeto de «[e]jecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada, obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico».

La finalidad de este proceso de selección, y de los contratos resultantes, consiste en llevar el servicio público esencial de internet a las zonas más apartadas del país, distribuidas en dos regiones: A y B.

3. Como resultado de la licitación, el Futic, en calidad de contratante, suscribió los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022, para las regiones A y B, respectivamente. Igualmente, se celebraron los contratos de fiducia mercantil 396530 de 2021 y 3-1-107004 de 2022, para el adecuado control, administración y ejecución de los recursos entregados en virtud de los contratos de aporte.

4. Hicieron parte de los documentos del proceso precontractual las *minutas del contrato de aporte*, las cuales tuvieron algunas modificaciones frente a lo previsto en los pliegos de condiciones y en las minutas utilizadas en procesos de selección y negocios jurídicos similares, realizados y celebrados en el pasado por el Futic o el Mintic.

Los cambios efectuados a las minutas de los contratos de aporte atañen, específicamente, al manejo de los recursos desembolsados y a la reinversión de los descuentos efectuados a los contratistas, por el incumplimiento en los indicadores técnicos acordados. A juicio de la ministra, dichos cambios generan dificultades en la ejecución de tales contratos.

5. Sobre los recursos desembolsados, la ministra precisa que, en los procesos de selección realizados en anteriores oportunidades, se establecía que los dineros cuya ejecución no se hubiera autorizado, al vencimiento del plazo final del negocio jurídico, debían ser reintegrados a la entidad contratante, por lo que el monto de lo no ejecutado se determinaba solo hasta el acta de liquidación.

A este respecto, precisa que la ejecución presupuestal de los recursos públicos comprendidos en los contratos de aporte se lleva a cabo cuando estos son transferidos a las fiduciarias que han sido contratadas para su administración, y que, a partir de ese momento no se aplican a tales fondos las normas ni los principios del Presupuesto General de la Nación.

6. Ahora bien, como los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022 tienen un contenido parcialmente distinto al de aquellos que suscribía normalmente el Futic, en las minutas de los contratos de fiducia mercantil, y en tales contratos, también se estipularon cláusulas diferentes a las que eran la usanza, así:

- i) Que cuando, de los recursos desembolsados, queden sumas de dinero que no cumplan las condiciones para su utilización, el FUTIC definirá su destinación «dentro de la

respectiva vigencia fiscal», e impartirá las instrucciones correspondientes a la fiduciaria, y

- ii) Que «[t]odos los recursos ejecutados durante la vigencia deben ser legalizados dentro de la misma vigencia»².

Las referidas cláusulas del contrato de fiducia van en contra de la naturaleza del contrato de aporte y se convierten en una condición de imposible cumplimiento, debido a que, en la fase de ejecución de este negocio, según la estructura de cada proyecto, pueden presentarse desembolsos en los últimos meses del año, los cuales no alcanzarían a ser legalizados dentro de la misma vigencia, por lo que los recursos correspondientes se perderían.

7. Reitera la ministra que la ejecución presupuestal de los recursos públicos comprendidos en los contratos de aporte se lleva a cabo cuando son transferidos a las fiduciarias y que, a partir de ese momento, no se aplican a dichos recursos las normas ni los principios del Presupuesto General de la Nación.

Sin embargo, las estipulaciones mencionadas de los contratos de fiducia dificultan el desarrollo del contrato de aporte, la ejecución de los recursos, conforme a la estructura técnica y financiera del contrato, y, en general, la gestión de dicho negocio jurídico por parte del Futic. Además, resultarían más exigentes que las normas previstas para el Presupuesto General de la Nación, que permiten efectuar reservas presupuestales, con el fin de utilizar los recursos no ejecutados en una vigencia fiscal, durante el año siguiente.

8. También señala, en lo atinente a la reinversión de los recursos descontados por incumplimientos, que, en los contratos de aporte del sector de las TIC, se pacta que los recursos no aprobados por la interventoría, por no haber cumplido el contratista los indicadores técnicos estipulados, se descuenten y sean transferidos a una subcuenta del patrimonio autónomo que surge por virtud del contrato de fiducia, denominada «reinversión de recursos». Tales sumas deben reinvertirse en otras actividades no previstas expresamente en el contrato de aporte, y si no son reinvertidas, la fiduciaria debe reintegrarlas al Futic.

Sin embargo, en los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022, se presenta un inconveniente, relacionado con el plazo que se estipuló para reinvertir o, en su defecto, devolver los recursos, porque dicha reinversión debe hacerse dentro de la misma vigencia (año) fiscal, y la devolución de las sumas no reinvertidas tiene que hacerse dentro de los tres primeros meses del año siguiente.

Lo anterior, además de desconocer la naturaleza del contrato de aporte y la distribución de riesgos inherente a dicho tipo contractual, impide que el Futic obtenga beneficios

² En este punto, se define que la «legalización de los recursos» consiste en la entrega de un informe sobre su ejecución, durante el mes anterior, aprobado por los representantes legales del ejecutor y de la interventoría, así como por el supervisor del contrato, lo cual debe hacerse antes del día 25 de cada mes.

adicionales con la ejecución del contrato, y genera los siguientes inconvenientes: *i)* los recursos descontados son, muchas veces, insignificantes, por lo que no se justifica su reinversión, y *ii)* los descuentos al contratista pueden hacerse durante los últimos meses del año, lo que hace casi imposible su reinversión.

Lo que ocurría en los negocios jurídicos similares suscritos en el pasado era que la reinversión debía hacerse dentro del plazo del contrato de aporte, y la restitución debía efectuarse: *i)* al final; *ii)* a la terminación anticipada del contrato, o *iii)* al vencimiento del plazo.

9. Por lo explicado, la ministra considera que es necesario modificar los contratos 1042 de 2020 y 749 de 2022, así como los de fiducia 396530 de 2021 y 3-1-107004 de 2022, lo cual, a su juicio, está permitido por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, así como también por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, que señala, al respecto, que es posible modificar un contrato estatal cuando se requiera para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público, lo que ocurriría en este caso, a su juicio, por tratarse de un servicio de carácter esencial.

En esa medida, resulta necesario modificar, específicamente, la cláusula quinta, párrafos primero y quinto, de los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022, en las cuales se estipuló que la reinversión debe hacerse dentro de la misma vigencia fiscal y la devolución de las sumas no reinvertidas tiene que hacerse dentro de los primeros tres meses del año siguiente.

10. La reforma de los contratos de aporte implicaría, a su vez, la necesidad de modificar los respectivos contratos de fiducia mercantil 396530 de 2021 y 3-1-107004 de 2022.

11. Por último, advierte la consultante que los cambios relacionados con la reinversión y la devolución de sumas no reinvertidas «no alterarían los elementos esenciales del contrato de aporte ni del contrato de fiducia».

Con base en lo explicado, la ministra de Tecnologías de la Información y Comunicaciones formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿De conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico que rige la contratación estatal, ¿[sic] es procedente modificar los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022 respecto de los desembolsos y de la reinversión de los descuentos, de conformidad con lo expuesto?
2. ¿Es procedente la modificación de los correspondientes contratos de fiducia que se derivan de cada uno de los contratos de aporte, entre quienes los suscribieron y en consonancia con las normas que los rigen?

II. CONSIDERACIONES

A. Problemas jurídicos de la consulta

De acuerdo con lo expuesto por la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, son dos los problemas jurídicos involucrados en la consulta:

1. ¿Es procedente modificar los contratos de aporte suscritos por el Futic, como resultado de la licitación FTIC-LP-038-2020, en lo que atañe a las cláusulas de desembolsos, legalización y reinversión de descuentos?
2. ¿Es procedente modificar los contratos de fiducia suscritos para el adecuado control, administración y ejecución de los recursos de los contratos de aporte del sector de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones?

Para solucionar estos problemas jurídicos, la Sala estudiará los siguientes temas: *i)* los contratos estatales de aporte, en particular, en el sector de las TIC; *ii)* los negocios fiduciarios y, en especial, el contrato de fiducia mercantil; *iii)* la modificación de los contratos estatales, y *iv)* análisis y solución del caso concreto.

B. El contrato estatal de aporte: su utilización en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)

1) Naturaleza y características principales

El contrato de aporte, en el sector de las TIC, aparece definido en el Manual de Contratación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones³, así:

Esta tipología contractual responde a una figura atípica de contratación, mediante la cual el Ministerio/Fondo Único de TIC asigna unos recursos de fomento al adjudicatario del proceso de selección objetiva o al contratista bajo la modalidad de contratación directa, para que éste los tenga como propios y desarrolle por su cuenta y riesgo el proyecto encomendado, sujeto en todo caso a una condición resolutoria que aplica en el evento en que no se cumpla el modo o requerimientos establecidas [sic] en los términos del proyecto, el asignatario no tiene libre disponibilidad dado el carácter finalista de la función y por tanto se debe acordar que en caso de que el asignatario incumpla las obligaciones que adquirió, el contrato se pueda terminar de inmediato.

Se trata entonces de una asignación modal, que se realiza de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro III, artículos 1147 y ss. del Código Civil, normas aplicables a los contratos por disposición del artículo 1550 del mismo ordenamiento, en concordancia con lo reglado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Para la utilización de este negocio jurídico en ningún caso se puede entender como un contrato conmutativo o sinalagmático, teniendo en cuenta que son de índole estrictamente social o de proyección económica, no puede confundirse con los contratos de adquisición e instalación de bienes, prestación de servicios o concesión para el servicio de telecomunicaciones, en los cuales las entidades contratantes pagarían un precio por el bien

³ Documento visible en:

https://www.mintic.gov.co/portal/715/articles-51474_manual_contratacion_u20210331.pdf.

o por la prestación del servicio, vale decir, estarían remunerando en condiciones de equivalencia al contratista por la ejecución de lo que se le ha contratado.

En todo caso, para su utilización debe revisarse que se presenten beneficios que se miden prioritariamente en la proyección social de las soluciones tecnológicas puestas al servicio de la comunidad, no se paga por un producto o por unos servicios; se debe tener presente que se entregan recursos para la implementación de un proyecto que se considera importante para el desarrollo del país.

El contrato de aporte del sector de las TIC es, pues, un negocio atípico, que regula el modo en que un operador se obliga a realizar ciertas actividades de interés público o a prestar un servicio público, con los bienes o recursos que la entidad estatal contratante le asigne. Con estos contratos, se busca cumplir, de manera eficiente, con algún fin esencial del Estado, ya sea de orden social o económico.

El manual de contratación del Mintic señala que, al contrato de aporte, pese a su atipicidad, se le aplican las reglas del Capítulo 4.º, Libro 3.º, del Código Civil, en especial, lo dispuesto en el artículo 1147, por incluir una asignación modal. Dicha norma establece:

Artículo 1147. Definición de asignación modal. Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Concepto 2060⁴ del 21 de septiembre de 2011, respecto de un contrato de aporte similar a los que son objeto de esta consulta, y el cual tenía como propósito «la instalación, operación, mantenimiento y prestación de servicios de conectividad a Internet», destacó las siguientes características:

- i) La figura de una asignación modal (contemplada en el artículo 1147 del Código Civil), que debía entenderse, en ese caso, como: 1) la entrega que las entidades contratantes (Estado) hacen de unos recursos (aporte) a una persona (operador), 2) quien los recibe como propios, 3) con la obligación de destinarlos a un fin especial, 4) bajo la condición resolutoria de restituirlos, junto con sus frutos, en caso de no cumplirse el modo.
- ii) El aporte corresponde a la suma de dinero que las entidades contratantes asignan al operador, quien lo recibe y tiene como propio, y debe entenderse como el pago «o remuneración» por el desarrollo del contrato. Forman parte del aporte, los rendimientos financieros netos generados con las sumas entregadas.
- iii) La constitución, previa al cumplimiento de la obligación, por parte del operador, de un fideicomiso, en la modalidad de patrimonio autónomo, que debe administrar los recursos entregados a título de aporte, al cual el operador se obliga a transferir dichos recursos.
- iv) Los rendimientos financieros resultantes de las inversiones temporales realizadas por la fiduciaria deben aplicarse a los fines del contrato, y el operador solamente podrá disponer

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2060 del 21 de septiembre de 2011.

de ellos una vez cumplida la etapa posterior a las instalaciones, es decir, a la terminación del contrato.

En síntesis, el contrato en comento, como su nombre lo indica, supone la asignación o transferencia de unos recursos (*aporte*), por parte de una entidad estatal a un contratista, para que este desarrolle, con estos, por su cuenta y riesgo, un proyecto que presente beneficios o soluciones tecnológicas para la comunidad, o sea de importancia para el país, recursos que, de no ejecutarse, total o parcialmente, deben ser restituidos al contratante, junto con sus frutos.

Finalmente, la Sala considera necesario recordar que los manuales de contratación de las entidades públicas deben establecer las competencias internas para la apertura y tramitación de los procesos de contratación estatal, en sus diferentes modalidades, así como para controlar la ejecución de los contratos y efectuar su liquidación, entre otras actividades; pero no es propio de este tipo de documentos definir los tipos de contratos que pueden celebrarse, su naturaleza y características ni, menos aún, sus efectos jurídicos, todo lo cual se encuentra reservado al Legislador.

La Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, en el documento intitulado *Lineamientos generales para la expedición de manuales de contratación*⁵, define los manuales de contratación, en los siguientes términos:

El Manual de Contratación es un documento que: (i) establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, (ii) da a conocer a los partícipes del Sistema de Compra Pública la forma en que opera dicha Gestión Contractual. El Manual de Contratación es también un instrumento de Gestión Estratégica puesto que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal.

Los Manuales de Contratación deben estar orientados a que en los Procesos de Contratación se garanticen los objetivos del Sistema de Compra Pública incluyendo eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo del Riesgo y publicidad y transparencia.

Para las Entidades Estatales que aplican regímenes especiales de contratación, el Manual de Contratación también es el instrumento que define los Procedimientos para seleccionar a los contratistas.

En esa medida, la Sala invita respetuosamente al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a revisar su Manual de Contratación, con el fin de hacer los ajustes necesarios, conforme a lo explicado, especialmente, para suprimir aquellos aspectos que no resultan propios de esta clase de documentos, como la definición del contrato de aporte o de otros contratos.

⁵ Visible en:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacion.pdf.

2) Los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007⁶, entre otras normas, el Futic abrió y llevó a cabo la licitación FTIC-LP-038-2020, con el siguiente objeto:

Ejecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico.

Según los respectivos pliegos de condiciones, una vez el Futic definió la cantidad de centros digitales a realizar y la duración del proyecto, la licitación se dividió en dos regiones, con la finalidad de adjudicar sendos contratos de aporte.

Con base en la adjudicación, se suscribieron los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022, objeto de la consulta.

Para la región B, es importante recordar que, inicialmente, se firmó el contrato de aporte 1043 de 2020, con la unión temporal Centros Poblados Colombia 2020. No obstante, como consecuencia de la declaración de caducidad de dicho contrato, el Futic, con base en lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 9⁷ de la Ley 1150 de 2007, decidió contratar al proponente calificado en el segundo lugar del proceso de selección, pues ese contrato no se había ejecutado en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%).

Así, el 30 de diciembre de 2021, el Ministerio suscribió un memorando de entendimiento con la unión temporal ETB NET Colombia Conectada⁸, en el que consta la intención de las partes de celebrar un nuevo contrato de aporte, con el objeto de ejecutar el proyecto *Centros Digitales*, para esta región. Con base en lo anterior, el Futic, mediante la Resolución 00703 del 18 de mayo de 2022, adjudicó el contrato a dicha unión temporal, lo que dio lugar al contrato de aporte n.º 749 del 19 de mayo de 2022.

Ahora bien, las características principales de estos contratos son:

- **Objeto:** ejecutar en una de las regiones determinadas por los documentos precontractuales, el proyecto *Centros Digitales*, lo cual implica realizar la planeación,

⁶ Artículo 2°. *De las modalidades de selección.* La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del Contratista se efectuará por regla general a través de la licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo. [...]

⁷ «Artículo 9°. *De la adjudicación.*

[...]

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar».

⁸ Compuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) y Skynet de Colombia S.A.S., y fue el proponente calificado en segundo lugar, dentro del proceso de la licitación FTIC-LP-038-2020.

instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura, para prestar el servicio de internet, bajo unas condiciones específicas.

- **Forma de pago e imputación presupuestal:** el manejo de los recursos del contrato se realizará por conducto de la constitución de un patrimonio autónomo, a partir de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, suscrito por el contratista, cuyo beneficiario será el Futic. Los recursos desembolsados serán entregados por la fiduciaria en la medida en que se cumpla la gestión encomendada por el fideicomitente (contratista).

- **Contratante:** Futic.

- **Cláusula resolutoria de asignación modal:** ante la destinación indebida de los recursos o la terminación anticipada del contrato, el contratista deberá devolver la totalidad de los recursos que hayan sido entregados por la fiduciaria, a cualquier título, al contratista o a terceros. También se devolverán al Futic los recursos que permanezcan en la fiduciaria y no hayan sido utilizados.

- **Primer desembolso:** 6,46%, aproximadamente, del total del contrato, por concepto de anticipo, lo cual, en el contrato 1042 de 2020, equivale a \$68.852.323.567,00, y en el contrato 749 de 2022, a \$70.243.279.599,00.

- **Plazo de ejecución:** para el contrato 1042 de 2020: hasta el 30 de junio de 2031, y para el contrato 749 de 2022: diez años y seis meses.

- **Cláusula de modificación, terminación e interpretación unilateral:** ambos contratos prevén que podrán ser terminados, modificados e interpretados unilateralmente por el Futic, con sujeción a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993.

- **Garantías:** la suscripción de los contratos obliga a constituir, a favor del Mintic y del Futic, pólizas expedidas por compañías de seguros, garantías bancarias o, en general, cualquier mecanismo de cobertura de riesgos previsto en el Decreto 1082 de 2015⁹.

De lo explicado en este capítulo, se pueden extraer las siguientes conclusiones principales:

- Los denominados «contratos de aporte» son una modalidad de contrato estatal atípico, utilizado, entre otros sectores, en el de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- Dicho contrato implica que una entidad pública asigna unos bienes o recursos al contratista seleccionado, para que los destine exclusivamente, y por su cuenta y riesgo, a la prestación del servicio o la realización de la actividad de interés público

⁹ «Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional».

acordada, para cumplir un determinado fin del Estado, so pena de verse obligado a devolver tales activos, con sus respectivos rendimientos (condición resolutoria).

- En este caso, en particular, los contratos de aporte suscritos por el Futic, como resultado de la licitación FTIC-LP-038-2020, tienen por objeto ejecutar el proyecto *Centros Digitales*, en la región asignada (A o B), con el fin de prestar el servicio esencial de internet en las zonas más apartadas del país. Para tal fin, el contratista se obliga a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura requerida para prestar dicho servicio, en las condiciones establecidas en el Anexo Técnico.
- Asimismo, los aportes recibidos del Estado, deben ser administrados, invertidos y utilizados, para los fines del contrato de aporte, a través de un patrimonio autónomo, constituido en virtud de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, por parte de cada contratista.

C. Los negocios fiduciarios y el contrato de fiducia mercantil, en particular¹⁰

1) Naturaleza y características principales

Los negocios fiduciarios son actos jurídicos de confianza, en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad, con el propósito de que esta última cumpla una finalidad específica, ya sea en beneficio del constituyente (fideicomitente) o bien de un tercero. Esta clase de negocios incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los contratos estatales denominados *fiducia pública*, de que trata el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias)¹¹.

La fiducia mercantil está regulada en el artículo 1226 del Código de Comercio, como un contrato en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario.

Con los bienes entregados por el fiduciante se conforma un patrimonio autónomo, el cual no constituye una persona natural ni jurídica, ni una sociedad de hecho.

El encargo fiduciario es una modalidad de negocio fiduciario que, a diferencia de la fiducia mercantil, no supone la transferencia de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo, sino la administración de unos bienes, los cuales, por ende, no salen del patrimonio del constituyente. Su regulación conjuga elementos del contrato de fiducia, previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio, y del contrato de mandato.

¹⁰ Sobre este tema, la Sala de Consulta se pronunció ampliamente, en el Concepto 00005 del 30 de junio de 2022. También se puede consultar el Concepto 2306 del 24 de abril de 2017, de la misma Sala.

¹¹ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica Jurídica n.º 029 del 3 de octubre de 2014.

El encargo fiduciario público y la fiducia pública son modalidades de negocios fiduciarios, cuyo fideicomitente o constituyente es una entidad estatal, y no una persona de derecho privado. Por lo tanto, se trata de contratos estatales, que están regulados, en primer lugar, por los principios y las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y las demás que la han modificado y adicionado, y en lo no previsto en dicha normativa, por las disposiciones del derecho privado.

Sobre los rasgos comunes de la fiducia mercantil, el encargo fiduciario, la fiducia pública y el encargo fiduciario público, el Consejo de Estado se ha pronunciado, así:

Igualmente se tiene presente que el encargo fiduciario, la fiducia mercantil y la fiducia pública prevista en la Ley 80 de 1993 son modalidades del contrato fiduciario que revisten particularidades diferentes pero gozan de unas características comunes, especialmente aquella que se refiere a la nota esencial exigida por la ley en relación con la identificación de la finalidad o destinación específica para la cual se celebra el negocio fiduciario. Por esta característica, aunada a la de la entrega de bienes para ejecutar el referido fin, se puede observar que la fiducia es un contrato instrumental, un medio de apoyo para tratar de lograr un fin, el cual está categorizado en la legislación como un servicio financiero, aunque -como bien puede observarse- el objeto del contrato no se restringe necesariamente al manejo de dinero o valores y se puede extender a otro tipo de actividades en relación con los bienes materia de la gestión, dentro de la limitante que supone la propia capacidad legal del encargante o fideicomitente¹².

Bajo este entendido, son rasgos distintivos de los negocios fiduciarios, en general:

- a) La multiplicidad de propósitos que involucra.
- b) Las partes: i) fiduciante, constituyente o fideicomitente; ii) fiduciario, y iii) fideicomisario o beneficiario. El fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona.
- c) La entrega de un bien o un conjunto de bienes (activos), ya sea mediante la transferencia de su propiedad, para la conformación de un patrimonio autónomo, ora mediante su simple entrega, para su administración.
- d) El uso de los bienes o activos para la satisfacción de una finalidad específica, en beneficio del fideicomitente o de un tercero.
- e) La especial confianza depositada por el constituyente en el fiduciario.

La fiducia pública y el encargo fiduciario público están definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007¹³, en los siguientes términos:

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de agosto de 2015, rad. núm. 11001-03-26-000-2010-00027-00(38637).

¹³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

2) Los contratos de fiducia mercantil 396530 de 2021 y 3-1-107004 de 2022

En el numeral 3.3 de los pliegos de condiciones de la licitación FTIC-LP-038-2020, sobre la forma de pago del contrato, se indicó que los recursos del proyecto se manejarían por una fiduciaria, previa celebración de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, por parte del contratista adjudicatario.

Dicho contrato implicaba la transferencia de los recursos para constituir un patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria, con el fin de que esa entidad los administrara y ejecutara, y, en general, desarrollara la gestión encomendada por el contratista (fideicomitente), para el cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato de aporte.

Entre las obligaciones específicas del contratista de aporte, se incluyó la siguiente, en el numeral 3.5.2 del pliego de condiciones:

2. Cumplir los términos y condiciones del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, respecto del cual no podrá pactar ninguna modificación, acuerdo, arreglo, transacción, conciliación, relacionados con su celebración, interpretación, ejecución o terminación, sin la autorización previa y expresa, por escrito, del Fondo Único de TIC. De conformidad con las disposiciones del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, el Contratista asumirá los costos de administración de la fiducia, relacionados con la administración de los recursos a título de anticipo [...].

Para cumplir con lo señalado, se incluyó, en el Anexo n.º 16 (modificado por la adenda núm. 2), la minuta del contrato de fiducia que debía suscribir cada uno de los contratistas de aporte, y se dispuso que el Futic sería el beneficiario de los contratos de fiducia que se suscribieran.

En este punto, es importante resaltar que, según el pliego de condiciones, los contratos *de fiducia* debían ser suscritos entre las firmas que resultaran adjudicatarias en la licitación realizada por el Futic para la celebración del contrato de aporte, y la sociedad fiduciaria que aquellas escogieran. De lo anterior, resulta claro que no se trataba de encargos fiduciarios ni de fiducias públicas, sino de contratos de fiducia mercantil, suscritos por particulares y sujetos, en consecuencia, a las disposiciones del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otras normas.

Así, para la región A, se suscribió el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos núm. 396530, el 19 de enero de 2021, entre Comcel S.A y la Fiduciaria Corficolombiana S.A.

Para la región B, los integrantes de la unión temporal ETB NET Colombia Conectada (fideicomitente) celebraron el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos núm. 3-1-107004, el 13 de junio de 2022, con la fiduciaria La Previsora S.A.

De lo manifestado en este acápite, la Sala extrae las siguientes conclusiones principales:

- Los negocios fiduciarios son actos jurídicos de confianza, en virtud de los cuales una persona (fiduciante, constituyente o fideicomitente) entrega a otra (fiduciario) uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad, con el propósito de que esta última cumpla una finalidad específica, ya sea en beneficio del mismo constituyente o de un tercero (en ambos casos: beneficiario o fideicomisario).
- Dentro de esta clase de negocios, se distinguen, principalmente, el contrato de fiducia mercantil, el de encargo fiduciario y la llamada «fiducia pública». A diferencia de los dos últimos, el contrato de fiducia mercantil, regulado principalmente en el Código de Comercio y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, implica la transferencia de la propiedad de los bienes o recursos respectivos, para constituir con ellos un patrimonio autónomo.
- En el caso de la consulta, los contratos celebrados por los contratistas del Estado, de acuerdo con lo previsto en los respectivos pliegos de condiciones, minutas y contratos de aporte, son contratos de fiducia mercantil.

D. La modificación de los contratos estatales

La modificación de los contratos estatales es un tema que no ha sido objeto de mayores desarrollos legales, razón por la cual, los criterios definidos al respecto han sido, en su mayoría, de creación jurisprudencial.

La Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁴ y la Sección Tercera del Consejo de Estado han estudiado el asunto, en múltiples pronunciamientos, con base en lo cual se ha desarrollado una doctrina coherente y consistente, acerca de la facultad modificatoria del contrato, así como de su alcance y límites.

A este respecto, se analizará, en primer lugar, el origen de la modificación del contrato, según provenga de la voluntad coincidente de las dos partes (bilateral), o de la decisión unilateral de la Administración, como poder exorbitante (*ius variandi*). Luego, se

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1849 del 22 de octubre de 2007, 2150 del 30 de octubre de 2013, 2263 del 17 de marzo de 2016, 2385 del 23 de abril de 2019 y 2473 del 16 de febrero de 2022, entre otros.

recordarán los límites de la facultad de modificación contractual, que la jurisprudencia y la doctrina han inferido de las normas constitucionales y legales.

1) Origen de la facultad de modificación del contrato

a. La modificación del contrato por acuerdo entre las partes

La modificación del contrato puede hacerse por acuerdo de las dos partes, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, reconocido expresamente en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, siempre que se respeten los límites formales y materiales que se explicarán, y que la enmienda resulte necesaria para garantizar o alcanzar, de manera más eficiente y efectiva, los fines de interés público que se persiguen con el contrato. A este respecto, vale la pena citar, en particular, lo que dispone, en su parte pertinente, el artículo 40 de la Ley 80:

Artículo 40.- 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.

[...]

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos [...]

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. [Subrayas añadidas].

Como puede apreciarse, la norma citada permite expresamente que las entidades estatales celebren, no solo contratos (en sentido estricto¹⁵), sino también otros acuerdos que provengan de la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales, siempre que sus estipulaciones no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, los principios y finalidades previstos en la Ley 80 de 1993 y los de la buena administración (transparencia, moralidad, imparcialidad, economía, planeación, responsabilidad y selección objetiva, entre otros). Dichos acuerdos incluyen las convenciones modificatorias y extintivas del contrato (como los acuerdos de terminación anticipada, entre otros).

¹⁵ «[...] actos jurídicos **generadores de obligaciones** que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto [...]» [se resalta], tal como los define expresamente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Esta conceptualización del *contrato estatal* se encuentra en armonía con lo dispuesto en los artículos 1494 y 1495 del Código Civil, sobre la institución jurídica del *contrato*, en general.

Para ratificar lo anterior, el párrafo de la misma norma se refiere a un ejemplo de modificación del contrato estatal, como es la adición, que las partes pueden suscribir de común acuerdo, siempre que se sujeten a los límites y condiciones señalados y que, en este caso en particular, no lleve a superar el valor inicial del contrato en más del 50%.

Vale la pena aclarar que, si bien el artículo 16 de la Ley 80 se refiere, también, a la modificación bilateral del contrato estatal, no lo hace para regular las causales, los límites y las condiciones a las que deba sujetarse esta clase de reforma, sino para precisar que dicha modalidad de enmienda tiene precedencia frente al poder unilateral de la Administración (*ius variandi*), en aquellos eventos en que el Estado puede hacer uso de esta prerrogativa. Es decir, que, aun en las hipótesis descritas en la norma citada, la entidad estatal contratante debe tratar de llegar a un acuerdo con el contratista, antes de ejercer su prerrogativa de modificación unilateral.

Sobre este punto, merece la pena citar lo explicado por esta misma Sala, en el Concepto 2385 de 2019, antes citado:

1. La modificación del contrato estatal, según su origen

La modificación del contrato puede surgir por el ejercicio del poder unilateral de la Administración, o por acuerdo entre las partes.

[...]

b) La modificación del contrato por acuerdo entre las partes

La modificación del contrato por mutuo acuerdo puede tener origen: i) como consecuencia del procedimiento administrativo de modificación unilateral consagrado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, con los supuestos de hecho y requisitos allí consagrados; o ii) por el acuerdo entre las partes, sin sujeción a este procedimiento.

[...]. [Se destaca].

b. La modificación unilateral del contrato o «ius variandi» de la Administración

La facultad de modificación unilateral del contrato, por parte de la Administración, es un instrumento que la ley otorga al Estado para salvaguardar el interés público que subyace al negocio jurídico, y se activa cuando el acuerdo de voluntad entre las partes no ha sido posible, como atrás se explicó.

En efecto, entre los medios que puede utilizar la entidad estatal para asegurar el cumplimiento de los fines buscados con el contrato estatal, se encuentra su prerrogativa de introducir unilateralmente modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato.

Este poder de modificación unilateral afecta uno de los presupuestos básicos de la institución contractual: la regla de que el contrato es ley para las partes (principio *pacta*

sunt servanda)¹⁶, por lo que solo puede ser reformado, en principio, con el consentimiento mutuo de las dos partes. Por esta razón, esa atribución ha sido calificada como un poder exorbitante de la Administración, que se justifica por los fines de interés público que persigue el contrato estatal.

A propósito de esta facultad, la Sala, en el Concepto 1952 del 13 de agosto de 2009, señaló:

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 [...], cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.**

[...]

Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, **y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel.** No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones.

La previsión legal limita esta modificación a situaciones excepcionales, "...con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo". [Negrillas fuera del texto].

Como se expondrá, este poder de modificación no es de carácter absoluto, pues debe entenderse restringido por los principios que orientan la contratación pública; los derechos de los participantes en los procesos de selección objetiva, especialmente, los de igualdad y libre concurrencia, y las garantías que deben otorgarse a los contratistas durante la ejecución del contrato estatal. De esta manera, es dable concluir que el *ius variandi* es una prerrogativa de la Administración, que no es discrecional y está sometida a un estricto control de legalidad.

En esa medida, una característica a destacar de la facultad de modificación unilateral del contrato es su excepcionalidad. Como se desprende de lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 80, la regla general es que el contrato debe mantenerse en los términos establecidos al momento de su suscripción, de modo que su modificación es procedente en supuestos fácticos muy excepcionales, que puedan conllevar la paralización o la grave afectación del servicio público.

¹⁶ Artículo 1602 del Código Civil.

Así las cosas, la excepcionalidad se constata en el acaecimiento de circunstancias imprevisibles. No puede tratarse, entonces, de situaciones que no fueron previstas, pero que razonablemente se hubieran podido considerar en un futuro mediano, o que, bajo un criterio diligente, debieron ser previstas en la planeación del contrato.

De lo anterior se infiere que no puede acudir a la modificación unilateral del contrato con el propósito de subsanar errores cometidos en la etapa precontractual¹⁷, ya sea por acción u omisión de las partes, y, mucho menos, con el objeto de ampliar beneficios o disminuir o modificar sustancialmente el contenido obligatorio del contrato.

Dada la excepcionalidad e imprevisibilidad de cualquiera de las situaciones que permiten la variación unilateral, puede inferirse que los otros oferentes no se hubieran beneficiado o visto afectados con la modificación del contrato, razón por la cual, no se presentaría vulneración alguna a los principios de igualdad y libre concurrencia, o, por lo menos, no con la entidad suficiente para afectar su núcleo esencial.

Así, la procedencia de la modificación unilateral del contrato debe estudiarse en cada caso, previo análisis de la finalidad perseguida con aquel, así como de la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad del medio empleado para satisfacerla.

2) Los límites a la modificación de los contratos estatales

Ya sea que la modificación del contrato estatal se haga de consuno, o bien que la realice el Estado unilateralmente, dicha facultad es excepcional y está sujeta a unos límites comunes (para los dos tipos de reforma), partiendo de que el principio general, en esta materia, es el de la intangibilidad o inalterabilidad del contrato y de su respectivo pliego de condiciones.

A este respecto, la Sala reiterará, en forma sintética, los límites a los que está sujeta la facultad de modificación del contrato estatal, con base en lo indicado por la jurisprudencia y la doctrina de la Sala (en los conceptos citados), y hará algunas precisiones adicionales.

a. La garantía de los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia

Los límites a la facultad de modificación del contrato estatal, en general, tienen como propósito la garantía de los principios orientadores de la contratación pública. Ya sean esos límites de carácter formal o material, se introducen al sistema jurídico para garantizar principios constitucionales y legales, tales como el de la libertad de concurrencia, el de transparencia y, sobre todo, el de igualdad.

Esta posibilidad de modificación del contrato estatal pone de presente una cierta tensión entre los derechos de las partes (entidad estatal y contratista) y los derechos particulares

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2385 del 23 de abril de 2019.

de los licitadores o interesados en un proceso de selección objetiva, para que se preserve el contenido inicial del negocio, propio del principio de igualdad y del derecho a la competencia.

Sin embargo, los derechos, aparentemente contrapuestos, en realidad, atienden al mismo objetivo: obtener, en el marco de un régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida. De esta forma, la Administración, al celebrar sus contratos, y los particulares, al colaborar con ella, satisfacen la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

En la medida en que se preserven estos principios y se garantice un proceso competitivo, como la fórmula adecuada y necesaria para la selección objetiva de la oferta más favorable, se salvaguarda el mismo fin de interés público.

Desde otra perspectiva, otorgar una libertad absoluta en la modificación de los contratos no permite asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público, en especial, si dicha modificación no estuvo sometida a competencia o concurrencia, y tampoco a un control estricto de legalidad, ante la ausencia de una legislación expresa sobre la materia.

La aplicación de los principios de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad, consagrados en la Ley 80 de 1993, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y ponderables, deben ser de estricta observancia por la Administración y el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

Desde esta perspectiva, la Sala procede a clasificar las limitaciones que han sido expuestas por la jurisprudencia y la doctrina para modificar un contrato estatal, derivadas de una interpretación sistemática de las reglas y principios del Estatuto Contractual y de la función administrativa.

Como advertencia previa, la Sala recuerda que la regla general es la de la inalterabilidad del contrato estatal, por lo que su modificación tiene un carácter excepcional y debe ser de interpretación restrictiva.

b. Límites formales de carácter temporal

b.1. Vigencia del contrato

Un primer límite a considerar para la modificación de los contratos estatales se circunscribe al plazo de ejecución y, en general, a la vigencia del contrato¹⁸, en el sentido en el que solo es viable introducir cambios mientras el contrato se encuentre vigente.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031.

b.2. Prohibición de acordar prórrogas automáticas o sucesivas e indefinidas

La prórroga es, en esencia, la ampliación del plazo establecido para la ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato. Esta figura ha sido definida por la Sala, así:

[...] prorrogar un contrato significa la ampliación temporal de las obligaciones en él contenidas, o de la voluntad que tuvieron las partes al celebrarlo, lo cual implica que se mantenga y ejecute en las mismas condiciones que lo originaron, pero no implica, per se, un cambio adicional o alteración del sustrato obligacional primigenio¹⁹.

Esta modificación del tiempo estipulado en el contrato para su ejecución no ha sido objeto de limitaciones en la ley. Sin embargo, tanto la Corte Constitucional²⁰ como el Consejo de Estado han acogido un enfoque restrictivo frente a esta figura, pues, su aplicación en forma automática, o sucesiva, al punto de convertirla en indefinida, va en detrimento de los principios orientadores de la contratación pública, tales como: la igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros²¹.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado que atentan contra el ordenamiento jurídico las prórrogas automáticas y sucesivas e indefinidas (o ilimitadas), pues, a través de ellas, se limitan y vulneran los derechos a la igualdad y la libre competencia, así como el principio de libre concurrencia. En la sentencia C-300 de 2012 se indicó:

Por ejemplo, en la sentencia C-350 de 1997, la Corte declaró exequible el artículo 10 de la ley 182 de 1995, que prohibió la prórroga ilimitada de los contratos de concesión de espacios de televisión pública. En sentir de la Corporación, la prórroga de los contratos sin limitación otorgaba una ventaja injustificada a los concesionarios y restringía de forma desproporcionada la participación de otros oferentes, así como el acceso al espectro electromagnético y derecho a fundar medios de comunicación. La Corte explicó:

[...]

Luego, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte declaró inexecutable la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio de la Corte, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre concurrencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, lo que constituía un desconocimiento de los artículos 333 y 75 superiores. La Corte sostuvo:

[...]

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2015.

²⁰ Ver Sentencia C-300 de 2012, de la Corte Constitucional.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2015.

No obstante, la Corte resaltó que la posibilidad de prorrogar los contratos en sí misma no es inconstitucional, sino su prórroga automática, es decir, sin que la entidad contratante tenga la oportunidad de examinar si esa es la opción que más se aviene a los fines del respectivo contrato. La Corte explicó:

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos”.

Por su parte, en la Sentencia C-068 de 2009²², la Corte rechazó las prórrogas sucesivas e indefinidas, por considerar que afectaban indebidamente la participación en condiciones de igualdad, así como la libre competencia económica:

En línea con los criterios expuestos, la Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.

A ello se añade que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal (artículo 63 C.P.).

²² La Corte estudio la exequibilidad del artículo 8.º de la Ley 1.ª de 1991, el cual señalaba:

ARTÍCULO 8º. Plazo y reversión. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

La Corte resolvió:

Primero.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “por períodos”, “de” y “y sucesivamente”, contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones “El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general”, “Las concesiones serán prorrogables hasta 20 años más”, y “Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos”, entendiéndose que cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios.

Así habrá de decidirse que las prórrogas “sucesivas” en número indeterminado viola los artículos 2º, 13 y 333 de la Constitución Política.

(...)

5.3. La posibilidad de que existan prórrogas sucesivas sin ninguna precisión, entraña, como lo aduce el actor, una indeterminación irrazonable y desproporcionada, violatoria de la igualdad de oportunidades y de la libre concurrencia, así como de las libertades económicas, toda vez que abre la puerta a una prolongación ilimitada de la concesión portuaria y a la ocupación permanente de bienes de uso público por parte de particulares. De ahí que la posibilidad de prórroga de las concesiones portuarias deba limitarse a una sola vez. Se declararán inexecutable las expresiones del inciso primero del artículo 8º de la Ley 01 de 1991, que establecen la posibilidad de prórrogas sucesivas de las concesiones portuarias”. [Subrayas fuera del texto].

La Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, a su vez, ha considerado también que no son posibles las prórrogas automáticas ni las sucesivas e indefinidas:

La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas:

(i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

(ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros.

(iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, esto es, sin que se limite el número de veces que se pueden prorrogar ni su duración máxima”.

(iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato.

(v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes elevada a escrito, sino en especial, a la decisión informada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación

o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.

(vi) No puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista²³.

De lo citado, se concluye que la prórroga es una modalidad de modificación al contrato que está permitida por la ley, pero no de forma absoluta. Esto, por cuanto implica la extensión del contenido obligacional de un contrato estatal, sin exceder las condiciones o elementos esenciales que dieron lugar a su suscripción, es decir, sin que se alteren o modifiquen las cláusulas que motivaron a las partes a ponerse de acuerdo respecto del objeto, contenido y contraprestación, y sin que, en todo caso, puede ser estipulada de forma automática o indefinida. Así, la prórroga es una figura jurídica que impacta el aspecto temporal de un negocio jurídico, que puede o no implicar un cambio en el aspecto económico de aquel²⁴.

c. La solemnidad del acuerdo modificatorio

Por regla general, el contrato estatal es de carácter solemne. La modificación, como acuerdo que surge de este, tiene también ese carácter, razón por la cual, elevarla a escrito es condición necesaria para su existencia. Esto, en la medida en que dicha exigencia se ha catalogado como requisito *ad substantiam actus* del contrato estatal, lo que quiere decir que su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y, por ende, de los efectos pretendidos por las partes²⁵. De esta manera, no resulta viable para el contratista exigir o reclamar reconocimiento económico alguno de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia de un documento escrito, en el que conste el contrato y sus modificaciones.

Sobre el punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

[...] el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...". Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito *ad substantiam actus*, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 2 de diciembre de 2015.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 2 de diciembre de 2015.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 16211. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia SU del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897. En este fallo, se advierte que la acción *in rem verso* no puede invocarse para reclamar el pago de obras, bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal, teniendo en cuenta que esta acción requiere, para su procedencia, que no se pretenda desconocer con ella una norma imperativa, entre otras exigencias.

tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman. En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita in extenso y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal²⁶.

Por lo anterior, el simple acuerdo de voluntades no es suficiente para perfeccionar la modificación de un contrato estatal, pues si el contrato principal es de carácter solemne, lo deben ser también los acuerdos modificatorios o adicionales.

Si la modificación se hace de modo unilateral, el acto administrativo que la contenga (llámese resolución u otro) debe cumplir los requisitos sustanciales y formales previstos en la Ley 1437 de 2011²⁷, en armonía con los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, para las decisiones de esta clase.

d. La motivación y su justificación

La suscripción de un contrato estatal debe tener como antecedente un juicioso estudio, que abarca la justificación, la descripción de la necesidad, el análisis de riesgos y costos y la afectación al presupuesto, entre otros, pues todos estos elementos son los que permiten establecer el interés público subyacente a la contratación²⁸. Del mismo modo, este estudio previo debe realizarse para modificar lo inicialmente pactado.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo del 2007, radicación número 25000-23-26-000-1995-01123-01(16211).

²⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2385 del 23 de abril de 2019. Adicionalmente, debe recordarse que, sobre los estudios previos, el artículo 30, numeral 1.º, de la Ley 80 de 1993, establece:

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

[...]

Asimismo, el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto reglamentario 1082 de 2015 establece el contenido mínimo que deben tener los estudios y documentos técnicos en los procesos de contratación estatal.

Esta exigencia de motivación, tanto del contrato inicial como del acuerdo modificatorio, tiene como propósito salvaguardar su juridicidad, dejar en evidencia la justificación de su necesidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, en especial, cuando se alteran los aspectos técnicos y financieros iniciales. Se trata de un instrumento indispensable para el control de legalidad del contrato o del acto de modificación.

Por ello, la Administración tiene la carga de probar la real necesidad de interés público sobreviniente que justifica modificar el contenido económico, obligacional o temporal del contrato, y que tal ajuste no vulnera los principios que orientan el proceso de selección.

En este punto, es importante precisar que la necesidad de modificación puede fundarse también en un error de la Administración. Ante este supuesto, procede la modificación de mutuo acuerdo, si tal error no es imputable al contratista, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, fiscal o penal que corresponda a los funcionarios involucrados, como lo señaló la Corte Constitucional, en la Sentencia C-300 de 2012, en los siguientes términos:

Es posible que la modificación sea necesaria, aunque por consecuencia de falta de previsión. En tal evento, si bien la modificación puede ser procedente, en tanto no sea imputable al contratista y de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo, ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente [...]

Sobre este punto, la Sala considera necesario aclarar que la modificación bilateral del contrato estatal, por esta causa, resultaría procedente siempre que se respeten los límites explicados en este concepto y, particularmente, que no se cambien los elementos sustanciales del contrato y de su pliego de condiciones, incluyendo el objeto y la naturaleza del mismo, así como las obligaciones de las partes o condiciones contractuales que hayan sido objeto de evaluación y/o ponderación en la etapa precontractual.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala hace énfasis en que la facultad de modificación contractual no es una facultad discrecional, y tampoco puede utilizarse con el propósito de mejorar las condiciones económicas del adjudicatario, por fuera de los límites de la legalidad. A diferencia del contrato privado, solo procede cuando se requiera para salvaguardar el interés general que busca el Estado con la celebración del contrato.

Finalmente, en el evento de los llamados «contratos adicionales», la Administración deberá cumplir, como requisito de ejecución, las normas de orden presupuestal que sean aplicables, acorde con la variación económica que se pretende realizar, con el fin de amparar las erogaciones adicionales.

e. Límites materiales

e.1. Límite cuantitativo

De acuerdo con el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ningún contrato estatal podrá ser adicionado en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado

este en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría (artículo 85 de la Ley 1474 de 2011).

La regla para este último, según la misma disposición, es la de la «continuidad de la interventoría». Por tanto, dichos contratos «podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia», y su «valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 [...]», como lo establece la norma citada.

Esta prescripción tiene como finalidad mantener la función de vigilancia y control del contrato estatal que se prorroga o adiciona, por parte de la Administración, sin que dicha función se vea afectada por el tope establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

e.2. Límites cualitativos

(i) La prohibición de fraccionamiento del contrato y de su objeto

El precedente vigente sobre la modificación de los contratos, en lo que concierne a las restricciones aplicables a sus elementos esenciales, se construye sobre el presupuesto según el cual el poder de reforma de los contratos estatales tiene un límite infranqueable, que se constituye fundamentalmente por su objeto.

Respecto del objeto, la subregla jurisprudencial vigente es unívoca y consiste en afirmar que dicho elemento no puede dividirse o fraccionarse, para ejecutar varios contratos, como estrategia para evadir el proceso de selección, a pesar de la inexistencia de una norma expresa que consagre actualmente dicha prohibición, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, los de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

En efecto, aunque esta proscripción no fue incluida expresamente en el actual Estatuto General de Contratación²⁹, el Consejo de Estado³⁰ ha reiterado que la prohibición se mantiene, para que no se suscriban dos o más contratos con el mismo objeto, o con uno sustancialmente similar, generalmente, con la finalidad de evadir el proceso de selección.

(ii) Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones³¹

La modificación del contrato es procedente, siempre y cuando se respete su contenido sustancial, el cual está constituido por el núcleo esencial de su objeto, las características

²⁹ La norma anterior correspondía al artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983.

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero del 2011, expediente 7767.

³¹ Para un desarrollo más profundo de este asunto, consultar el Concepto 2385 del 23 de abril de 2019, de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

propias del tipo de contrato celebrado (su naturaleza o clase) y los criterios establecidos en el pliego de condiciones, que sirvieron de fundamento para la selección objetiva.

Respecto del pliego de condiciones y la prohibición de incorporar cláusulas distintas a las previstas en aquel, la Sección Tercera del Consejo de Estado³² ha considerado:

[...] el pliego es la ley del contrato y [...] frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar.

Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.

En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad.

Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego.

En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.

En este sentido, introducir cambios que impacten la esencia de los requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas, desconocería el ordenamiento jurídico, en la medida en que se vulnerarían los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y los principios de libertad de concurrencia³³, transparencia e igualdad de oportunidades.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero del 2004, expediente 10779, C.P.: Mauricio Fajardo.

³³ Sobre el principio de libertad de concurrencia, Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de febrero de 2011, rad. 1966.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que el poder de modificación de la Administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración sustancial significaría un contrato diferente³⁴. Por ello, el alto tribunal no ha dudado en decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando se termina ejecutando un objeto diferente al contratado y se presentan variaciones sustanciales a lo inicialmente pactado.

En cuanto al objeto del contrato, debe recordarse que este corresponde a las obligaciones principales asumidas por las partes. Por consiguiente, designa el conjunto de prestaciones a propósito de las cuales interviene el acuerdo de voluntades³⁵, cuyo cumplimiento busca la realización de una finalidad de interés público. Dentro del objeto, deben distinguirse los elementos esenciales, de aquellos accesorios, que precisan su contenido (forma y modo), como pueden ser la forma de ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc.

La modificación de la condición sustancial del contrato dependerá, en primer lugar, de si se cambia el objeto (en su núcleo esencial) o la clase del contrato por otro distinto³⁶ y, en segundo lugar, de si se afecta la posibilidad que tenían los otros proponentes o interesados en presentar una mejor oferta, hasta tal punto que, de haberse conocido la modificación durante el proceso de selección, se hubiera ampliado la oferta de licitantes, o quienes concurrieron hubieran podido presentar una mejor propuesta, o hubiesen presentado ofertas sustancialmente distintas.

Sobre este asunto, la Sala manifestó lo siguiente, en el Concepto 2385 de 2019, antes citado:

En el concepto de objeto puede distinguirse el núcleo esencial previsto en el contrato, esto es, la prestación a realizar por el contratista – obras, servicios o suministros-, que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido (forma y modo), como pueden ser la forma de su ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc.³⁷

Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el “*iter*” del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de agosto del 2007, expediente 16305, y del 31 de agosto del 2011, expediente 18080.

³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. S.V. de Martín Bermúdez, a la Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18294.

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de mayo de 2013, expediente 27926, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

³⁷ «[45] Cfr. Cabello, Rodríguez María Luisa. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Bosch. Tomo II. 2009. Obra colectiva. Directores. Parejo Alfonso Luciano y Palomar Olmeda Alberto. Pág. 722-726. La convocatoria de una licitación para la construcción de un hospital con una ubicación determinada, no puede derivar en un contrato para la construcción de una escuela, porque atañe al elemento esencial. No obstante, tanto el elemento esencial, -construcción de un hospital-, como los accesorios, -forma en su ejecución y materiales-, formarán parte del objeto determinado. Pág. 723».

contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.

En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la *"naturaleza global del contrato"* que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea³⁸.

En otras palabras, para establecer si la modificación que se pretenda hacer en un contrato estatal resulta viable o no, a la luz de este criterio, debe analizarse hipotética o ficticiamente si, de haberse efectuado este cambio en el pliego de condiciones, o, en general, durante el proceso de selección, antes del vencimiento del plazo para recibir las ofertas³⁹, sería razonablemente previsible que se hubieran presentado más proponentes, o que, quienes formularon ofertas, lo hubieran hecho en condiciones sustancialmente distintas.

Estos criterios se han planteado respecto de contratos regulados por la Ley 80 de 1993, pero resultan igualmente procedentes para los contratos estatales con regímenes especiales, teniendo en cuenta la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Carta, respectivamente, según lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado que está prohibido para la Administración modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección.

Corresponderá determinar, en cada caso concreto, la noción de condiciones sustanciales del contrato, según la naturaleza del contrato y las obligaciones estipuladas. A partir de este supuesto, algunos elementos pueden precisar este concepto jurídico indeterminado.

(iii) Cumplimiento de las condiciones de validez previstas para los actos jurídicos, en general, y para los contratos estatales, en particular

Finalmente, y de manera adicional a lo explicado por la Sala en los conceptos citados, vale la pena precisar que el acuerdo modificatorio de un contrato estatal debe tener un objeto lícito y una causa lícita, y cumplir con los demás requisitos o condiciones generales previstos para la validez de los negocios jurídicos, en general, y de los contratos estatales, en particular. De lo contrario, la respectiva modificación estaría viciada de

³⁸ «[46] Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE».

³⁹ Sobre intangibilidad del pliego, una vez cerrada la licitación, ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2015, expediente 25296, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (que remite al Código Civil), como lo ha declarado esta Jurisdicción, en algunas ocasiones⁴⁰.

De lo expuesto en este capítulo, la Sala extrae las siguientes conclusiones principales:

- Los contratos estatales pueden modificarse, de manera excepcional y limitada, ya sea de común acuerdo entre las partes (bilateralmente), o bien por la decisión unilateral de la Administración (*ius variandi*).
- En ambos casos, la modificación del contrato está sujeta a unos límites que, en algunos casos, establece expresamente la ley (como la solemnidad o el previsto para la adición), y en otros, han sido inferidos por la jurisprudencia y la doctrina, a partir de los principios y las normas constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal.
- Tales límites pueden ser de índole temporal (atinentes a la vigencia del contrato que se modifica y a la clase y número de prórrogas), de naturaleza formal (la solemnidad, la motivación y la justificación del acto o el acuerdo), o de carácter material y teleológico (el respeto por los principios generales de la contratación y los derechos de los otros participantes; el fin de interés público perseguido; el objeto, la naturaleza y la clase de contrato, y los elementos esenciales del pliego de condiciones, entre otros).
- En relación con esta última clase de límites, se destaca que cualquier modificación del contrato estatal debe tener el propósito fundamental de hacer prevalecer su fin, en el sentido de buscar que no se interrumpa o se afecte negativamente la prestación del servicio.
- Asimismo, cualquier modificación del contrato debe respetar los principios constitucionales y legales de la Administración Pública y de la contratación estatal, especialmente, los de igualdad, transparencia y libre competencia.
- En esa medida, la modificación del contrato no puede alterar su naturaleza, su clase, los elementos esenciales de su objeto, los aspectos principales del pliego de condiciones (en particular, aquellos que sirvieron para evaluar, ponderar y seleccionar las ofertas), ni, en general, cualquier otro elemento que lleve a modificar, *a posteriori*, las bases sobre las cuales se hizo la adjudicación.

E. Análisis y solución del caso concreto

⁴⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 29 de mayo de 2014, rad. núm. 660012331000-2004-01098-01 (33832); del 31 de mayo de 2016, rad. núm. 47001-23-31-000-1999-01107-01 (29209), y del 15 de julio de 2022, rad. núm. 05001-23-33-000-2014-01389-02 (67.565), entre otras.

Al analizar cuidadosamente la consulta, junto con los documentos y la información aportados por el Mintic, la Sala entiende que aquella se refiere a tres situaciones diferentes, que es necesario estudiar por separado:

- i) Los recursos desembolsados por el Futic, pero no autorizados para ser utilizados por el contratista (en forma total o parcial), conforme a lo pactado en el contrato de aporte;
- ii) Las sumas que se descuenten al contratista de alguna o algunas de las *utilizaciones*, por el incumplimiento en los indicadores de calidad o en los niveles de servicio acordados, y
- iii) La legalización de los recursos utilizados y efectivamente pagados al contratista o a terceros, por cuenta de aquel.

Dado lo anterior, es necesario revisar lo dispuesto sobre cada uno de estos puntos, en los documentos precontractuales, en el contrato de aporte y en el contrato de fiducia mercantil, para determinar, primero, qué es lo que se estipuló; en segundo lugar, cuál es la modificación que sugiere el Gobierno y, por último, si dicha enmienda es necesaria y posible, en virtud de las normas y los principios que sean aplicables.

Antes de referirse a cada una de las tres situaciones descritas, en particular, resulta importante hacer, para la mejor comprensión de este asunto, una breve síntesis del esquema y el procedimiento previstos para el manejo de los recursos de fomento en estos contratos de aporte, a partir de lo dispuesto en los correspondientes documentos, desde la etapa de planeación del proceso de contratación (estudios previos).

En primer lugar, se determinó que los recursos aportados por el Futic a cada contratista serían desembolsados de manera escalonada, durante el plazo de ejecución del contrato de aporte, a un patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria. A este respecto, se previó originalmente efectuar 46 desembolsos, por cada contrato de aporte, distribuidos en un periodo de nueve años, aproximadamente.

Cada desembolso se haría al patrimonio autónomo, en la medida en que se acreditara el cumplimiento de los requisitos establecidos para cada uno, en los pliegos de condiciones, y, luego, en el contrato de aporte, debidamente verificados por la interventoría.

Ahora bien, el hecho de que los recursos hayan sido desembolsados por el Futic al patrimonio autónomo no significa que estos puedan ser utilizados inmediata y automáticamente por el contratista para la ejecución de sus obligaciones derivadas del contrato de aporte, pues, para ello, se pactó que, primero, tendrían que aprobarse las respectivas «utilizaciones».

Tales «utilizaciones» están concebidas como la autorización que se otorga al contratista para que pueda hacer uso de los recursos desembolsados, hasta el monto máximo estipulado para cada una de aquellas, previo el cumplimiento de las condiciones y los

requisitos pactados, que exigen, igualmente, su verificación anterior, por parte de la interventoría, y, en este caso, adicionalmente, la aprobación del respectivo comité fiduciario.

En cuanto a su número, su valor, el momento en que pueden darse y los requisitos exigidos para el efecto, las «utilizaciones» replican, en lo pertinente, lo establecido para los «desembolsos», de tal manera que, por cada desembolso, se estipuló una «utilización» (46, en total), repartidas a lo largo del plazo de ejecución del contrato.

Ahora bien, contrario a lo que podría entenderse, a primera vista, las «utilizaciones» tampoco representan pagos o egresos efectivos de dinero del patrimonio autónomo, pues, para tal efecto, el contratista debe presentar las respectivas órdenes de pago a favor de terceros (subcontratistas, proveedores de bienes y servicios y otros acreedores), con sus respectivos soportes (contratos, órdenes de compra, facturas, etc.), primero, a la interventoría, para su revisión, y luego, a la fiduciaria, para su pago.

Solo mediante el pago o giro de los recursos que haga la sociedad fiduciaria a dichos terceros, por cuenta del patrimonio autónomo, dentro del límite máximo de las «utilizaciones» previamente aprobadas, es que los recursos de fomento desembolsados originariamente por el Futic, salen efectivamente del patrimonio autónomo.

Finalmente, el uso de dichos fondos, mediante el procedimiento que se sintetiza, debe ser «legalizado» en forma periódica, lo que consiste, fundamentalmente, en demostrar, ante la interventoría y la fiduciaria, mediante la presentación de los informes y soportes documentales requeridos, que las sumas de dinero pagadas fueron efectivamente recibidas por los terceros y utilizadas para los fines a los cuales fueron destinados, dentro del objeto pactado en el contrato de aporte.

1) Recursos desembolsados, pero no autorizados para ser utilizados, conforme a lo pactado en el contrato

El pliego de condiciones no establecía, originalmente qué debía hacerse con los recursos de cada «utilización» que no pudieran ser usados por el contratista, total o parcialmente, por no haber acreditado este los requisitos previstos en dicho documento y en el respectivo contrato de aporte, o porque se presentaran eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impidieran usarlos para los fines establecidos.

Tampoco se referían a este punto los estudios previos, sino solo en relación con los descuentos que se efectuaran, por el incumplimiento en los indicadores de calidad o en los niveles de servicio, a los cuales nos referiremos más adelante.

No obstante, mediante la Adenda n.º 2 del 14 de octubre de 2020, se modificaron parcialmente los estudios previos, un documento sobre el análisis del sector de las telecomunicaciones, el pliego de condiciones y las minutas de los contratos de aporte (para cada región) y de fiducia mercantil.

En relación con el tema que se analiza, vale la pena mencionar, en primer lugar, que se modificó el numeral 3.3. del pliego (forma de pago), en el sentido de introducir, entre otros cambios, dos notas, del siguiente tenor:

Nota 2: En caso de presentarse eventos de fuerza mayor debidamente justificados por el Contratista en las metas asociadas a los estudios de campo y a la instalación y puesta en servicio, las utilizaciones correspondientes a estas metas podrán hacerse de manera proporcional, previo concepto y aprobación de la Interventoría de los estudios de campo e instalación y puesta en servicio de los centros digitales.

Nota 3: El cumplimiento de los requisitos para acceder a los desembolsos y utilizaciones deberán contar con previo concepto de la interventoría [cursivas, negrillas y subrayas, en el original].

Como se aprecia, con dichas reformas, se estableció: i) la posibilidad de que las utilizaciones correspondientes a las metas asociadas a los estudios de campo y a la instalación y puesta en servicio de los centros digitales acordados se efectuaran proporcionalmente, en caso de presentarse situaciones de fuerza mayor en la ejecución de tales actividades, debidamente justificadas por el contratista y aprobadas por la interventoría, y ii) que el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los recursos de las utilizaciones debe contar con el concepto previo de la interventoría.

Estos mismos cambios se introdujeron en las minutas de los contratos de aporte para las regiones A y B (Anexos 14 y 15, respectivamente), y quedaron consignados, finalmente, en la cláusula quinta del contrato de aporte n.º 1042 de 2020 (para la región A) y en la misma cláusula del contrato n.º 749 de 2022 (para la región B).

Sin embargo, ni en los pliegos, ni en los Anexos 14 y 15, ni en los contratos de aporte suscritos, se dijo expresamente qué debía hacerse con los recursos desembolsados cuya utilización no fuera autorizada al contratista, en determinado momento, por no haber acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello, a juicio de la interventoría.

No obstante, en el Anexo n.º 16 (minuta del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos), se modificó la definición de «**DESEMBOLSO**», contenida en la cláusula primera del proyecto de contrato mencionado, en el sentido de agregarle la siguiente estipulación: «Cuando queden recursos por concepto de **DESEMBOLSOS** respecto de los cuales no se cumplen las condiciones para su **UTILIZACIÓN**, el **FONDO ÚNICO DE TIC** definirá su destinación dentro de la respectiva vigencia fiscal» [negritas y mayúsculas, en el original; subrayas agregadas].

Tal previsión quedó contenida, finalmente, en la cláusula primera del contrato de fiducia mercantil n.º 396530 del 19 de enero de 2021, suscrito entre Comcel S.A. y la Fiduciaria Corficolombiana S.A. (para la región A), y en la misma cláusula del contrato de fiducia n.º 3-1-107004 del 13 de junio de 2022, celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y Skynet de Colombia S.A.S. E.S.P., como

integrantes de la Unión Temporal ETB Net Colombia Conectada, y la Fiduciaria La Previsora S.A. (para la región B).

Como se aprecia, allí se dispuso que las sumas previamente desembolsadas, cuya utilización no fuera autorizada al contratista, por no cumplirse las condiciones previstas para ello (sin especificar cuáles), deben ser destinadas a los fines que señale el Funtic, dentro de la misma vigencia fiscal en la cual se niegue o rechace la respectiva utilización (de manera total o parcial, según entiende la Sala).

Se hace notar que la consecuencia que allí se establece es la *definir la destinación* de tales recursos dentro de la misma vigencia fiscal, y no la de *devolver* esas sumas al Funtic o al Tesoro Nacional, o la de reinvertirlas, dentro del periodo citado. Por esta razón, bien podría señalar el Funtic, dentro de la misma vigencia fiscal, que los recursos no utilizados se destinen para abonar o acreditar la subcuenta de reinversión del patrimonio autónomo, con el fin de hacer, en el futuro, inversiones adicionales, dentro del objeto y la vigencia del contrato de aporte.

No desconoce la Sala, en todo caso, que el hecho de que la decisión sobre la destinación de tales fondos deba ser adoptada por el Funtic dentro de la misma vigencia fiscal, supone una dificultad operativa, pues resulta evidente que el rechazo total o parcial a determinada «utilización» podría darse en el último mes del año, con lo cual se obligaría al Funtic a decidir, en un cortísimo plazo (de solo algunos días o, eventualmente, horas), la destinación que debe darse a los recursos no utilizados.

Desde el punto de vista jurídico, esta limitación no resulta necesaria, si se tiene en cuenta que esos recursos, a partir del momento en que son desembolsados a los patrimonios autónomos administrados por las respectivas fiduciarias, para cumplir con lo pactado en los contratos de aporte, ya no forman parte del Presupuesto General de la Nación y, por lo tanto, no están sujetos a las reglas y los principios de este sistema, entre ellos, el principio de anualidad.

En esa medida, sería factible pactar, en los contratos de fiducia, que la destinación que debe darse a los recursos no utilizados, en estos eventos, puede ser adoptada por el Funtic en el tiempo que el ministerio considere procedente, atendiendo a la finalidad del contrato, a partir del momento en que se produzca la negativa o rechazo (total o parcial) a la respectiva «utilización», sin sujetarse a ninguna vigencia fiscal.

Se concluye, por lo tanto, que la modificación sugerida por el Gobierno nacional, en este punto, resultaría viable.

2) Descuentos efectuados al contratista por incumplimiento en los indicadores de calidad y niveles de servicio

a. Los documentos precontractuales y contractuales

Sobre este asunto, el documento que contiene los estudios previos dispone lo siguiente (p. 43 a 45):

DESCUENTOS AUTOMÁTICOS POR INCUMPLIMIENTO DE INDICADORES

La Entidad contratante realizará descuentos automáticos en las utilidades de la cuarta a la cuadragésima sexta, por lo cual, el valor de cada utilización será calculado teniendo en cuenta el siguiente procedimiento:

El cálculo de la proporción utilizable de cada mes: corresponde a la sumatoria de porcentajes del nivel de cumplimiento de cada indicador según los rangos establecidos en la Tabla "CÁLCULO PARA EL VALOR DE LAS UTILIDADES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE INDICADORES DE CALIDAD E INDICADORES DE SERVICIO". Este porcentaje mensual se deberá calcular para cada uno de los meses de operación que corresponden a la utilización.

[...]

Cálculo del valor de la utilización a autorizar: equivale al valor de la utilización resultante del cumplimiento de indicadores de cada uno de los meses que se incluyen en la correspondiente utilización, la cual debe ser calculado de acuerdo a la siguiente fórmula:

[...]

El valor del porcentaje de la utilización no autorizada deberá ser transferido a una subcuenta que se creará dentro del patrimonio autónomo, con el fin de que estos recursos puedan ser reinvertidos en el proyecto dentro del año de la vigencia en la que se realiza el descuento, en caso de que no sean reinvertidos en el proyecto en dicha vigencia, deberán ser reembolsados por la Fiduciaria al Fondo Único de TIC, en la cuenta que se disponga para dicho propósito.

Para tales efectos, la Interventoría cada mes deberá remitir al Contratista el informe mensual del estado de cumplimiento de las mediciones de los indicadores de calidad, y advertir si alguno no cumple con los estándares mínimos. Hecho lo anterior, el contratista podrá solicitar a la Interventoría revisar la medición de los indicadores de calidad y niveles de servicio con base en los reportes de fallas ocasionadas por evento de fuerza mayor o caso fortuito, reportados y soportados oportunamente, que le haya impedido dar cumplimiento a los estándares mínimos de los indicadores de calidad y niveles de servicio. Posteriormente, la Interventoría evaluará la información suministrada por el Contratista y emitirá pronunciamiento sobre el cumplimiento o incumplimiento del indicador en los términos establecidos para tal fin en el anexo técnico.

En caso de establecerse el incumplimiento del indicador, la Interventoría informará al Comité Fiduciario para que este último realice el descuento aquí plasmado en la utilización que corresponda.

Nota: Si dentro de un periodo de doce (12) meses continuos de operación del servicio prestado por el CONTRATISTA, éste acumula el incumplimiento de cualquiera de los indicadores de calidad y niveles de servicio establecidos en el Anexo Técnico, durante seis (6) meses continuos o discontinuos, se causará a cargo del CONTRATISTA, por cada vez

que se consolide esta última situación, la cláusula penal pecuniaria sancionatoria por incumplimiento de indicadores y niveles de servicio pactada en el Contrato de Aporte. [Se destaca].

Vale la pena aclarar que los indicadores técnicos cuyo cumplimiento debe medirse, para calcular los descuentos, se refieren a tres aspectos básicos: disponibilidad por centro digital, velocidad mínima y mantenimientos preventivos, cuyo detalle se encuentra en el Anexo Técnico.

Asimismo, en la página 112 del documento de estudios previos, bajo el título de «cláusulas especiales», se dispuso lo siguiente:

Previo a la inclusión del régimen sancionatorio del Contrato de Aporte, debe precisarse que la minuta del contrato de aporte contiene: i) descuentos automáticos por incumplimiento de indicadores y niveles de servicio; ii) cláusula penal pecuniaria sancionatoria por incumplimiento recurrente de indicadores y niveles de servicio durante el plazo contractual, sin incluir el plazo adicional ofertado; iii) cláusula penal pecuniaria sancionatoria por incumplimiento de indicadores y niveles de servicio durante el plazo de operación adicional ofertado; iv) multas, y v) cláusula penal pecuniaria a título de estimación anticipada de perjuicios, durante la etapa de planeación, instalación y puesta en servicio, y durante la etapa de operación y mantenimiento y liquidación del contrato.

En efecto:

i) los descuentos automáticos se realizan al momento de calcular las utilizaciones, por el incumplimiento de indicadores de calidad y niveles de servicio, y constituyen un menor valor de las utilizaciones. Dichos descuentos se aplican de acuerdo con la medición de los indicadores que realiza de manera mensual la interventoría.

[...] [Se resalta].

Las mismas reglas, sobre este asunto, quedaron previstas, en términos similares, en los pliegos de condiciones (numeral 3.3.: forma de pago) y en las cláusulas quinta, décima y décima primera de las minutas de los contratos de aporte (Anexos 14 y 15), y, finalmente, están consignadas en las mismas cláusulas de los contratos de aporte.

Así, por razones de economía, nos abstenemos de transcribir lo dispuesto en tales documentos, salvo la siguiente precisión, que se introdujo en la cláusula quinta de las minutas de los contratos de aporte, tal como fueron modificadas con la Adenda n. 2 del 14 de octubre de 2020:

[...] Los recursos que no sean reinvertidos dentro de la misma vigencia fiscal en la cual fueron descontados, deberán ser reintegrados al Fondo Único de TIC durante el primer trimestre del año siguiente.

Esta previsión quedó contenida en la cláusula quinta de los contratos de aporte números 1042 de 2020 (región A) y 749 de 2022 (región B).

En la cláusula primera de la minuta del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos (Anexo 16), tal como fue modificada por la Adenda n.º 2, se definió la subcuenta de reinversión de recursos, en los siguientes términos:

SUBCUENTA REINVERSIÓN DE RECURSOS: Está constituida por los recursos que provengan de los descuentos automáticos definidos en el **CONTRATO DE APOORTE**. Ese valor corresponde al porcentaje de la **UTILIZACIÓN** no autorizada que deberá ser transferido a esta subcuenta, con el fin de que estos recursos puedan ser reinvertidos en el proyecto dentro del año de la vigencia en la que se realiza el descuento automático. En caso de que los recursos de esta SUBCUENTA DE REINVERSIÓN DE RECURSOS no sean reinvertidos en el proyecto dentro del año de la vigencia en la que se realiza el descuento automático, deberán ser reembolsados por la FIDUCIARIA al FONDO ÚNICO DE TIC, al final de cada vigencia fiscal, durante el primer trimestre del año siguiente, en la cuenta que se disponga para dicho propósito. [Negritas en el original; se subraya].

Dicha estipulación quedó contenida en la cláusula primera de los contratos de fiducia mercantil números 396530 de 2021 (para la región A) y 3-1-107004 de 2022 (para la región B).

Ahora bien, en la consulta, el Gobierno nacional opina que la exigencia de que estos recursos sean reinvertidos dentro del mismo año fiscal en que son descontados constituye una condición desproporcionada e innecesaria, que conduce, en la práctica, a que tales sumas de dinero no puedan utilizarse en el objeto de los contratos de aporte, por las siguientes razones principales: *i)* los descuentos que se hagan en los últimos meses del año no podrían ser reinvertidos, pues no habría tiempo suficiente para tomar una decisión al respecto y efectuar la inversión; *ii)* el monto de los descuentos efectuados en una sola vigencia fiscal puede ser bajo, por lo que no se justificaría su reinversión.

La Sala no considera contrario a derecho lo expuesto por la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por la misma argumentación indicada en el numeral anterior, sobre la destinación de los recursos desembolsados y no autorizados en determinada «utilización». En esa medida, no resulta forzoso, desde el punto de vista jurídico, que las sumas de dinero descontadas a los contratistas, por el incumplimiento en los indicadores técnicos y en los niveles de servicio acordados, deban invertirse dentro del mismo año o vigencia fiscal, o, por el contrario, devolverse, como se encuentra estipulado actualmente.

En efecto, la administración y el uso de tales fondos, por parte de las sociedades fiduciarias, cuando ya han sido desembolsados por el Futic al patrimonio autónomo, no están sujetos a las reglas y los principios del Presupuesto General de la Nación, entre estos, el de anualidad, pues tales recursos deben entenderse ejecutados presupuestalmente al momento de transferirse al patrimonio autónomo, en cumplimiento de lo pactado en los contratos de aporte.

Le corresponderá al ministerio, atendiendo la finalidad del contrato y la protección del servicio público, establecer los plazos que considere procedente para efectos de la reinversión de los recursos.

Es importante mencionar que, en la cláusula tercera, numeral 1.º, de los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022, se estipuló que una de las obligaciones del Futic consiste en «[e]ntregar los recursos de aporte al CONTRATISTA a través del fideicomiso, una vez cumpla los requisitos establecidos para los desembolsos».

En consecuencia, ha de entenderse que, cuando el Futic realiza cada uno de esos desembolsos, ocurren, de manera simultánea, dos fenómenos jurídicos, a saber: *i)* la entidad estatal cumple parcialmente su obligación de efectuar el aporte al contratista, según lo pactado en los contratos citados, y *ii)* los recursos públicos correspondientes salen del Presupuesto General de la Nación (en la sección que corresponde al Futic) e ingresan al respectivo patrimonio autónomo, para su administración, inversión transitoria y disposición (pagos), por parte de la fiduciaria, conforme a lo pactado en cada uno de los contratos de fiducia mercantil.

Por lo tanto, nada se opone a que las partes acuerden que los recursos descontados al contratista, en un determinado año, se reinviertan posteriormente, en el momento en que lo determine la entidad contratante, dentro del plazo de ejecución del contrato de aporte, tal como lo plantea la consulta.

Vale la pena recordar, en todo caso, que la ejecución de las obligaciones derivadas de un contrato no puede desconocer el fin para el cual se celebró (causa), ni exceder su objeto. Por otro lado, uno de los límites que la jurisprudencia y la doctrina han señalado para la modificación de los contratos estatales consiste en no desvirtuar ni modificar sustancialmente su objeto, como ya se explicó.

El objeto de los contratos de aporte que se analizan quedó previsto en la cláusula primera de dichos actos jurídicos, así:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente Contrato de Aporte es ejecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico.

En esa medida, la reinversión de las sumas descontadas a los contratistas, así se haga en un periodo diferente al año fiscal en el cual se realizó el descuento (si así lo estima el Futic y lo acuerdan las partes, en el respectivo otrosí a los contratos de aporte), debe efectuarse necesariamente dentro de los límites materiales, geográficos (región) y temporales (plazo de ejecución) definidos para cada contrato.

b. Las normas presupuestales y de tesorería aplicables a estos contratos

Finalmente, para despejar cualquier duda que pueda existir sobre este asunto, vale la pena referirse al contenido, la interpretación y la aplicación, al presente caso, de algunas normas legales y reglamentarias que disciplinan el manejo de los recursos del Presupuesto General de la Nación a través de sociedades fiduciarias:

Los artículos 2.3.1.1.1 y 2.3.1.1.2 del Decreto 1068 de 2015⁴¹, que subrogaron los artículos 1 y 2 del Decreto 2712 de 2014⁴², disponen, en lo pertinente:

Artículo 2.3.1.1.1. Reintegro de tesorería de saldos de recursos públicos en patrimonios autónomos. Las entidades ejecutoras del Presupuesto General de la Nación que hayan recibido aportes de la Nación destinados a la ejecución de recursos a través de patrimonios autónomos deben ordenar a los administradores de los patrimonios autónomos, siempre que el contrato lo permita, el reintegro a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los saldos disponibles en dichos patrimonios que no estén amparando obligaciones cuyo giro se haya realizado con más de dos años de anterioridad. Dicho reintegro de tesorería se efectuará a la cuenta que para ello indique la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional según su capacidad operativa podrá definir la gradualidad en la que se hagan los reintegros.

Tratándose de contratos de fiducia que respalden el pago de obligaciones sujetas a condición, las entidades ejecutoras del Presupuesto General de la Nación que hayan recibido aportes de la Nación destinados a la ejecución de recursos a través de patrimonios autónomos, cederán los derechos fiduciarios que reflejen dichos saldos disponibles a favor de la Nación -Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional- para que esta reporte los derechos fiduciarios, sin que ello afecte los recursos en los patrimonios autónomos.

Por saldos públicos disponibles en patrimonios autónomos se entenderán los saldos de la cuenta contable de la entidad ejecutora de presupuesto respecto de recursos de la Nación girados al patrimonio autónomo, que no se encuentren amparando obligaciones, deduciendo el valor de los aportes efectuados con recursos de la Nación que se hayan girado en los últimos dos (2) años calendario.

[...]

Parágrafo 2. En el marco de este capítulo entiéndase por recursos de la Nación girados a patrimonios autónomos que se encuentren amparando obligaciones, aquellos recursos que amparen obligaciones exigibles soportadas en cuentas por pagar con ocasión de la adquisición de bienes o servicios por parte del patrimonio autónomo.

Parágrafo 3. Los recursos que reposen en el patrimonio autónomo seguirán conservando la naturaleza, y fines por los cuales fueron constituidos, por lo que de ninguna manera su cesión exime de responsabilidad a la entidad estatal del seguimiento de la debida ejecución de los recursos.

Parágrafo 4. Las operaciones de reintegro o de cesión de derechos, según sea el caso, no generarán operación presupuestal alguna.

Artículo 2.3.1.1.2. Devolución de recursos reintegrados. En el evento en que haya habido reintegro material de recursos a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, una vez se haga exigible el derecho al pago de la obligación, la administradora

⁴¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

⁴² [P]or el cual se reglamenta parcialmente los artículos 92, 98 y 101 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y el artículo 261 de la Ley 1450 de 2011.

del patrimonio autónomo, a través de la entidad ejecutora de presupuesto, solicitará a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional que se realice el giro de devolución respectivo. El giro será realizado por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional al patrimonio autónomo en un plazo no mayor a 5 días. Las operaciones de devolución no generarán operación presupuestal alguna. [Se destaca].

Para la correcta interpretación de estas normas reglamentarias, es importante señalar que las disposiciones sustituidas por aquellas (los artículos 1 y 2 del Decreto 2712 de 2014) reglamentaban, en particular, lo preceptuado por el artículo 261 de la Ley 1450 de 2011⁴³, referente al Sistema de Cuenta Única Nacional, y cuyo parágrafo segundo establecía:

Parágrafo 2. A partir de la vigencia de la presente ley, los recursos de la Nación girados a patrimonios autónomos, que no se encuentren amparando obligaciones dos (2) años después de la fecha en la que se realizó el respectivo giro, serán reintegrados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento de dicho término, con excepción de aquellos que correspondan a proyectos de agua potable y saneamiento básico, y los recursos de previsión y seguridad social que administren prestaciones sociales de carácter económico [énfasis añadido].

Sin embargo, dicho parágrafo fue derogado expresamente por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015⁴⁴. En su lugar, el artículo 149 de la misma Ley 1753 dispuso originalmente lo siguiente (se cita lo pertinente):

Artículo 149. Los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación transferidos a entidades financieras, no podrán tener como objeto proveerlas de fondos, sino atender los compromisos y obligaciones en desarrollo de las apropiaciones presupuestales. Los saldos de recursos girados a convenios de cofinanciación o negocios fiduciarios que tengan como fuente el Presupuesto General de la Nación y en donde la entidad estatal giradora sea fideicomitente y/o beneficiaria, entre ellos a patrimonios autónomos, serán registrados a favor de la Nación, con excepción de aquellos que correspondan a proyectos de agua potable y saneamiento básico, y los recursos de previsión, seguridad social [...]. Los excedentes de liquidez de dichos convenios y negocios fiduciarios serán invertidos conforme al marco legal aplicable a su forma de administración y a la naturaleza de los recursos.

En los negocios fiduciarios instrumentados para el pago de obligaciones futuras, los cronogramas de giros deberán ser consistentes con el avance del cumplimiento de su objeto. El Tesoro Nacional podrá exigir el reintegro de los recursos que haya transferido a un patrimonio autónomo y que no se hayan utilizado en la adquisición de bienes o servicios dentro del año siguiente al momento del giro, siempre que ello no conlleve el incumplimiento contractual. Los recursos reintegrados serán administrados por el Tesoro Nacional, hasta que vuelvan a ser requeridos para gastos referentes al cumplimiento del objeto de estos patrimonios por lo cual el reintegro no afectará las obligaciones que deba cumplir el patrimonio autónomo, ni la capacidad de pago. Dicho reintegro y su posterior devolución no implicarán operación presupuestal alguna.

⁴³ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

⁴⁴ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

[...] [Subrayas añadidas].

Esta disposición fue modificada luego por el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019, que establece, en lo pertinente:

Artículo 36. Administración eficiente de recursos públicos. Modifíquese el artículo 149 de la Ley 1753 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 149. Administración eficiente de recursos públicos. Los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación transferidos a entidades financieras no podrán tener como objeto proveerlas de fondos sino atender los compromisos y obligaciones en desarrollo del objeto de las apropiaciones presupuestales.

En consecuencia, los saldos de recursos girados a entidades financieras que no se encuentren respaldando compromisos u obligaciones del Presupuesto General de la Nación deberán ser reintegrados a la entidad estatal respectiva, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los saldos así reintegrados podrán ser requeridos nuevamente para gastos referentes al cumplimiento de su objeto, sin que implique operación presupuestal alguna.

[...] [Énfasis añadido].

Este último es el precepto legal que se encuentra vigente.

Como se puede inferir de esta evolución normativa:

- Inicialmente, el Legislador dispuso, en el párrafo 2.º del artículo 261 de la Ley 1450 de 2011, que los recursos de la Nación, girados a patrimonios autónomos, que no estuvieran amparando obligaciones dos años después de haberse girado, debían reintegrarse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de ese término. La misma disposición aclaró que estos saldos podían utilizarse posteriormente para efectuar gastos requeridos para el cumplimiento del objeto del respectivo patrimonio autónomo, sin que esto generara operación presupuestal alguna.
- Esto último significa, a juicio de la Sala, que se trataba de una mera *operación de tesorería*, es decir, atinente al manejo e inversión de las sumas de dinero, sin que tal operación produjera efectos presupuestales. Por tal razón, los recursos afectados con esta medida continuaban formando parte de los activos del respectivo patrimonio autónomo y no retornaban al Presupuesto General de la Nación, mientras la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional los administraba e invertía.
- Esta norma fue reglamentada por los artículos 1 y 2 del Decreto 2712 de 2014, que hicieron varias precisiones y complementaron algunos aspectos, entre los cuales merece la pena citar:

- i) Los destinatarios de la norma citada son las entidades ejecutoras del Presupuesto General de la Nación que hayan recibido aportes de la Nación destinados a la ejecución de recursos a través de patrimonios autónomos.
 - ii) Tales entidades deben ordenar a los administradores de los respectivos patrimonios el reintegro de los saldos disponibles, siempre que el respectivo contrato lo permita.
 - iii) Por «saldos públicos disponibles en patrimonios autónomos» debe entenderse «los saldos de la cuenta contable de la entidad ejecutora de presupuesto respecto de recursos de la Nación girados al patrimonio autónomo, que no se encuentren amparando obligaciones, deduciendo el valor de los aportes [...] que se hayan girado en los últimos dos (2) años calendario» [énfasis propio].
 - iv) En contraste, se entiende por «recursos de la Nación girados a patrimonios autónomos que se encuentren amparando obligaciones, aquellos [...] que amparen obligaciones exigibles soportadas en cuentas por pagar con ocasión de la adquisición de bienes o servicios por parte del patrimonio autónomo» [se subraya].
 - v) Los recursos de los patrimonios autónomos afectados con esta medida conservan la naturaleza y los fines para los cuales fueron constituidos.
 - vi) Asimismo, se ratifica que tanto el reintegro de estas sumas de dinero como su posterior devolución al patrimonio autónomo «no generarán operación presupuestal alguna». Es decir, que estos recursos no entran ni salen del Presupuesto General de la Nación, porque se trata de simples operaciones de tesorería.
 - vii) Estos dos últimos puntos implican, a su vez, que, cuando el patrimonio autónomo necesite efectivamente los recursos para el pago de obligaciones dinerarias derivadas de la adquisición de bienes o servicios, puede solicitar la devolución de los fondos que haya reintegrado previamente, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe hacer el reembolso, dentro de los cinco días siguientes.
- Estas disposiciones reglamentarias fueron incorporadas en el Decreto 1068 de 2015, que entró en vigencia el 26 de mayo de ese año.
 - Posteriormente, el parágrafo 2.º del artículo 261 de la Ley 1450 fue derogado expresamente por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015 (que entró a regir el 9 de junio de ese año).
 - En su lugar, el artículo 149 de esta misma ley dispuso, entre otras cosas, que el Tesoro Nacional podía exigir el reintegro de los recursos que se hubieran transferido a un patrimonio autónomo, en virtud de negocios fiduciarios celebrados para el pago de obligaciones futuras, y que no se hubiesen utilizado en la adquisición de bienes o

servicios dentro del año siguiente al momento del giro, siempre que ello no conlleve el incumplimiento contractual. El mismo precepto ratificó que este reintegro y su posterior devolución a la entidad ejecutora no implicaban operación presupuestal alguna.

- Finalmente, esta norma fue modificada por el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019, en el sentido de establecer que «los saldos de recursos girados a entidades financieras que no se encuentren respaldando compromisos u obligaciones del Presupuesto General de la Nación deberán ser reintegrados a la entidad estatal respectiva, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público» [énfasis propio]. El mismo precepto agrega que «[l]os saldos así reintegrados podrán ser requeridos nuevamente para gastos referentes al cumplimiento de su objeto, sin que implique operación presupuestal alguna» [se resalta].

Esta reseña normativa lleva a concluir que lo previsto en los artículos 2.3.1.1.1 y 2.3.1.1.2 del Decreto 1068 de 2015 no se encuentra vigente, en virtud de la figura del *decaimiento* del acto administrativo, regulada en el artículo 91, numeral 2.º,⁴⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues aquellas disposiciones reglamentaron una norma legal que, posteriormente, fue retirada del ordenamiento jurídico, mediante su derogatoria expresa.

No obstante, en la actualidad se encuentra vigente el artículo 149 de la Ley 1753 de 2015, tal como fue modificado por el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019. Por lo tanto, y dado que las sociedades fiduciarias son entidades financieras (artículos 1 y 3, entre otros, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podría llegar a exigir el reintegro de los saldos no comprometidos, girados a los patrimonios autónomos, en virtud de los contratos de aporte y de fiducia mercantil que se analizan, de acuerdo con la reglamentación que, sobre dicha norma, expida el Gobierno nacional.

La posibilidad de que esto ocurra tampoco sería una razón para impedir que se haga la modificación propuesta, en este punto, por la ministra de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues, como esta clase de reintegros constituye una operación de tesorería (y no presupuestal, como lo advierte la misma norma⁴⁶), las

⁴⁵ Este precepto dispone:

Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

[...] [Se resalta].

⁴⁶ Lo que significa que los activos respectivos no dejarían de contabilizarse dentro del patrimonio autónomo, ni ingresarían otra vez al presupuesto del Futic o al Presupuesto General de la Nación.

sumas de dinero respectivas podrían comprometerse y utilizarse en cualquier momento, dentro de la vigencia del contrato de aporte.

De todo lo anterior se extrae, como conclusión final sobre este tema, que lo previsto en el artículo 149 de la Ley 1753 de 2015, tal como fue modificado por el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019, no impide estipular, en los contratos de aporte y/o en los contratos de fiducia mercantil objeto de la consulta, que las sumas de dinero indicadas puedan utilizarse o reinvertirse en cualquier momento (cuando así lo determine el Futic), dentro del plazo de ejecución de los contratos de aporte.

3) La legalización de los recursos ejecutados

Con respecto a este último aspecto, debe mencionarse que, al igual que el anterior, quedó establecido, desde el principio, en los documentos del proceso de selección, aunque de manera imprecisa e incompleta, como se explicará a continuación.

En efecto, sobre este punto, se dijo lo siguiente, en los estudios previos (página 43):

Los recursos ejecutados deberán legalizarse tal y como se establece en el Anexo Técnico, numeral 4.1.2 INFORME DE LEGALIZACIÓN DE RECURSOS [énfasis añadido].

Esta obligación quedó establecida, en los mismos términos, en el numeral 3.3. del pliego de condiciones (página 51), y en la cláusula quinta de las minutas de los contratos de aporte (Anexos 14 y 15), tal como fueron reformadas con la Adenda 2.

De igual forma, quedó prevista en la cláusula quinta de los contratos de aporte n.º 1042 de 2020 y 749 de 2022, suscritos con los adjudicatarios de la licitación pública para las regiones A y B, respectivamente.

Por su parte, el numeral 4.1.2 del citado Anexo Técnico, tal como fue modificado (en su título) con la Adenda n.º 2 de 2020, dispone lo siguiente:

4.1.2 INFORME DE LEGALIZACION DE RECURSOS

El contratista deberá presentar un informe mensual de legalización - Formato de Legalización de Recursos mediante los formatos definidos por el Fondo Único de TIC para tal fin. Este informe debe ser presentado con la ejecución de recursos hasta el mes inmediatamente anterior.

Este informe deberá estar aprobado tanto por el representante legal del contratista, el representante de la interventoría y la supervisión del contrato, y deberá radicarse a la entidad contratante con todos los soportes en formato físico y digital, hasta máximo el día 25 de cada mes.

Todos los recursos ejecutados durante la vigencia deben ser legalizados dentro de la misma vigencia.

Nota: Esto aplica para los recursos desembolsados por el Fondo Único de TIC." [Subrayas añadidas].

De otro lado, en la minuta del contrato de fiducia, tal como fue modificada con la Adenda 2, se incluyó la siguiente definición sobre «legalización de recursos», en la cláusula primera:

LEGALIZACION DE RECURSOS: Corresponde a la entrega de los formatos definidos por **EL FONDO ÚNICO DE TIC**. Este informe debe ser presentado con la ejecución de recursos del mes inmediatamente anterior. Informe que deberá ser aprobado tanto por el Representante legal del Ejecutor, el representante de la Interventoría y el Supervisor del Contrato y deberá radicarse en la entidad contratante con todos los soportes en formato físico y digital, hasta máximo el día 25 de cada mes. Todos los recursos ejecutados durante la vigencia deben ser legalizados dentro de la misma vigencia. Esta regla aplica para los recursos desembolsados por el FONDO ÚNICO DE TIC. [Subrayas añadidas].

Igualmente, dentro de las obligaciones del fideicomitente (contratista del contrato de aporte), se estableció la siguiente, en la cláusula octava:

8.44. Entregar a la INTERVENTORIA para revisión y aprobación el informe de Legalización ejecución de los recursos y formalizar la entrega al **FONDO UNICO DE TIC**, mediante el Formato de ejecución de recursos "*Informe de Legalización de recursos administrados a través de Fiducia*" con los debidos soportes de la información suministrada por la fiduciaria numeral 5.2 "*obligaciones de la Fiduciaria en relación con el desarrollo del presente contrato de Fiducia*"; además de la certificación expedida por la interventoria.

Las estipulaciones citadas quedaron consignadas, finalmente, en las mismas cláusulas de los contratos de fiducia mercantil de administración y pagos números 396530 de 2021 (para la región A) y 3-1-107004 de 2022 (para la región B).

Como se infiere de los documentos citados, desde los estudios previos que sirvieron para estructurar y abrir esta licitación, se estableció que los recursos de fomento que entregue el Futic a los respectivos patrimonios autónomos, y que sean ejecutados materialmente por el contratista (mediante los pagos o giros efectuados por las fiduciarias, con base en las órdenes de pago presentadas por el contratista y aprobadas por la interventoría) deben ser *legalizados* mensualmente.

Este término significa que el contratista debe probar, con los formatos y los documentos de soporte requeridos, que tales gastos se realizaron efectivamente, a favor de los beneficiarios designados y para los fines señalados en las correspondientes solicitudes de pago, las cuales, deben corresponder, a su vez, a la ejecución de las obligaciones asumidas por el contratista y, en general, al objeto estipulado en los contratos de aporte.

Dado lo anterior, la Sala considera que la *legalización* de las sumas ejecutadas, con cargo a los recursos de fomento aportados por el Futic, es un mecanismo de control importante, establecido para verificar el uso efectivo y correcto de tales dineros.

En efecto, a pesar de todos los controles previos establecidos en los contratos de aporte, en sus anexos, y en los contratos de fiducia, para garantizar que tales recursos sean utilizados exclusivamente para el objeto y los fines establecidos en los contratos de aporte, podría suceder que algunas de las sumas giradas o pagadas por las fiduciarias a los terceros señalados por el fideicomitente (subcontratistas, proveedores, etc.) se llegaren a destinar para otros fines o para otras personas. Con el fin de evitar esta eventualidad, o para remediarla, si llegare a suceder, se estableció la obligación de *legalizar* los recursos ejecutados.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra que, según lo expuesto en la consulta, existe un aspecto que no permitiría hacer un uso adecuado de este mecanismo, en todos los casos, o que podría entorpecer la operatividad de los contratos de aporte y de fiducia mercantil. Tal obstáculo consiste en la exigencia de que todas las sumas ejecutadas sean legalizadas dentro del mismo año o vigencia fiscal.

En efecto, esta obligación, redactada en términos absolutos, tal como aparece en los documentos mencionados, resulta de imposible cumplimiento, en relación con los pagos efectuados durante el último mes (diciembre) y, en particular, durante los últimos días del año, pues la legalización conlleva un trámite, que incluye: *i)* la presentación de un informe, por parte del contratista, en los formatos establecidos por el Futic, acompañado de los soportes necesarios (facturas, actas de recibo, actas de liquidación, comprobantes de pago, etc.); *ii)* la revisión de este conjunto de documentos, por parte de la interventoría y del supervisor del contrato de aporte, y *iii)* la entrega del respectivo dictamen o concepto al Futic.

Por otra parte, lo dispuesto sobre este punto resulta, también, contradictorio con lo señalado en los mismos documentos citados, sobre el procedimiento que debe seguirse para hacer la legalización, pues allí se advierte que el informe requerido, junto con sus soportes físicos o electrónicos, debe ser presentado por el contratista, a más tardar, el día 25 de cada mes, en relación con las sumas de dinero ejecutadas hasta el mes inmediatamente anterior.

Así, pues, en relación con los recursos ejecutados por el contratista en el mes de diciembre de cualquier año, aquel tendría hasta el 25 de enero del año siguiente para presentar el informe de legalización correspondiente, junto con los soportes documentales requeridos. Sin embargo, de hacerlo así (como lo autorizan expresamente las estipulaciones citadas), tanto él como la interventoría estarían incumpliendo la otra previsión contractual que se comenta, en el sentido de que todos los recursos ejecutados en una determinada vigencia fiscal deben legalizarse dentro de la misma vigencia.

En esa medida, para poder dar cumplimiento a las dos condiciones citadas, al mismo tiempo, la fiduciaria tendría que abstenerse de efectuar pagos o giros ordenados por el contratista, al menos, durante el último mes de cada año, con lo cual se afectaría la normal y eficiente operatividad de los contratos de aporte y de fiducia.

Por tales razones, la Sala coincide con lo manifestado por el Gobierno, acerca de la viabilidad de modificar dicha estipulación, para eliminar la condición de que todos los gastos ejecutados deban legalizarse dentro de la misma vigencia fiscal en la que se efectúen, pues tal exigencia no resulta necesaria, a la luz de las normas que regulan el manejo presupuestal y financiero de los recursos públicos transferidos a patrimonios autónomos, mediante la celebración de contratos de fiducia mercantil.

Se concluye, de lo expuesto, que la enmienda sugerida por el Gobierno nacional, sobre este punto, resultaría viable.

En todo caso, tanto en este punto como en los anteriores, corresponde al Futic, como entidad contratante, determinar, en concreto, el alcance y el texto de las modificaciones contractuales que se requieran, de la forma en que mejor satisfaga el interés público.

4) Posibilidad de pactar las modificaciones sugeridas, a la luz de las normas y los principios que gobiernan la contratación estatal

A la luz de lo planteado en este capítulo y en los acápites anteriores del presente concepto, se analizará, a continuación, de manera concreta, la posibilidad de modificar los contratos estatales de aporte núm. 1042 de 2020 y 749 de 2022, y los contratos de fiducia mercantil 396530 de 2021 y 3-1-107004 de 2022, en la forma sugerida en la consulta, con las precisiones efectuadas en este concepto.

4.1. Modificación de los contratos estatales de aporte

Tal como se explicó en el capítulo correspondiente de este concepto, la modificación de los contratos estatales es posible, desde el punto de vista jurídico, siempre que se respeten determinadas condiciones y limitaciones.

Frente a los cambios sugeridos para los contratos estatales de aporte celebrados por el Futic, para las regiones A y B, la Sala observa, en principio, que tales requisitos y límites se respetan, como se explica a continuación:

a. Límites temporales: se refieren a: *i)* que la modificación se realice durante la vigencia del contrato estatal, y *ii)* que, si se trata de una prórroga, esta no sea automática ni sucesiva de forma indefinida (o ilimitada).

En el presente caso: *i)* los contratos de aporte están vigentes y las variaciones propuestas se harían dentro de su plazo de ejecución, y *ii)* no se trata de una prórroga.

b. Solemnidad: que el acuerdo conste por escrito. Aunque las modificaciones no han sido realizadas, es claro que estas, para su existencia, tendrían que hacerse constar por escrito, con la firma de los representantes legales de las dos partes: el Futic y los contratistas.

- c. Motivación:** que la necesidad de reformar el contrato se encuentre debida y suficientemente justificada, por razones de interés público claras, objetivas y documentadas.

Dado lo anterior, le corresponde al Futic, como entidad estatal contratante, con el apoyo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, documentar, en forma adecuada, clara y completa, las razones financieras, jurídicas y administrativas que justifiquen la modificación sugerida y permitan establecer, particularmente, el beneficio que tales cambios generan para el interés público.

- d. Cumplimiento de requisitos presupuestales:** que se cuente con la debida disponibilidad y registro presupuestal, y se cumplan los demás requisitos establecidos en esta materia.

Aunque las modificaciones propuestas no implican el desembolso de nuevos recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación, si llegare a necesitarse, por alguna razón, cualquier clase de certificado, registro, disponibilidad o autorización presupuestal, dicho requisito tendría que cumplirse antes de la suscripción del respectivo otrosí, como condición para su ejecución⁴⁷.

- e. Límite cuantitativo:** si la modificación es o implica una adición, debe respetar el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Las enmiendas sugeridas no implican una adición a los respectivos contratos estatales de aporte, por lo que no es aplicable, en este caso, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En efecto, las sumas de dinero que serían reinvertidas eventualmente forman parte de los recursos ya aportados a cada uno de los contratistas y desembolsados a las respectivas fiduciarias, para conformar los correspondientes patrimonios autónomos. Asimismo, la realización de tales reinversiones ya está prevista en los citados contratos.

- f. Prohibición de fraccionamiento:** que el contrato o el acto a celebrar no implique el fraccionamiento del contrato. En este caso, no se trata de celebrar un nuevo contrato estatal con un objeto igual o similar, ni se modifica el objeto de los ya firmados.

- g. Límites materiales:** Que no se cambie la naturaleza ni la clase del contrato, ni se modifique sustancialmente su objeto.

Las variaciones propuestas a los contratos de aporte no modifican ni desvirtúan su naturaleza, ni modifican su objeto. Se trata de ajustes de carácter operativo y financiero, en el plazo para legalizar los recursos ejecutados y usar las sumas disponibles que resulten de las *utilizaciones* no autorizadas (total o parcialmente) o de

⁴⁷ A este respecto, ver lo dispuesto en los artículos 25, numeral 6.º, y 41 de la Ley 80 de 1993, y en el artículo 2.2.1.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

los descuentos efectuados al contratista, por el incumplimiento de los niveles de servicio y los indicadores de calidad estipulados.

- h. Límites axiológicos y teleológicos:** que se respeten los criterios de selección objetiva y las demás condiciones esenciales del pliego de condiciones, con el fin de preservar los principios de la contratación estatal.

Los aspectos señalados en el numeral anterior no constituyeron factores para la evaluación, comparación y ponderación de las ofertas, con miras a la escogencia de la mejor propuesta para el Estado, bajo el principio de selección objetiva (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007).

En efecto, de acuerdo con los pliegos de condiciones, el valor del contrato de aporte sería igual para todos los proponentes que participaran en la licitación, por cada región (A y B). Dicho valor correspondía, justamente, a la cuantía total del aporte de los recursos de fomento asignados por el Futic para cada región.

En esa medida, los criterios utilizados para evaluar, comparar y ponderar o calificar las ofertas, con miras a la adjudicación del contrato, consistieron en los siguientes: velocidad (de internet) ofertada adicional, tiempo ofrecido adicional, centros digitales ofertados adicionales, apoyo a la industria nacional y vinculación de trabajadores en condiciones de incapacidad (página 105, en adelante). Ninguno de tales aspectos parece tener una relación directa con los elementos sobre los cuales recae la presente consulta.

Estos asuntos tampoco fueron elementos esenciales o centrales en el pliego de condiciones, al punto que, en el cuerpo principal de dicho documento, apenas se encuentran algunas referencias tangenciales o parciales a esos temas, los cuales fueron desarrollados, con algún grado adicional de detalle, en el Anexo Técnico y en algunas cláusulas de las minutas de los contratos de aporte y de fiducia, que eran también anexos del pliego.

Por lo tanto, la Sala considera que los cambios propuestos no son susceptibles de vulnerar los principios de igualdad, transparencia, moralidad, libre concurrencia y selección objetiva, porque, en particular, de haber sido adoptados dentro del proceso de selección, no parece probable que hubieran podido determinar una mayor participación de oferentes, ni un orden de elegibilidad diferente de las ofertas, ni, mucho menos, alterar la decisión de adjudicación.

- i. Ausencia de causales de nulidad:** que el acuerdo modificatorio a celebrar tenga un objeto lícito, una causa lícita y cumple los demás requisitos de validez establecidos para los contratos estatales.

Las modificaciones propuestas no se encuentran prohibidas por la Constitución Política, por la ley (como ya se explicó), ni resultan contrarias al orden público.

Por lo demás, le corresponde al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Futic y a los respectivos contratistas e interventores analizar y verificar, en concreto, que las modificaciones no persigan una causa (fin) ilícita; que no se actúe con desviación de poder ni con desconocimiento de alguna norma o principio de obligatorio cumplimiento; que las enmiendas al contrato no se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad; que no se pretendan suscribir con fundamento en actos administrativos declarados nulos, ni se presente cualquiera de las otras causales de nulidad absoluta o relativa de los contratos estatales, previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y, por remisión, en el derecho común.

4.2. Modificación de los contratos de fiducia mercantil

Ahora bien, en lo que concierne a los contratos de fiducia mercantil de administración y pagos, debe tenerse en cuenta que el número 396530 del 19 de enero de 2021, suscrito entre Comcel S.A. y la Fiduciaria Corficolombiana S.A. (para la región A), no es un contrato estatal, pues se trata de un contrato celebrado entre dos particulares.

Por su parte, el contrato n.º 3-1-107004 del 13 de junio de 2022, suscrito entre los integrantes de la Unión Temporal ETB Net Colombia Conectada y la Fiduciaria La Previsora S.A. (para la región B), si bien involucra a dos entidades estatales (la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad de economía mixta, y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., como empresa de servicios públicos de carácter mixto), es un negocio excluido del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32⁴⁸ de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007⁴⁹, y en el artículo 55⁵⁰ de la Ley 1341 de 2009⁵¹, con las salvedades previstas en el artículo 13⁵²

⁴⁸ **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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

Parágrafo 1.º Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

⁴⁹ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁵⁰ **Artículo 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones.** Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

[...]

⁵¹ Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

⁵² **Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.** Las entidades estatales que por

de la Ley 1150, adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022⁵³. Por esta razón, dicho contrato se encuentra sometido al derecho privado y a las disposiciones especiales que le resulten aplicables (por ejemplo, las del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otras), tal como lo establecen las mismas normas citadas.

En esa medida, las condiciones y restricciones señaladas para la modificación de los contratos estatales no se aplican al contrato de fiducia mercantil 396530 del 19 de enero de 2021, y se aplican parcialmente al contrato de fiducia n.º 3-1-107004 del 13 de junio de 2022 (en los aspectos señalados por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

Por lo tanto, la Sala observa que, tal como se expresó para los contratos de aporte, la modificación consecuencial que se haga, en este materia, en el citado contrato de fiducia mercantil no resultaría contraria a los principios de la contratación estatal, de la buena administración y de la gestión fiscal, ni al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, todo lo cual debe ser verificado cuidadosamente, en cualquier caso, por la respectiva sociedad fiduciaria estatal y las compañías que integran la respectiva unión temporal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los contratos de fiducia mercantil mencionados constituyen un instrumento jurídico establecido por el Mintic y el Futic para administrar e invertir, de forma más segura, confiable y transparente, los recursos de fomento asignados a cada uno de los contratistas seleccionados en la licitación FTIC-LP-038-2020, mediante los respectivos contratos estatales de aporte.

En consecuencia, es claro que esos contratos de fiducia son negocios jurídicos accesorios y subordinados a los respectivos contratos de aporte, por lo que las cláusulas de aquellos no pueden contradecir las estipulaciones y previsiones contenidas en los contratos de aporte y en los documentos que se entienden incorporados a estos (como los pliegos de condiciones y sus anexos, entre otros), sino que, por el contrario, deben estar en completa armonía y coherencia con dichos acuerdos y documentos.

Por tal razón, tanto en los pliegos de condiciones (numeral 3.5.2, subnumeral 2) como en las minutas de los contratos de aporte (Anexos 14 y 15) y en los contratos suscritos (cláusula segunda, literal B, numeral 2), se estableció expresamente, a cargo del contratista, la obligación de cumplir los términos y condiciones del respectivo contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, y se dispuso que cualquier modificación,

disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. [...]

[...]

⁵³ Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.

acuerdo, transacción, arreglo o conciliación relacionada con dicho contrato tendría que ser autorizada por el Futic, de manera previa, expresa y por escrito.

Asimismo, tanto en la minuta del contrato de fiducia mercantil (Anexo 16 del pliego) como en los contratos efectivamente suscritos (cláusula primera), este mismo negocio jurídico fue definido así:

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: Es el negocio fiduciario que consiste en la administración por parte de la **FIDUCIARIA**, de un patrimonio autónomo conformado con los recursos transferidos por el **FIDEICOMITENTE** o por cuenta de éste, para que sean administrados de conformidad con las instrucciones dadas por aquél para alcanzar la finalidad prevista en el **CONTRATO DE APOORTE** [se subraya].

En esa medida, si llegaren a modificarse los contratos de aporte, en la forma sugerida en la consulta y señalada en este concepto, no solamente sería viable, desde el punto de vista jurídico, sino, además, necesario enmendar los respectivos contratos de fiducia mercantil, con el objetivo principal de guardar la armonía y la coherencia de tales negocios jurídicos con los contratos principales (de aporte), y hacerlos plenamente operables.

Así, la Sala no encuentra objeción alguna en que se modifiquen, de manera bilateral, los contratos de fiducia mercantil, en la forma propuesta por la ministra consultante, con las aclaraciones y precisiones efectuadas en este concepto, y dentro de la órbita de la voluntad de las dos partes.

5) Resumen y conclusiones finales

Lo explicado en este concepto se puede sintetizar en las siguientes conclusiones:

- a- Como resultado de la Licitación FTIC-LP-038-2020, el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adjudicó y suscribió los «contratos de aporte» 1042 de 2020 y 749 de 2022, para «[e]jecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada [A o B] obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico».
- b- Tales contratos son negocios jurídicos atípicos, en virtud de los cuales el Estado asigna unos bienes o recursos públicos a una persona (natural o jurídica), para que los destine exclusivamente, y por su cuenta y riesgo, a la prestación del servicio o la realización de la actividad de interés público acordada, para cumplir un determinado fin del Estado, so pena de verse obligado a devolver tales activos, con sus respectivos rendimientos (condición resolutoria).
- c- Para garantizar, en este caso, el manejo ordenado y seguro de los recursos asignados, durante el plazo de ejecución de los contratos de aporte, se dispuso, en el respectivo pliego de condiciones, que los contratistas seleccionados debían celebrar

sendos contratos de fiducia mercantil, con sociedades fiduciarias debidamente autorizadas, en virtud de los cuales se constituirían dos patrimonios autónomos (uno por cada contrato).

d- Luego de suscritos tanto los contratos de aporte como los de fiducia, el Mintic y el Futic vieron la necesidad de modificar algunas previsiones contenidas en el pliego de condiciones y en las minutas de los contratos, que sujetan a términos muy apremiantes (dentro de la misma vigencia fiscal) las decisiones que deben tomarse sobre la destinación de los fondos desembolsados y cuyas «utilizaciones» no se autorice al contratista, la reinversión de las sumas descontadas al contratista, y la legalización de los recursos efectivamente pagados por las fiduciarias.

e- Después de analizar los límites que la jurisprudencia y la doctrina han inferido, de los principios y las normas constitucionales y legales que gobiernan la función administrativa y la contratación estatal, para ejercer la facultad de modificación de los contratos estatales, ya sea unilateral o bilateralmente, la Sala encuentra, en principio, que las enmiendas sugeridas por el ministerio consultante, en relación con los contratos de aporte celebrados, respetan dichos límites, por lo que serían jurídicamente viables.

De todas maneras, le corresponderá al ministerio verificar y determinar la procedencia de estas modificaciones, conforme a los requisitos de modificación de los contratos señalados por esta Sala y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los términos expuestos.

f- Por la misma razón, y por tratarse de negocios celebrados para garantizar y facilitar la debida ejecución de los contratos de aporte, la Sala estima que también es viable modificar los contratos de fiducia mercantil suscritos por los contratistas beneficiarios del aporte con las respectivas fiduciarias, en forma consecencial y coherente con los cambios que se introduzcan en aquellos.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE:

1. ¿De conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico que rige la contratación estatal, ¿[sic] es procedente modificar los contratos de aporte 1042 de 2020 y 749 de 2022 respecto de los desembolsos y de la reinversión de los descuentos, de conformidad con lo expuesto?

Sí. A la luz de los principios y las normas que regulan la contratación estatal, y de acuerdo con la información suministrada a la Sala, es posible modificar bilateralmente los contratos de aporte números 1042 de 2020 y 749 de 2020, en lo que atañe a los plazos para la legalización de los recursos ejecutados, para definir la destinación de los fondos

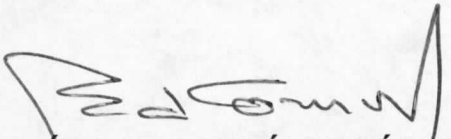
desembolsados cuya «utilización» no se autorice al contratista, y para la reinversión de las sumas descontadas, tal como se explica en este concepto.

En todo caso, le compete al ministerio verificar y determinar la procedencia de estas modificaciones, conforme a los requisitos de modificación de los contratos, en los términos expuestos en este concepto.

2. *¿Es procedente la modificación de los correspondientes contratos de fiducia que se derivan de cada uno de los contratos de aporte, entre quienes los suscribieron y en consonancia con las normas que los rigen?*

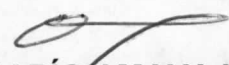
Sí. Es igualmente procedente, como consecuencia de la reforma de los contratos de aporte, modificar los respectivos contratos de fiducia mercantil, por parte de quienes los celebraron (asignatarios de aporte y sociedades fiduciarias), con la autorización previa del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que tales actos jurídicos resulten coherentes con los cambios que se introduzcan en los contratos de aporte.

Remítase copia a la ministra Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



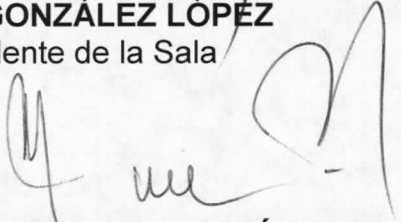
EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Presidente de la Sala



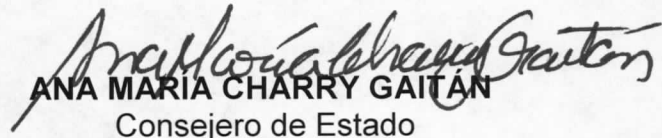
ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Consejero de Estado



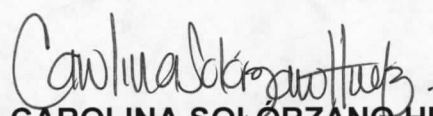
MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA

Consejera de Estado



ANA MARÍA CHARRY GAITÁN

Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ

Secretaria de la Sala