

2022EE0078273



80112
CGR-OJ- PI 083 - 2022
Bogotá, D.C.

Doctor
JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo
Cámara Colombiana de la Infraestructura
Avenida Calle 26 No. 59 - 41/65 · Piso 10 ·
cci@infraestructura.org.co
Bogotá

Referencia: Respuesta al radicado No. 2021ER0180057
Tema: AIU – IMPREVISTOS. - JUSTIFICACIÓN. - RESPONSABILIDAD
FISCAL. -

Respetado señor Caicedo:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual se responderá con fundamento en la función consagrada en el numeral 16 del artículo 43 del Decreto-ley 267 de 2000².

1. Antecedentes

El 22 de septiembre de 2021, mediante correo electrónico esta Oficina recibió la petición, por medio de la cual se solicitó analizar la viabilidad de replantear los conceptos expedidos entre los años 2018 y 2020 en relación con el concepto del A.I.U. y los elementos que lo integran, particularmente, el referido al rubro de imprevistos.

Para formular dicha petición, se presentaron las siguientes apreciaciones:

“La Cámara Colombiana de la Infraestructura, CCI, gremio que agrupa a las empresas del sector que diseñan, construyen y realizan labores de interventoría de obras civiles, ha realizado desde su creación, innumerables esfuerzos por promover la adecuada planeación, contratación y ejecución de los proyectos de

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

² Artículo 43. “Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica:

(...) 16 Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden”.

infraestructura, que en últimas satisfagan las necesidades de las comunidades que son beneficiarias de las inversiones del Estado colombiano.

Lo anterior nos motiva a plantear a usted una preocupación en relación a las interpretaciones, de naturaleza jurídica, que particularmente en la última década, se han debatido en escenarios públicos e inclusive al interior de la propia Contraloría General de la República (CGR). Nos referimos a la justificación de la existencia y pago de la partida denominada "imprevistos", en adelante (I), como uno de los tres factores de remuneración dentro de los costos indirectos en los contratos de obra pública, particularmente, en las modalidades de "precios unitarios" y "precio global". Y es que los denominados costos indirectos, son aquellos que están asociados a la dirección del proyecto, es decir a su administración (A), a la asunción de los efectos económicos de situaciones imprevistas (I) y a la remuneración económica que corresponde propiamente a la utilidad (U) del contratista. Los costos indirectos son, por lo tanto, el reconocimiento económico del proceso productivo, pero estos mismos no hacen parte de la inversión física en el bien o producto finalizado.

Al margen de la tesis jurídica que actualmente existe sobre la materia, la cual hoy promulga la CGR, el gremio que presido, en la presente comunicación, quiere transmitir a usted la importancia de reconocer aquellos eventos particulares que afectan en forma directa y específica al contratista de obra, y que son propios de su actividad comercial, los cuales deben ser compensados económicamente, y que, de manera alguna deben ser asumidos por el contratista con el factor administración (A), ni con el rubro de la utilidad (U). Entendemos perfectamente que la CGR no desconoce la ocurrencia de eventos imprevistos, pero conmina a las entidades contratantes para que su reconocimiento y pago sea previamente demostrado por parte del contratista de obra. La posición del gremio difiere, pues se centra en que ese pago debe realizarse sin la necesidad recurrente de, en cada pequeño incidente ocurrido, sustentarlo ante la entidad contratante. A continuación, queremos dar algunos ejemplos concretos de eventos de normal y frecuente ocurrencia en el desarrollo de un contrato de obra pública, connaturales a la actividad del constructor, propios de su alea comercial, los cuales no pueden ser valorados dentro de los costos directos, ni deberían afectar la administración (A) por su específica afectación, como tampoco impactar la rentabilidad (U), la cual corresponde a la justa contraprestación derivada de su negocio:

- Las variaciones en los precios de los insumos y materiales, mano de obra y equipos que hacen parte de los costos directos, al punto de no alcanzar a ser cubierto con la fórmula de reajuste de precios, si es que la misma está prevista en el contrato.*
- La imposibilidad de realizar las actividades previstas de obra, según cronograma, por lluvias moderadas o fuertes, afectando el avance y rendimiento de las obras. En este caso las demoras incrementan los costos de la administración del contrato como pago de salarios o tiempo de espera (stand by) de maquinaria y equipos.*
- La imposibilidad de movilización del personal o la falta de suministro de materiales, en los tiempos requeridos, por situaciones de presumible ocurrencia,*

como por ejemplo las ocasionadas en razón de manifestaciones, bloqueos o protestas.

- La ocurrencia de hurtos menores en los campamentos de obra, que implica no sólo pérdida de materiales, sino el tiempo necesario para su reposición.
- La atención de requerimientos menores de la comunidad, aledaña a los proyectos, que, sin estar contractualmente establecidos, son asumidos por el contratista, en beneficio del avance del proyecto.

Las situaciones descritas con anterioridad -las cuales no constituyen una lista taxativa que agote la materia- algunas de ellas más sencillas y otras de naturaleza un poco más compleja, no deberían ser sustentadas caso a caso para su reconocimiento y pago, pues precisamente el factor imprevisto (I) existe para cubrir, así no sea en su totalidad, estos riesgos, si se quiere menores, pero que terminan teniendo una afectación económica en el desarrollo del contrato.

Reiteramos, la tesis jurídica que hoy sostiene la CGR, más allá de las deliberaciones entre especialistas en la materia, conlleva a la tramitología y el traumatismo administrativo entre los actores que hacen parte del proyecto, a saber, contratista, interventor y supervisor de la entidad contratante. Incorporar la (I) como factor de remuneración tiene como propósito reconocer, de entrada, que es previsible y muy factible la ocurrencia de estos hechos y por lo tanto se traslada su manejo al contratista reconociendo, para ello, un porcentaje (%) de los costos directos.


Existen, también, conceptos de contralorías territoriales, que ya recogen dentro de su labor de control esta tesis, sobre la no necesidad de sustentar la ocurrencia de los imprevistos (I), para su reconocimiento y pago.

La petición anterior dio lugar a varias sesiones de trabajo interinstitucional que se llevaron a cabo el 5 de octubre del 2021, 22 de marzo de 2022 y otras, en virtud de cuyos compromisos, la Cámara Colombiana de Infraestructura presentó una consulta en la que se formularon los siguientes interrogantes:

¿Es correcto definir el AIU como un porcentaje de los costos directos que se compone de 3 partidas: administración (A), imprevistos (I) y utilidad (U), ¿las cuales son totalmente independientes y de destinación específica?

¿Es posible afirmar que es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles en los contratos de obra pública y, en consecuencia, ¿deben las entidades siempre establecer una partida como parte del valor de los contratos?

¿El contratista de obra tiene la obligación de demostrar la ocurrencia de los hechos imprevistos ante la entidad contratante para lograr su reconocimiento y pago?

Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, así las cosas, ¿este pago debería corresponder al porcentaje fijado en la oferta económica para el rubro de imprevistos (i) que fue objeto de evaluación en el marco del proceso de selección? 

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución ^[2], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General” ^[3], así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General” ^[4] y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República” ^[5].

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal” ^[6] y asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten” ^[7].

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16 ^[8] del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

En el caso que nos ocupa la petición presentada por la Cámara Colombia de Infraestructura, dio lugar a la realización de diferentes mesas de trabajo con la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura, motivo por el cual, la posición jurídica que se expondrá en el presente documento ha sido previamente coordinada con dicha dependencia y se emite en los términos del numeral 16 del artículo 43 del Decreto-Ley 267 de 2000.

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica:

Esta Oficina se pronunció en relación con el concepto de A.I.U. y los elementos que lo integran, mediante conceptos n° 80112-EE75841 del 29 de septiembre de

2011, 2012EE0071253 del 2012, 2015IE0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, en los cuales se señaló que el manejo del rubro de imprevistos tiene relativa libertad.

Mediante conceptos No. OJ-0043 de 2019/20192012EE00712531, se atendió una consulta relacionada con los costos directos e indirectos de los contratos y se hizo referencia al concepto de A.I.U. y a la destinación que debe tener el rubro de imprevistos. Sobre el particular, señaló que los imprevistos no forman parte de la utilidad del contratista, razón por la cual las entidades públicas, al momento de liquidar los contratos deberán analizar las condiciones de ejecución de los mismos y con base en éstas, determinar si se concretaron o no los riesgos imprevisibles a los que estaba destinado dicho rubro y de ser así en qué proporción fue afectado.

Las tesis de este concepto fueron reiteradas en los conceptos OJ-0075 del 2019/2019EE0068159 y OJ-130 del 2020 /2020EE0094509 del 28 de agosto del 2020.

4. Mesas de trabajo realizadas al interior de la Contraloría General de la República para la revisión del tema objeto de consulta:

En consideración a la solicitud presentada por la Cámara Colombiana de la Infraestructura y dado que, como puede apreciarse en el acápite anterior, a partir del año 2019 ha sido recurrente la formulación de consultas en relación con el concepto del A.I.U.; particularmente en cuanto se refiere a la destinación del rubro de imprevistos que forma parte del mismo, esta Oficina consideró necesaria la realización de distintas mesas de trabajo con el fin de analizar con la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura si era necesario revisar, precisar o aclarar las tesis planteadas en los conceptos OJ-043 y OJ-0075 de 2019; así como en el concepto OJ-130 del 2020.

Para el efecto, se realizaron mesas de trabajo internas en la Oficina Jurídica los días 5 de octubre del 2021 y 17 de diciembre del 2021, 8 de febrero de 2022, y el 22 de marzo de 2022, y se remitió vía correo electrónico la información existente sobre el particular a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura, con el fin de que analizara el tema.

Finalmente, conocida toda la información existente al interior de la entidad por quienes participarían del análisis conjunto, se realizaron mesas de trabajo entre la Oficina Jurídica y el Ingeniero Luis Fernando Mejía Gómez, Contralor Delegado para el Sector Infraestructura.

Mesas que se llevaron a cabo esas los días el día 2 y 22 de marzo de 2022, en las cuales se analizó el tema del AIU en el contexto de los conceptos Jurídicos CGR-OJ- OJ0043 de 2019, CGR-OJ-0075 del 2019, CGR-OJ-130 del 2020.

En las sesiones del 2 y 22 de marzo, la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura manifestó que en los contratos de Obra Pública donde la modalidad P

de pago se pacta por cantidades de obra ejecutadas y precios unitarios, estos últimos están conformados por la sumatoria de los costos unitarios directos (Herramientas, Equipos, Materiales, Transportes, Mano de Obra, etc) e indirectos (Administración, Imprevistos y Utilidad, A.I.U.) requeridos para realizar adecuadamente las diferentes actividades incluidas en dicho contrato de obra pública y que dichos precios unitarios son los valores unitarios totales, firmes, inseparables e invariables a los cuales se le pagará al Contratista cada actividad de obra del contrato que haya ejecutado adecuadamente y que la Interventoría haya medido y aprobado, de acuerdo con lo previsto en el citado contrato, sin entrar a revisar el precio unitario pactado ni cómo fueron calculados los costos unitarios directos o indirectos que lo conforman ni, tampoco, si dichos cálculos fueron acertados o se cumplieron cabalmente.

En dicha mesa de trabajo se acordó que la Delegada de Infraestructura realizaría un análisis del tema desde el punto de vista técnico y financiero y remitiría a esta Oficina dicho documento, que se tomaría como insumo para atender la petición presentada por la Cámara Colombiana de la Infraestructura.

En consideración a sus compromisos, mediante documento del 24 de febrero del 2022, remitido a la Oficina Jurídica mediante correo electrónico, el Ingeniero Luis Fernando Mejía Gómez, en su condición de Contralor Delegado para el Sector Infraestructura, presentó las siguientes consideraciones, en las cuales respondió las preguntas formuladas por la Cámara Colombia de Infraestructura, desde el ámbito de sus competencias, así:

¿Es posible afirmar que es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles en los contratos de obra pública y, en consecuencia

Respuesta: Sí es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles en los contratos de obra pública. Los riesgos previsibles de estos contratos pueden ser y son establecidos en la etapa precontractual, quedan distribuidos entre las Partes y son pactados en la Matriz de Riesgos de cada contrato de obra pública.

¿Deben las entidades siempre establecer una partida como parte del valor de los contratos?

*Respuesta: Las entidades contratantes deben establecer una partida para atender los riesgos imprevisibles del contrato de obra pública. **Cuando la modalidad de pago escogida para el contrato de obra pública es por cantidades y precios unitarios, se utiliza el factor de A.I.U (Administración (A) – Imprevistos (I) y Utilidad (U)) para el cálculo de los costos unitarios indirectos.** Para modalidades de pago diferentes, en el contrato se debe establecer y pactar la forma de evaluación y reconocimiento de los sucesos imprevistos o imprevisibles que afecten su ejecución.*


¿El contratista de obra tiene la obligación de demostrar la ocurrencia de los hechos imprevistos ante la entidad contratante para lograr su reconocimiento y pago?

Respuesta: Si la modalidad de pago escogida para el contrato de obra pública es por cantidades y precios unitarios, y se utiliza el factor de A.I.U. para el cálculo de los costos indirectos del precio unitario, considero que el contratista de obra no tiene dicha obligación, puesto que **el precio unitario contractualmente pactado es integral y resulta de la sumatoria de los valores del costo unitario directo y del costo unitario indirecto, para cada actividad de obra incluida en el presupuesto del Contrato.** El primero, conformado generalmente por la sumatoria del costo unitario directo de herramientas y equipos, de materiales, de mano de obra y de transportes; y el segundo, conformado por la sumatoria del costo unitario indirecto de la Administración, los Imprevistos (Riesgos imprevisibles) y la Utilidad esperada del contratista (A.I.U.).

Importante mencionar que el precio unitario pactado entre el contratante y el contratista de obra debe ser firme e invariable, y debe incluir todos los costos directos e indirectos que el contratista de obra ha calculado como necesarios y suficientes para cumplir su compromiso contractual de ejecutar, adecuada y oportunamente, todas las actividades de obra previstas en el presupuesto del contrato. También es muy importante advertir que el costo unitario indirecto de los Imprevistos (I), está incluido y hace parte integral e inseparable del precio unitario pactado.

Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, así las cosas, ¿este pago debería corresponder al porcentaje fijado en la oferta económica para el rubro de imprevistos (i) que fue objeto de evaluación en el marco del proceso de selección?

Respuesta: Si la modalidad de pago escogida para el contrato de obra pública es por cantidades y precios unitarios, y se utiliza el factor de A.I.U. para el cálculo de los costos unitarios indirectos del precio unitario de cada actividad de obra objeto del contrato, efectivamente dicho pago de los riesgos imprevisibles debe ser cubierto por el costo indirecto de Imprevistos (I) del A.I.U., expresado como un porcentaje del costo unitario directo total para cada uno de los precios unitarios pactados. De otra parte, la comparación y evaluación de las Ofertas económicas presentadas en el desarrollo de una licitación que utilice recursos públicos, **está fundada en la premisa indispensable de que todos los precios unitarios ofertados por cada Proponente son firmes e invariables, de forma que dichas calidades (firmeza e invariabilidad) también se puedan trasladar al proceso de evaluación y calificación de las Ofertas y al de adjudicación de la licitación, evitando con ello las subjetividades propias de un factor de Imprevistos aleatorio, variable y/o dependiente de eventuales comprobaciones.** (Negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta el alcance de las tesis planteadas en los conceptos emitidos en los años 2019 y 2020, esta Oficina mediante correo electrónico del 4 de marzo del 2022 le solicitó a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura, que además se pronunciara sobre los siguientes aspectos: 

1. Desde el punto de vista contable y/o financiero, ¿es procedente afirmar que, si el porcentaje de imprevistos incluido en la oferta en un proceso de selección no se afecta en su totalidad, las sumas de dinero incluidas en dicho rubro, que no fueron afectadas, incrementan la utilidad del contratista?

2. Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, le solicito explicar ¿a título de qué concepto –contable o financiero- recibiría el contratista dichas sumas de dinero?

Teniendo en cuenta las preguntas formuladas y con el fin de definir el alcance del análisis que se requería de parte de la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura, se llevó a cabo una mesa de trabajo conjunta el día 22 de marzo del 2022, en la que se puso de presente la necesidad de analizar si la no causación total del rubro de imprevistos generaba un incremento de la utilidad del contratista.

Mediante correo electrónico del 18 de abril del 2022, el Contralor Delegado para el Sector Infraestructura remitió su pronunciamiento sobre el particular, cuyo contenido es del siguiente tenor:

1. “No es procedente afirmar, ni desde el punto de vista contable y/o financiero, ni del técnico, que la utilidad estimada por un oferente y luego contratista se incremente porque el porcentaje y/o valor de los imprevistos (I) no se haya “afectado” y/o copado en su totalidad. Primero, porque en el gerenciamiento de los proyectos de Infraestructura de Transporte no existe la práctica de que los valores o porcentajes del A.I.U tengan rubro o imputación contable, financiera o presupuestal. Segundo, porque como bien se ha explicado en este documento, cuando la modalidad de pago es por cantidades ejecutadas y precios unitarios, estos últimos se componen de costos unitarios directos (Equipos, herramientas, materiales, mano de obra, transportes, etc) e indirectos (Administración, Imprevistos y Utilidad estimada) cuya sumatoria finalmente integra un precio unitario total, firme, inseparable e invariable. Y tercero, porque no existe norma o ley que exija un seguimiento y/o demostración posterior del comportamiento o resultado de los tres (3) rubros que integran el A.I.U (Costo Unitario Indirecto).

(...)

2. Sea lo primero reiterar que los valores que componen el A.I.U. no tienen rubro ni imputación contable, financiera y/o presupuestal. En los contratos de obra que se pactan bajo la modalidad de pago de cantidades ejecutadas y precios unitarios, está clara y explícitamente definido que al contratista se le pagarán todas las cantidades de obra que haya ejecutado adecuadamente y haya medido y aprobado el Interventor, a los precios unitarios incluidos en el contrato para cada una de ellas, sin entrar a revisar el precio unitario, ni cómo fueron calculados los costos unitarios directos o indirectos que lo conforman ni, tampoco, si dichos cálculos fueron acertados o se cumplieron cabalmente. Por último, se reitera que el precio unitario es el valor unitario total, firme,

inseparable e invariable al cual se pagará una actividad de obra que el contratista haya ejecutado adecuadamente y que la Interventoría haya medido y aprobado, de acuerdo con lo previsto en el contrato. (negrillas fuera de texto).

5. Consideraciones jurídicas:

5.1. Problemas Jurídicos

Se tomarán como problemas jurídicos las preguntas concretas formuladas por la Cámara Colombiana de la Infraestructura en su oficio del 29 de diciembre del 2021, es decir la siguientes:

¿Es correcto definir el AIU como un porcentaje de los costos directos que se compone de 3 partidas: administración (A), imprevistos (I) y utilidad (U), ¿las cuales son totalmente independientes y de destinación específica?

¿Es posible afirmar que es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles en los contratos de obra pública y, en consecuencia, ¿deben las entidades siempre establecer una partida como parte del valor de los contratos?

¿El contratista de obra tiene la obligación de demostrar la ocurrencia de los hechos imprevistos ante la entidad contratante para lograr su reconocimiento y pago?

Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, así las cosas, ¿este pago debería corresponder al porcentaje fijado en la oferta económica para el rubro de imprevistos (i) que fue objeto de evaluación en el marco del proceso de selección?

Con el fin de absolver las preguntas formuladas en la consulta de la Cámara Colombia de la Infraestructura y de determinar el alcance que tendrá la posición institucional que se asume a través del presente concepto, se analizarán, en su orden los siguientes temas: i) síntesis de las tesis planteadas a partir del 2019, en relación con el concepto de A.I.U. y la destinación del rubro de imprevistos, por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República; ii) La determinación del valor de los contratos estatales- el A.I.U. como elemento integrador del valor los contratos a precios unitarios y iii) la responsabilidad fiscal y su relación con el pago de los contratos estatales.

5.2. Síntesis de las tesis planteadas a partir del 2019, en relación con la destinación del rubro de imprevistos por la Oficina Jurídica:

Las tesis formuladas en los conceptos identificados en el numeral 3 del presente documento, emitidos entre los años 2011 a 2020, cuyo alcance se sintetizará en este acápite, encontraron como sustento la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el tema del A.I.U.³; así como la previsión

³ El análisis jurisprudencial se realizó teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional, al estudiar el alcance del artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, cuyo supuesto de hecho era muestra de la prevalencia del sistema

contenida en el artículo 10 del C.P.A.C.A que prevé que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, para lo cual, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que interpreten y apliquen dichas normas⁴.

La mencionada evolución jurisprudencial evidencia que, tal y como se expuso, in extenso, en el concepto No. 20121ER 0071251 del 2012, cuyas tesis fueron reiteradas en los conceptos 2015IE0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, a partir del año 2003 y de forma expresa hasta el año 2012, el Consejo de Estado señaló en su jurisprudencia que los imprevistos son un elemento integrador del valor de algunos contratos, como el de obra, que corresponde al alea normal de los mismos, que se asume por el contratista, en tanto es éste quien conoce “su negocio” y que se soporta por éste en los eventos en que llega a ocurrir, al punto en que no podría alegar desequilibrio en la ecuación contractual, sino, en eventos extraordinarios, debidamente soportados.

Así, mismo, en los referidos conceptos, se acudió a las consideraciones del Consejo de Estado, según las cuales, ante la falta de regulación legal sobre el particular, existe relativa libertad en la destinación del rubro de imprevistos, como costo indirecto asociado al valor del contrato, ya que, usualmente no hace parte del régimen de obligaciones rendir cuentas sobre la ejecución de dicho rubro.

Para plantear dichas conclusiones, se tuvieron en cuenta las siguientes sentencias del Consejo de Estado, a las que se acudió sobre la base de que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la Ley, en cuanto ninguna de éstas tiene el carácter de sentencia de unificación:

-Sentencia del 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 14577.

continental en el ordenamiento jurídico colombiano, moduló el alcance de dicha norma, al señalar que las interpretaciones que la Corte Constitucional realiza, “por vía de autoridad” tiene carácter obligatorio.

A partir de dicha modulación, se ha considerado que el contenido del artículo 230 Constitucional debe tener una interpretación más amplia, en la cual el concepto de imperio de la ley, previsto en éste, se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal y una interpretación tendiente a la garantía de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad, que puede verse afectado si se desconoce el precedente, concepto este último que se circunscribió a las interpretaciones de la Corte Constitucional por vía de autoridad.

Con estos parámetros generales, la Corte Suprema de Justicia, a través del recurso de casación, el Consejo de Estado, mediante el recurso de súplica y la Corte Constitucional, mediante la reiteración de jurisprudencia constitucional en la revisión de sentencias de tutela, aplican, en la práctica, el precedente judicial, concepto que, tal como se expuso no cobija todo tipo de decisiones judiciales.

Sobre el particular puede verse las sentencias C-836 de 2001, SU-1300 de 2001.

⁴ La Corte Constitucional, mediante sentencia C-634 de 2011, declaró la exequibilidad condicionada de esta disposición, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

-Sentencia del 31 de agosto de 2011, proferida por la Sección Tercera el Consejo de Estado, en el expediente 18080.

-Sentencia del 8 de febrero de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 23044.

Durante el año 2019, esta Oficina recibió una consulta en la que se preguntó si la tesis planteada hasta el momento en relación con la destinación del rubro de imprevistos conservaba vigencia, lo anterior, por cuanto, el Consejo de Estado había cambiado su jurisprudencia sobre el particular. Para atender esa consulta, se analizó lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 14 de marzo de 2013, en el expediente 20524.

Para ello, en el concepto OJ-0043 del 2019 se señaló que dicha sentencia fue proferida por una de las subsecciones de la Sección Tercera, lo que muestra que no es una Sentencia de Unificación y, por lo tanto, que en los términos del artículo 10 del C.P.A.C.A. no puede considerarse como un precedente con carácter vinculante, esto es, que los planteamientos contenidos en ella constituyen un criterio auxiliar para la aplicación e interpretación de la Ley.


En el concepto OJ-0075 del 2019 se precisó con mayor detalle el análisis del contenido de la sentencia en cuestión y se resaltó que ésta tuvo por objeto decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las siguientes pretensiones:

-Incumplimiento del contrato por la no entrega del anticipo y el pago del precio del contrato, que fue negada, por haberse declarado de oficio la nulidad de las cláusulas que regulaban tales pagos, de conformidad con el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

-Restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por los presuntos sobrecostos que se presentaron por la variación de precios que se produjo entre la fecha contractualmente prevista para el inicio de las obras y la fecha en la que realmente se iniciaron las mismas.

Por manera que, como se deduce de lo expresado, el análisis sustancial que dio lugar a la decisión contenida en esa sentencia, versó sobre la segunda pretensión, en relación con la cual se expuso lo siguiente en dicha sentencia:

“(…)

Como se puede observar, a diferencia de los ordenamientos jurídicos anteriores la Ley 80 de 1993 consagra como derecho e impone como obligación el mantener el equilibrio económico-financiero del contrato; además, también se puede ver que el ordenamiento positivo no ha diferenciado, desde el plano conceptual, los mecanismos de ajuste y revisión de precios; de hecho, 

algunas legislaciones les han dado un tratamiento análogo, como si se tratara de un único mecanismo.

Desde el punto de vista conceptual, la actualización, el reajuste o simplemente el ajuste de precios es un instrumento que se utiliza para restablecer de manera automática o para mantener de forma constante la ecuación o equivalencia económica originalmente pactada entre los precios y la prestación prevista por las partes, en los contratos conmutativos, onerosos, bilaterales o sinalagmáticos perfectos y de ejecución sucesiva. El fin de este instrumento es corregir y estabilizar los precios y mitigar el impacto que pueden ocasionar las variaciones de éstos, por los fenómenos señalados párrafos atrás (fluctuación de la oferta y la demanda, inflación, devaluación o revaluación en niveles previsibles, claro está), en la economía del contrato.

(...)Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada.

(...) Por lo anterior y ante la previsibilidad de la ocurrencia de los fenómenos que pueden desembocar, principalmente, en el alza de los precios, la legislación ha previsto desde hace varios años los mecanismos de ajuste y revisión de precios.

(...) Hoy día, el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 contempla como derecho de las entidades estatales solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren, en su contra, el equilibrio económico o financiero del contrato (numeral 3). Correlativamente, consagra como deber de dichas entidades adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, según el caso, para lo cual ordena utilizar “...*los mecanismos de ajuste y revisión de precios...*” (Numeral 8) y acudir a los procedimientos de revisión y corrección, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución (ibídem).


Como se puede observar, a diferencia de los ordenamientos jurídicos anteriores la Ley 80 de 1993 consagra como derecho e impone como obligación el mantener el equilibrio económico-financiero del contrato; además, también se puede ver que el ordenamiento positivo no ha diferenciado, desde el plano conceptual, los mecanismos de ajuste y revisión de precios; de hecho, algunas legislaciones les han dado un tratamiento análogo, como si se tratara de un único mecanismo.

(...) En todo caso, ninguna de dichas modalidades (precio global o precios unitarios) está excluida de que se puedan presentar variaciones en los precios de los respectivos ítems, por los fenómenos económicos anotados a lo largo de

esta providencia, ni de que, por consiguiente, se deban actualizar o revisar los precios, según el caso.

(...) La correcta técnica de la estructura de precios unitarios exige que se haga un análisis de los mismos (análisis de precios unitarios), que no es cosa distinta a descomponer los ítems para determinar los costos que lo integran.

Además, exige que se discrimine entre costos directos, es decir, los que están directamente relacionados con la construcción de la obra (materiales, mano de obra, maquinaria, etc.) y los costos indirectos que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción, pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto (arriendo y gastos administrativos de la oficina, honorarios del director de la obra, del contador, del residente de obra y, en general, del personal especializado). Parte de esos costos indirectos está representada por el componente denominado "AIU", que corresponde a un porcentaje de los costos directos estimados, donde "A" significa administración y comprende los costos indirectos propiamente dichos, destinados a cubrir los gastos a los que se ha hecho alusión, la "I" significa imprevistos y corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se puedan presentar en el curso del **contrato (a este respecto, es bueno precisar, que si bien el rubro de imprevistos debe estar contemplado en la oferta, realmente no es un dinero que pertenezca o vaya a pertenecer al constructor; por tal razón, al momento de liquidar el contrato, las partes deben tener en cuenta si este porcentaje fue amortizado y, en caso de que no se haya afectado este rubro, el dinero correspondiente debe ser reintegrado al comitente, pues, de lo contrario, tales dineros se convertirían en ganancia del constructor, con lo cual éste se enriquecería sin justa causa)** y la "U" representa la utilidad o la ganancia neta que recibirá el constructor por la ejecución del proyecto. **El "AIU" debe estar incluido en cada uno de los ítems cotizados, aunque la correcta técnica exige que se analice y se discrimine por separado.** (negritas fuera de texto).

Así, tal como se reconoció en el concepto OJ-0075 de 2019, el objeto del análisis que dio lugar dicha sentencia **no fue el estudio de los costos indirectos de un contrato, entre éstos los imprevistos, sino estudiar la obligación de las entidades del Estado de mantener el equilibrio económico del contrato y restablecerlo, en los eventos en que se haya visto afectado, a través de distintos mecanismos, entre ellos los de reajuste y revisión de precios⁵.** 

⁵ En el concepto OJ-0075 de 2019, se precisó que, dado el objeto del fallo, conforme a la técnica definida por la Corte Constitucional, para determinar las partes de una decisión judicial que pudieran considerarse precedente, el párrafo en el que se alude a los imprevistos, como costo indirecto del valor de un contrato estatal, sería un *obiter dicta*, en tanto se trata de consideraciones que **cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso**. Por lo tanto, no podría considerarse como precedente judicial, lo que significa que no tiene carácter vinculante para ningún operador jurídico.

Así mismo, se añadió que, aunque admitiera que dicha frase pudiera considerarse como la *ratio decidendi* de la sentencia en cuestión, ésta no constituiría un precedente judicial para las autoridades administrativas, puesto que no es una sentencia de unificación, de lo que se sigue que no cumple con los requisitos exigidos en el CPACA para entender que tiene carácter vinculante.

En ese mismo concepto se estudió la sentencia 19 de julio de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 57576, decisión en la que dicha Corporación Judicial se refirió al concepto No. 2012EE00712263 de octubre de 2012, emitido por la Oficina Jurídica de Contraloría General de la República.

Sobre el particular, en el concepto OJ-0075 se señaló que en el texto de la sentencia no se indicó de forma expresa que el valor correspondiente al rubro de imprevistos debe ser devuelto por el contratista, en los eventos en que no fue demostrada su afectación; sin embargo, sí se analizó de fondo el deber de las entidades públicas de mantener y restablecer el equilibrio económico del contrato y, para ello, se estudiaron los distintos componentes que pueden integrar su valor, entre éstos los imprevistos, motivo por el cual, esta Oficina, en tanto operador jurídico que tiene la competencia de emitir conceptos para orientar a otros operadores en materia de control fiscal, estimó necesario acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar para el análisis del concepto de imprevistos y su alcance en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano.

Así, con base en el recuento efectuado en la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 57576, en relación con las tesis jurisprudenciales sobre el tema objeto de análisis, el concepto OJ-0075 de 2019, señaló que, a pesar de que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió una cierta flexibilidad en la destinación o inversión del rubro imprevistos, “por cuanto no es costumbre que el contratista rinda cuenta sobre él”⁶, **esa misma Sección también ha proferido decisiones en las que, al analizar el concepto de utilidad como rubro que forma parte del valor de un contrato estatal, señaló que en ésta no estaban comprendidos los rubros de administración e imprevistos**⁷.

En sentido en el concepto OJ-0075 de 2019 se señaló que:

“1. El valor de los contratos estatales está compuesto al menos por dos elementos: los costos que genera su ejecución y la utilidad que espera recibir el contratista.

2. En el primero de dichos elementos, esto es los costos, se incluyen los directos, cuya cuantificación es sencilla en cuanto corresponden de forma intrínseca a los bienes, servicios u obras requeridos y los indirectos que están asociados a los primeros y que se suelen valorar en un porcentaje de éstos. En los costos indirectos están comprendidos los de administración y los imprevistos.

3. El segundo elemento, es decir la utilidad, se obtiene luego de descontar al valor los costos que genera el cumplimiento de la respectiva prestación.

⁶ Ver al respecto sentencias del 29 de mayo de 2003, proferida en el expediente 14577 del 14 de marzo de 2013, proferida en el expediente 20524 y sentencia del 31 de agosto de 2011, proferida en el expediente 18080 de 2011.

⁷ Sobre el punto se citó a la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 14 de octubre de 2011, en el expediente 20811

4. El concepto de A.I.U. comprende tres rubros independientes, que incluyen los costos indirectos de ejecución de un contrato y la utilidad esperada.

En los términos de la premisa descrita en el numeral anterior, si la utilidad se obtiene luego de descontar los costos respectivos, procede afirmar que la utilidad no comprende ni los costos de administración ni los que se previeron por concepto de imprevistos.

5. La gestión contractual del Estado genera distintos tipos de riesgos, algunos de éstos, los previsibles, deben identificarse, estimarse y asignarse, desde la fase precontractual entre las futuras partes del contrato, porque así lo establece el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. Otros, los imprevisibles, no se distribuyen entre las partes, precisamente, porque, por su naturaleza desconocida éstas no pueden anticipar su ocurrencia.

6. Entre los riesgos imprevisibles están comprendidos aquellos cuyo costo pretende sufragarse con cargo al rubro de imprevistos, que es la "cuantificación" que el contratista efectúa, como experto del respectivo negocio, para cubrir el costo que generaría su eventual ocurrencia. Lo anterior denota que este rubro no necesariamente se verá afectado durante la ejecución de un contrato estatal.

7. Como quiera la afectación del rubro imprevistos, que está comprendido en los costos indirectos de ejecución de un contrato no puede determinarse anticipadamente por las partes del contrato, pero es usual su ocurrencia en cierto tipo de contratos, como los de obra, corresponde afirmar que, como lo ha admitido la jurisprudencia del Consejo de Estado, las entidades públicas pueden pactar como parte del valor de los contratos el rubro de imprevistos, lo que no supone un reconocimiento anticipado de los mismos, ni el derecho del contratista a recibir sumas de dinero adicionales a la utilidad que incluyó en su oferta.

8. El porcentaje de imprevistos incluido dentro del AIU consiste en una forma de asignar y tratar un riesgo que la Entidad Estatal le traslada al contratista con el fin de que, en caso de que surjan gastos que no fueron previstos por él, el mismo pueda asumirlos haciendo uso de ese porcentaje.

Con base en estas premisas, así como en las consideraciones expuestas en las distintas decisiones del Consejo de Estado a las que se ha hecho alusión en el texto del presente documento, se concluye que, en cada caso, las entidades públicas, al liquidar los contratos que hubieran incluido en su valor el rubro de imprevistos, deberán analizar las condiciones de ejecución de los mismos y con base en éstas, determinar si se concretaron o no los riesgos imprevisibles a los que estaba destinado dicho rubro y de ser así en qué proporción fue afectado.

Para ello, deberán tener en cuenta que la utilidad que espera recibir el contratista no comprende los imprevistos, lo que indica que si estos no se presentaron aquella no puede verse incrementada por su valor. ☹

*La situación descrita encuentra explicación en el hecho de que, tal como lo ha admitido de manera uniforme y reiterada la misma Sección⁸ ni el Estatuto General de Contratación Pública ni otras disposiciones legales regulan los conceptos comprendidos en la sigla A.I.U., **por lo cual su alcance y desarrollo se ha concretado por vía jurisprudencial**, sin que, para ello, como se señaló se hayan adoptado decisiones judiciales con carácter vinculante.*

Las tesis del concepto citado fueron reiteradas en el concepto OJ-130 de 2020.

En conclusión, en los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica a partir del año 2019 se tuvo en cuenta los planteamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenidos en decisiones que no tienen la condición de precedente judicial, según los cuales:

- i) el rubro de imprevistos no “es un dinero que pertenezca o vaya a pertenecer al constructor; por tal razón, al momento de liquidar el contrato, las partes deben tener en cuenta si este porcentaje fue amortizado” y
- ii) los rubros de administración, imprevistos y utilidad son independientes, no pueden mezclarse, por lo cual, los imprevistos no pueden incrementar la utilidad.

5.2. La determinación del valor de los contratos estatales- el A.I.U. como elemento integrador del valor los contratos a precios unitarios:

En los términos del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es un negocio jurídico creador de obligaciones, que generalmente es conmutativo y que, por lo mismo, en el momento de su celebración debe haber certeza sobre las prestaciones a ejecutar por el contratista y el precio que la entidad estatal ha de pagar, el cual debe estar determinado o ser determinable.

El precio del contrato estatal comprende los costos directos e indirectos, los primeros son los recursos que se van a utilizar para la ejecución del objeto contractual y lo segundos, son aquellos gastos que, si bien no Inciden en forma directa, sí afectan su valor.

En un contrato estatal son costos directos, todos aquellos que pueden identificarse en la fabricación de un producto terminado, fácilmente se asocian con éste y representan el principal costo de recursos en la elaboración de un producto. Por el contrario, los costos Indirectos están involucrados en la elaboración del producto, pero tienen una relevancia relativa frente a los costos para su producción.

Así, se puede afirmar que los costos directos son aquellos en los que incurre el contratista para la ejecución del objeto contractual. Son costos Indirectos del

⁸ Ver sentencias las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 29 de mayo de 2003, expediente 14577; 15963 del 21 de mayo de 2008 y 14 de octubre de 2011, expediente 20811.

contrato estatal todos los que no correspondan exclusivamente a mano de obra, materiales o insumos y a la producción del objeto contractual.


Es por ello que, cuando el contratista presenta su propuesta económica para ser evaluada por la Administración, debe tener en cuenta:

1. Los costos directos de ejecución del contrato, tales como suministros, materiales, transportes, mano de obra, entre otros;
2. Los costos indirectos o costos de administración, que se requieren para la ejecución de un contrato estatal, tales como papelería, insumos de oficina, pólizas de seguro, impuestos, costos de administración y dirección, entre otros;
3. Imprevistos, que puedan generarse durante la ejecución del contrato;
4. La utilidad esperada por el contratista.

Ahora bien, por expresa exigencia de los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, desde la fase de planeación de los contratos estatales, las entidades contratantes deben determinar el valor de su presupuesto oficial, con base en el cual obtendrán de forma previa las respectivas disponibilidades presupuestales y definirán las condiciones de costos de los bienes o servicios que esperan obtener.

Para el efecto, la regulación legal vigente no prevé los procedimientos a los que deben acudir con tal propósito, lo que les permite definir con autonomía los criterios que serán considerados para tal fin. Sin embargo, el artículo 2.2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 del 2015, sí consagra la obligación de determinar en el contenido del respectivo estudio previo el valor estimado del contrato y su justificación y prevé de forma expresa que “cuando el valor del contrato es por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos”.

Lo anterior significa que las entidades estatales tienen autonomía para definir cómo estimarán el valor de sus contratos, pero deberán justificar de forma objetiva dicho cálculo y, en el evento en que decidan pactar el valor por precios unitarios, deberán incluir la explicación del cálculo de los mismos.

Entonces, el valor de los contratos, o su estimación mediante un presupuesto oficial, es de aquellas estipulaciones que, en los términos del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 pueden definirse en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual se ejercer con las limitaciones propias del interés público y los principios de transparencia, economía y selección objetiva que se dirigen a garantizarlo. 

Con fundamento en este mismo artículo es que es posible acudir a la figura de A.I.U. para el cálculo de los costos indirectos en los contratos a precios unitarios. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos⁹:

*“En efecto, sobre el denominado concepto de **Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.-** que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como, por ejemplo, en los de obra, si bien la legislación contractual no tiene una definición de este concepto, ello no ha sido óbice para que en torno a los elementos que lo integran se señale lo siguiente:*

“... la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato. Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato.

Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera 'como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura' para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios (...)

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste...”^[10] (Subrayado y resaltado del texto original).

Dada la exigencia contenida en el artículo 2.2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 del 2015, en los eventos en que se decide pactar el valor del contrato a precios unitarios, las entidades contratantes deberán indagar en el mercado sobre el valor que tienen los distintos elementos que integrarían el precio de cada uno de los ítems, es decir, tanto los costos directos como los indirectos que inciden en los mismos, lo que significa que, para establecer su presupuesto oficial, las entidades también deben analizar el concepto de A.I.U. y calcular los porcentajes máximos

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia con Radicación número: 0500123260001997103201 (20811) de 14 de octubre 2011, C.P. Ruth Stella Palacio Correa.

que se tendrán en cuenta para cada uno de sus componentes, para lo cual deberán considerar la información que el mercado les ofrezca sobre el particular.


De manera que es la propia entidad pública la que establece con base en la información del mercado y, durante la fase de planeación, los criterios que definen el precio estimado y los toques máximos que se tienen en cuenta para su cálculo, los cuales servirán de insumo para la respectiva formulación de las ofertas.

Sobre el particular, resultan procedentes las siguientes consideraciones de Colombia Compra Eficiente¹⁰:

“2.1. Autonomía para incluir el AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, como metodología para calcular el precio en los contratos estatales

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el AIU en los contratos estatales; entre ellas, en respuesta a las consultas con radicado No. 4201714000005136 del 14 de noviembre de 2017; 4201714000006401 del 23 de noviembre de 2017; 4201813000004155 del 9 de mayo de 2018; 4201814000008069 del 27 de septiembre de 2018; 4201814000007383 del 18 de octubre de 2018; 4201814000008069 del 13 de noviembre de 2018; 4201912000004214 del 26 de junio de 2019; 4201912000006455 y 4201912000006463 del 19 de septiembre de 2019; 4201912000007375 del 28 de octubre de 2019; 4201912000007092 del 29 de noviembre de 2019; 4202012000000093 y C-037 del 28 de enero de 2020; y 4202012000000664 del 30 de enero de 2020. En estos conceptos la Agencia ha precisado que el AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad– no está definido normativamente, sino que es una figura empleada en la práctica de los negocios. Tal idea se reitera a continuación. (Negrillas fuera de texto).

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el precio, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

*Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. **Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio.** Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades* 

¹⁰Concepto C-211 del 2020. En el mismo sentido, puede verse el Concepto N° Radicado: 2201913000007117 del 25 de septiembre del 2019.

más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión; por mencionar algunos ejemplos.

No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos – en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Pues bien, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–.

En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018¹¹ que «el concepto del A.I.U. comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente al valor de la obra y como un porcentaje de la misma¹², sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios»¹³.

Así pues, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado No. 11001-03-06-000-2018-00124-00 C.P. Edgar González López.

¹² «Los costos indirectos incorporados en el A, corresponden como regla general a gastos de la oficina central, honorarios del director de obra, y de personal especializado. Generalmente estos costos pueden estar compartidos con los diversos contratos de obra que en forma simultánea esté ejecutando el contratista. Un ejemplo corresponde a los costos de la oficina central, y de los asesores de proyectos».

¹³ «...la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicado: 17.554).

menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado. «La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que **la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, [...]**»¹⁴. De otro lado, quien define el valor de cada letra –AIU– es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta¹⁵.

(...) Ahora bien, **nada obstaría para que las partes le dieran otros efectos particulares a la forma en que pagan el precio estructurado con AIU; de manera que podrían incluir cláusulas o reglas bajo las cuales se estableciera que el valor de alguno o de todos los componentes de la Administración o los Imprevistos solo se pagan si el contratista demuestra que incurrió en algunos costos específicos.** Así, podrían pactar que algunos de los ítems o costos que conforman la Administración solo se paguen si el contratista acredita que incurrió en ellos y bajo el monto que este logre demostrar.

Sin embargo, una regulación como la anterior no es la que suele emplearse en los contratos estatales. Lo usual, que se advierte en la práctica de las entidades estatales, **es que acuden al AIU con la finalidad de establecer un precio más estable, de manera que el valor del contrato consistirá en lo que resulte de afectar los costos directos por el porcentaje, en principio, invariable del AIU, de manera que a aquel valor se le suma este.**

Así las cosas, las partes asumen los riesgos inherentes a esta forma de pactar el precio, entendiendo aceptados los áleas normales que se presenten en la ejecución del contrato, de manera que aunque el contratista incurra en: mayores costos de los ítems incluidos en la Administración al presentar su oferta, o que estos disminuyan, aparezcan algunos nuevos o desaparezcan algunos de ellos, el valor se mantenga invariable; de forma que las partes optan por darle estabilidad al negocio, asumiendo cada una de ellas lo que le favorezca o desfavorezca, lo que evita, además, incurrir en costos de transacción relacionados con la necesidad de acreditar y verificar cada costo específico asociado a la Administración, lo que generaría más gastos tanto para la entidad como para el contratista.

En este sentido, como se indicó en el acápite anterior, cuando las entidades estatales incluyen esta forma de desglosar el precio, en los últimos términos indicados, que es como usualmente lo hacen, **al realizar el estudio de mercado elaboran un presupuesto estimado del valor de la ejecución del contrato, incluyendo los costos genéricos indirectos en que incurren los contratistas, entre ellos, los de la Administración, para efectos de definir el porcentaje con el que calculan el presupuesto, pese a que el monto de**

¹⁴ MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 66.

este componente varía ostensiblemente de un proponente a otro, pues el valor real de la Administración depende de circunstancias particulares de los proponentes¹⁶. De manera que las entidades calculan un valor estimado que, a su vez, sirve de guía para que los proponentes formulen sus ofertas; pero bajo la premisa de que pagarán un porcentaje fijo incluido por los interesados en sus propuestas, dado lo variable que resulta este valor, y lo complejo y gravoso de realizar un seguimiento minucioso a los costos en que incurren los contratistas por este componente en particular. Además, que estos podrían ser mayores a los inicialmente pactados con el contratista, de manera que la fijación de un porcentaje fijo y estable también resulta favorable a la entidad estatal, pues su contraparte no le podrá exigir un monto superior, bajo el argumento de que incurrió en costos adicionales asociados al componente Administración¹⁷. (negrillas fuera de texto).

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra. Por ende, la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.”

Así las cosas, tal como se reconoce por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, la estimación del valor tope que servirá de sustento a la formulación de ofertas y la determinación del valor final del contrato forma parte de la fase de planeación de la contratación estatal y puede llevarse a cabo con autonomía, por parte de las entidades estatales, en cuanto no ha sido definida por la ley ninguna particularidad para el efecto. Cuando, en ejercicio de dicha autonomía y siguiendo la costumbre respecto de la determinación del valor y

¹⁶ «Que el porcentaje sea superior o inferior, o que para una empresa sea mayor o menor que para otra, depende de muchas razones, por ejemplo: del personal que se requiera en la obra –unas empresas emplean más o menos que otras–; de la magnitud del trabajo; de las cargas administrativas que cada empresa tienen –pensionados, convenciones colectivas y otros; del tamaño de la misma –mientras más grande es la A tiende a ser mayor; del costo de los campamentos; del transporte del personal; del sitio de las obras –si la empresa tiene un domicilio en el lugar del trabajo su A tiende a ser menor, y si se encuentra en otra ciudad tiende a subir, por ejemplo porque el salario de los ingenieros se incrementa por los viáticos–». (Ibíd, p. 76).

¹⁷ Lo anterior, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste que se establezcan en el contrato y lo establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, en los casos de desequilibrio económico, porque los costos indirectos en los que incurre el contratista exceden el alea normal, es decir, le causan una afectación grave de su economía, podría exigirse a la entidad que le pague más de lo que se estipuló en la A o en la I, siendo esta una circunstancia extraordinaria.

su forma de pago, las entidades deciden acudir al sistema de **cantidades ejecutadas y precios unitarios** y, dentro del mismo incluyen un porcentaje de A.I.U., éstas también contarán con relativa autonomía, en el sentido de que pueden definir si este se calcula de forma independiente o como parte que integra el precio fijado para cada uno de los ítems del respectivo contrato.

Así mismo, dentro de su autonomía y al pactar las estipulaciones del contrato pueden establecer diferentes metodologías para el pago de los rubros que integran el A.I.U., aunque, lo usual y más conveniente para la buena gestión contractual, es que no se exija al contratista que demuestre los costos correspondientes a estos rubros (Administración-Imprevistos-Utilidad).

En cualquier caso, se resalta que el ejercicio de su autonomía está limitado por la información reportada en el análisis del sector que será la que determine cuál es valor máximo que pueden tener cada uno de los ítems; así como el porcentaje máximo admisible por concepto de administración, imprevistos y utilidad, todos los cuales deberán tenerse en cuenta por los proponentes, al momento de presentar sus ofertas, so pena de superar los precios del mercado.

Por lo tanto, la información del análisis del sector y como parte de éste la consulta de precios del mercado, son los que determinan la utilidad habitual en transacciones o negocios de igual o semejante naturaleza y también son éstos los que permiten establecer el porcentaje estimado de administración e imprevistos.

Es por ello que la evaluación de las ofertas durante un proceso de selección determinado y la adjudicación del contrato a aquella que se consideró como la más favorable para satisfacer la necesidad de la entidad, se debe realizar teniendo en cuenta los límites definidos en el estudio de mercado para el presupuesto oficial total, como aquellos que describan el tope máximo de cada uno de los ítems y de los costos indirectos, en el caso de que se trate de contratos que incluyan A.I.U.

Así mismo, durante la ejecución del contrato, al margen de los porcentajes específicos incluidos en la oferta seleccionada, se podrá tener en cuenta que la información que reflejó el análisis del sector y la consulta de los precios del mercado es la que permite verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista.

5.3. La responsabilidad fiscal y su relación con el pago de los contratos estatales.

El artículo 124 de la Constitución Política dispone que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Al amparo de esta disposición el legislador ha expedido distintas leyes en las que se establecen diferentes tipos de responsabilidad para los servidores públicos, entre

las cuales se encuentra la responsabilidad fiscal, cuyo fundamento constitucional está contenido en el artículo 268 ibídem, que le asigna al Contralor General de la República la facultad de establecerla y recaudar su monto, para lo cual tendrá prelación.

Así, es claro que la responsabilidad fiscal es de orden constitucional y el trámite de los procesos adelantados para determinarla e imputarla es competencia de las contralorías. Dicho trámite está regulado en la Ley 610 de 2000, "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", modificada por la Ley 1474 de 2011.

Conforme a lo previsto en la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se predica de los servidores públicos, y los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado por actos de gestión fiscal, o con ocasión de ésta. En efecto, en el artículo 4o de la referida Ley se prevé que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Por manera que la responsabilidad fiscal tal como lo ordena la prescripción legal antes señalada, se genera por el ejercicio de la gestión fiscal de los servidores públicos, o de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado. Así las cosas, se debe partir de este presupuesto y tener la certeza de que su imputación recae sobre los particulares y servidores públicos de los niveles encargados del manejo de los fondos, bienes o valores estatales.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 840 de 9 de agosto de 2001, en relación con la gestión fiscal, y los funcionarios que la ejercen, señaló *que como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.*

Por lo tanto, conforme lo prevé la Ley 610 de 2000 y de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que "ésta tiene una entidad material y jurídica propia que

se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado"¹⁹¹.

Se colige de lo expuesto en la ley y decantado por la jurisprudencia, que comportan el carácter de gestores fiscales, los funcionarios o particulares que tengan poder decisorio sobre los bienes o recursos públicos, en este sentido la ley realiza la diferencia entre los servidores públicos que poseen esta facultad, y quienes no tienen atribuciones en el manejo del erario público. En este orden, el ejercicio de gestión fiscal es uno de los presupuestos para que proceda la imputación de responsabilidad fiscal, además de los otros elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

Las entidades estatales cumplen sus funciones a través de distintos instrumentos, todos los cuales están dirigidos al cumplimiento de los fines del Estado, entre ellos, la satisfacción del interés general. Uno de los instrumentos con los cuales cuentan para alcanzar dichos fines es el contrato estatal, entendido como aquel que celebran dichas entidades con los particulares, quienes, a través del mismo, asumen el rol de colaboradores de la Administración Pública.

En esas condiciones, es indudable que la celebración y ejecución de los contratos estatales tiene como fin el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés general, lo cual pone de presente que en estas actividades es necesario un especial cuidado de los recursos públicos que se comprometen y ejecutan para satisfacerlo.

Así se deriva, además de lo previsto expresamente en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual los trámites contractuales se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, previsión que significa, de una parte, que a las entidades públicas les corresponde adelantar análisis económicos que les permita asegurarse de que el valor que pagaran por los bienes y servicios que contratan corresponde al que los mismos tienen en el mercado, pues de lo contrario, estarían incurriendo en sobrecostos y con ello afectarían al patrimonio del Estado y, de otra, que los pagos que se realizan durante la ejecución del contrato, también están sometidos a los resultados de la fase de planeación, en relación con el valor estimado del contrato, tal como se expuso en el acápite precedente.

Así las cosas, es claro que, a través de los contratos estatales, los funcionarios públicos pueden llevar a cabo actividades de gestión fiscal en cuanto en éstos se comprometen y ejecutan recursos públicos.

Es por ello que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 2160 de 2021, consagra la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado en el ámbito de la contratación pública, en el cual se describen los

diferentes momentos en que es posible ejercer el control fiscal de los contratos estatales, los cuales se sintetizan así:

- 1.- Un primer momento una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos.
- 2.- Un segundo momento en el control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.
- 3.- Y un tercer momento una vez terminados o liquidados los contratos.

Lo anterior, sin perjuicio del control preventivo y concomitante ejercido por parte de la Contraloría General de la República, el cual se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno.

Por manera que las gestiones adelantadas durante la ejecución de los contratos estatales, pueden ser objeto de control fiscal posterior. Tales gestiones incluyen, entre otras, la realización de modificaciones a las estipulaciones pactadas inicialmente, sea que estas incluyan o no incremento en el valor del contrato, así como el desarrollo de funciones de supervisión e Interventoría, en virtud de las cuales se autoricen la realización de pagos.

En ese contexto, la ejecución de los contratos estatales puede llevar inmersa la realización de actividades propias de gestión fiscal, cuya evaluación deberá realizarse, en cada caso, por la dependencia competente para adelantar el control fiscal con el fin de identificar posibles hallazgos y, en el evento de que estos se formulen, se remitirán a la dependencia competente para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, con el fin de determinar si una gestión específica constituye o no gestión fiscal y si se reúnen los demás presupuestos para establecer que hay responsabilidad fiscal e imputarla.

Respecto de la función de vigilancia y seguimiento a la ejecución de los contratos estatales, a cargo del supervisor y/o de interventor, según sea el caso, resulta de particular importancia tener en cuenta que el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 reguló lo pertinente al daño, como elemento de la responsabilidad fiscal y previó que este existe cuando se presenta una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo

funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

De conformidad con la misma norma el hecho que genera el daño al patrimonio público puede ser una acción u omisión del servidor público o del particular responsable de la gestión fiscal que con dolo o con culpa grave haya dado lugar al menoscabo del patrimonio público.

En el contexto antes descrito y aclarado que en la celebración y ejecución de los contratos estatales pueden presentarse acciones u omisiones que generen detrimento al patrimonio público, resulta pertinente resaltar que dicho detrimento podría derivarse, entre otras, de las siguientes situaciones ocurridas durante la ejecución de un contrato determinado:

- Cuando el objeto del contrato y su contenido obligacional se asocia a ítems y durante su ejecución la Entidad Pública contratante **paga valores superiores a los previstos desde el estudio de mercado, para cada uno de los ítems.**
- Cuando durante la ejecución contractual, bien sea mediante modificaciones al contrato o mediante autorizaciones del supervisor para reemplazar algunos de los ítems contratados por otros no previstos inicialmente, **se autoricen ítems por valor superior al que estos tienen en el mercado.**
- Cuando durante la ejecución contractual, bien sea mediante modificaciones al contrato o mediante autorizaciones del supervisor para ejecutar mayores y menores cantidades de ítems contratados, **se autorice la ejecución de nuevos ítems cuyo valor sea superior al que estos tienen en el mercado.**

Lo anterior denota la importancia y el carácter vinculante que tiene para la administración pública el análisis de precios del mercado de todos y cada uno de los bienes y servicios que contrata, bien sea que éstos se hayan previstos desde el contrato inicial o bien sea que hayan aparecido necesarios durante la ejecución del contrato y hayan dado lugar ajustes en el contenido obligacional, cualquiera que sea la vía usada para el efecto. La información del estudio del sector- análisis de precios del mercado- es la que evidencia, para cada caso particular, el valor máximo que puede pagarse por determinado ítem de costo directo o por concepto de alguno de los elementos del A.I.U. como integrador de los costos indirectos.

De manera que, tratándose de contratos estatales cuando el pago de un bien o servicio, identificado como ítem en un contrato determinado, por una suma superior a aquella que corresponda a su valor en el mercado, puede dar lugar a detrimento patrimonial del patrimonio público y a la declaratoria de responsabilidad fiscal.

En el caso de la utilidad, que es, como se expuso en acápites precedentes, la ganancia que espera percibir el contratista, es el estudio de mercado el que

evidencia el porcentaje máximo que limitará a los proponentes para presentar su oferta económica y ese porcentaje es el que, además, permite identificar cuál es el porcentaje que, en promedio, se cobra por ese concepto para la ejecución de un contrato determinado por los distintos proveedores. Lo anterior significa que, para efectos de la responsabilidad fiscal y del daño como elemento integrador de la misma, los resultados del análisis de mercado sobre el porcentaje de utilidad son los que permiten identificar si en un caso concreto puede hablarse de sobrecostos o no, pues si el porcentaje pactado y/o pagado no supera el fijado en el estudio de mercado no se estaría en el escenario de los sobrecostos como hecho generador de daño fiscal. Sobre el punto conviene precisar que estas conclusiones también aplican para aquellos casos en que se realiza un estudio de mercado durante la fase contractual, cuando ello resulta necesario para establecer precios unitarios para actividades no previstas inicialmente.

Sobre lo expresado conviene resaltar que la configuración de la responsabilidad fiscal requiere la concurrencia de los demás elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, esto es, i) la existencia de un detrimento o menoscabo de los recursos estatales, que la ley define como daño al patrimonio, el cual debe ser causado por un servidor público o particular; ii) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; y iii) una relación de causalidad entre la conducta realizada por el implicado y el daño generado.

Sólo en el evento en que se reúnan éstos tres elementos, puede imputarse responsabilidad fiscal a una persona, pero es pertinente señalar que la existencia de daño es el punto de partida para endilgar la responsabilidad fiscal, por esa razón, esta Oficina en el Concepto 061 de 2017- 2017EE0040331 del 28 de marzo de 2017, expuso que *“De los tres elementos el daño es el elemento más importante, a partir de éste se endilga la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal. En este contexto, la responsabilidad fiscal surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos.”*

Identificado el daño, procederá el análisis sobre los demás elementos, en los que se deberá tener en cuenta que las nociones de culpa grave y dolo establecidas en el régimen civil deben ser acompasadas con la órbita funcional del servidor público, de manera que estos aspectos subjetivos de su actuación deban ser analizados y valorados a la luz del principio de legalidad, porque quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, precepto constitucional previsto tanto en la Carta de 1991 (art. 6).

Con base en los tres elementos aludidos y en los criterios ya referidos para la determinación del grado de culpabilidad con el que el gestor fiscal ha desarrollado su conducta, se debe adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Este proceso

es netamente resarcitorio y no sancionatorio porque como consecuencia de su declaración, el implicado debe pagar una suma líquida de dinero correspondiente al daño causado al Erario.

5.4. Análisis de los problemas jurídicos planteados por la Cámara Colombiana de Infraestructura:

5.4.1. Precisiones iniciales:

El análisis que se presentará a continuación tiene como propósito definir la posición institucional de la Contraloría General de la República en relación con el concepto de A.I.U. como componente del valor de algunos tipos de contratos estatales y se presenta en el marco de la función consagrada en el numeral 16 del artículo 43 del Decreto-Ley 267 de 2000 que prevé que es función de la Oficina Jurídica, *“coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden”*.

Por lo tanto, las conclusiones que exponen a continuación encuentran sustento en el análisis de las normas, jurisprudencia y doctrina, contenidos en el los numerales 5.1 a 5.3 precedentes, como también lo expresado en el numeral 4 de este documento que refleja los análisis de las mesas de trabajo realizadas en coordinación con la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura.

Así mismo, dichas conclusiones se presentarán teniendo en cuenta que la asunción de posición institucional tiene como marco de referencia las funciones que le compete cumplir a la Contraloría General de la República, que se circunscriben a la realización del control fiscal y a los elementos que deben considerarse para su ejercicio.

Para ello, resulta relevante recordar que uno de los objetivos de las Contralorías es el de evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado, en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente.

Lo anterior fue establecido en la Constitución, con el fin de evitar que los organismos de control fiscal tengan una intervención sobre las decisiones de la administración de manera que no se desvirtuara el ejercicio de la actividad administrativa al tiempo que se vieran desdibujados los principios constitucionales y legales que rigen la responsabilidad de la misma.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia C-113 de 1999 puntualizó:

"La tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función". (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, la Constitución establece con claridad la función de vigilancia y control fiscal, señalando los organismos encargados de ejercerla, ordenando también que tal facultad se debe realizar conforme a la ley. La función fiscalizadora no implica una participación en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de esta, al tiempo o después de su ejecución.

En ese contexto, las conclusiones que se presentarán a continuación se dirigen a replantear la conclusión contenida en los conceptos OJ-0043 y OJ-0075 de 2019, así como OJ-130 del 2020, según la cual, en todos los casos en que se haya pactado el valor del contrato incluyendo el rubro de A.I.U. las entidades contratantes deben exigir a sus contratistas que demuestre la causación de la partida de imprevistos.

5.4.2. Respuesta a los interrogantes formulados por la Cámara Colombiana de Infraestructura

1. *¿Es correcto definir el AIU como un porcentaje de los costos directos que se compone de 3 partidas: administración (A), imprevistos (I) y utilidad (U), ¿las cuales son totalmente independientes y de destinación específica?*

El A.I.U. es un elemento que puede integrar el valor de los contratos estatales, que no ha sido definido en la ley. Por lo tanto, las entidades estatales cuentan con autonomía para determinar si acuden a esta figura en un caso concreto.

Así mismo, en los casos en que deciden usarla para definir el valor de un contrato específico, cuentan con autonomía para definir las condiciones en las que se pacta su inclusión como parte del precio. Así, tal como se reconoce por Colombia Compra Eficiente y por el Consejo de Estado, al pactarlo pueden decidir que este

corresponda a un porcentaje de los costos directos o acordar que este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios¹⁸.

En esas condiciones, en cuanto se trata de un concepto no regulado por la ley, desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia y de uso recurrente en los contratos de tracto sucesivo, como los contratos de obra, las entidades pueden acudir a cualquiera de los dos mecanismos mencionados para pactar su reconocimiento y su pago.


Al estudiar la figura del A.I.U. y los elementos que la integran, la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en decisiones que no constituyen precedente judicial, citadas textualmente en el acápite 5.1. de este concepto, ha precisado que las partidas de administración, imprevistos y utilidad son independientes y que las dos primeras no pueden integrarse con ésta última, pues la incrementarían.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, en su condición de ente rector en materia de contratación estatal, ha insistido en sus conceptos en que se trata de una figura no regulada por la ley, cuyo alcance se ha definido por la doctrina y la jurisprudencia con base en su uso recurrente y que, es costumbre no exigir al contratista que rinda cuentas sobre la ejecución de las partidas de administración e imprevistos, lo cual no es óbice para que, en casos particulares, la Administración y su contratista pacten la obligación explícita de rendir cuentas sobre dicho rubro.

A ello debe agregarse que, cuando las entidades públicas pacten que el A.I.U. estará incorporado en el valor de los precios unitarios, tal como se explicó en el numeral 4 del presente documento, el precio unitario contractualmente pactado también es integral y resulta de la sumatoria de los valores del costo unitario directo y del costo unitario indirecto, para cada actividad de obra incluida en el presupuesto del Contrato, por lo cual, en la práctica, la administración, imprevistos y utilidad estarían cobijados bajo la premisa de que los precios unitarios que se tuvieron en cuenta para la celebración del respectivo contrato también son firmes e invariables.

Lo expresado evidencia que, aunque desde el punto de vista conceptual las partidas de administración, imprevistos y utilidad son independientes y de destinación específica, las condiciones para su reconocimiento y pago pueden ser diversas y, en algunos casos, como lo mencionado en el párrafo anterior, la aplicación práctica de la figura no permite su separación.

En esas condiciones, existe relativa autonomía para pactar y pagar el A.I.U.; sin embargo, el ejercicio de dicha autonomía está limitado por la información que se

¹⁸ Sobre el particular, nos remitimos a lo expresado por dicha Agencia en el Concepto C-211 del 2020 y por dicha Corporación Judicial en el concepto del 5 de septiembre de 2018, radicación 11-001-03-06-000-2018-00124. 

obtenga durante la fase de planeación de los contratos, particularmente, la que se evidencie en el análisis del sector y del mercado, el cual deberá reflejar la información con base en la cual podrán establecer, en cada caso concreto, si resulta más adecuado y conveniente pactarlo como un porcentaje de los costos directos o integrarlo en el precio unitario de cada uno de los ítems cuál de los dos mecanismos resulta más adecuado. Así mismo, les corresponde a las entidades contratantes determinar con base en la información obtenida durante la fase de planeación si, en un determinado caso debe exigirse al contratista que rinda cuentas respecto de la ejecución de las partidas que integran el precio unitario.

Le corresponde, entonces, a cada entidad determinar si es necesaria y conveniente, para la correcta vigilancia y seguimiento a la ejecución del contrato, incluir tal estipulación en un caso concreto.

En cualquier caso, por expreso mandato del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 del 2015, los contenidos de sus estudios previos deberán reflejar los factores que fueron considerados para el cálculo del valor del contrato y del A.I.U.

Se resalta, finalmente, que en tanto se trata de un aspecto cuya definición no proviene de la ley, sus particularidades forman parte de las exigencias contenidas en el respectivo pliego de condiciones y en el contrato, a los que estará sometida la entidad pública para validar las condiciones de ejecución y pago de este último.

2. ¿Es posible afirmar que es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles en los contratos de obra pública y, en consecuencia, ¿deben las entidades siempre establecer una partida como parte del valor de los contratos?

Dada la complejidad propia de la ejecución de los contratos de obra pública es usual la ocurrencia de riesgos imprevisibles durante la misma.

Los riesgos previsibles de estos contratos se deben identificar, tipificar y asignar a una de las partes o ambas durante la etapa precontractual, en la respectiva matriz de riesgos de cada contrato de obra pública, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y a las directrices fijadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, sobre el particular.

Dado que no pueden anticiparse, pero es común su ocurrencia, los riesgos imprevisibles podrían estimarse en una partida, como parte del valor de los contratos. La decisión de incluir dicha partida, será un asunto propio de la autonomía de cada entidad, cuyo límite está contenido en la información que se obtenga durante la fase de planeación del respectivo contrato y para ello podrán acudir a la figura del A.I.U. cuyo alcance ha sido definido en el presente documento.

3. ¿El contratista de obra tiene la obligación de demostrar la ocurrencia de los hechos imprevistos ante la entidad contratante para lograr su reconocimiento y pago?

Cuando las entidades públicas deciden incluir en el valor de los contratos los costos de administración, imprevistos y utilidad, A.I.U. tienen autonomía para pactar las condiciones para su reconocimiento y pago. En ejercicio de dicha autonomía, las entidades pueden decidir que no se exigirá al contratista que rinda cuentas sobre la partida de imprevistos o que lo haga, en casos particulares; en tal evento, deberá quedar pactado explícitamente en el contrato suscrito por las Partes.

Para adoptar las decisiones en un caso concreto, podrán acudir a la jurisprudencia y la doctrina como criterios auxiliares de interpretación, dado que no se trata de una figura regulada en la ley y deberán, en cualquier caso, establecer las condiciones del A.I.U., con fundamento en la información que arroje el análisis del sector respecto de los porcentajes máximos que pueden reconocerse y respecto de la forma en la que se presentará en la oferta económica.


La obligación del contratista de demostrar si ocurrieron hechos que impactan la partida de imprevistos, dependerá de las condiciones que fueron fijadas en cada caso en el respectivo pliego de condiciones y en el contrato, pero se reitera que, a juicio de Colombia Compra Eficiente, esto no es lo usual.

Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, así las cosas, ¿este pago debería corresponder al porcentaje fijado en la oferta económica para el rubro de imprevistos (i) que fue objeto de evaluación en el marco del proceso de selección?

Las entidades contratantes deben determinar, en cada caso, según las condiciones que fueron definidas para el reconocimiento y pago del A.I.U., si el pago de la partida de imprevistos debe corresponder al porcentaje fijado en la oferta económica para ello.

6. CONCLUSIONES

6.1. Existe relativa autonomía para pactar y pagar el A.I.U; sin embargo, el ejercicio de dicha autonomía está limitado por la información que se obtenga durante la fase de planeación de sus contratos, particularmente, la que se evidencie en el análisis del sector y del mercado, el cual deberá reflejar la información con base en la cual podrán establecer, en cada caso concreto, si resulta más adecuado y conveniente pactarlo como un porcentaje de los costos directos o integrarlo en el precio unitario de cada **uno de los ítems**.

6.2. A las entidades contratantes les corresponde determinar con base en la información obtenida durante la fase de planeación si, en un caso particular debe exigirse al contratista que rinda cuentas respecto de la ejecución de las partidas 

que integran el A.I.U. En tal caso, así deberá pactarse explícitamente en el contrato suscrito entre las Partes.

6.3. Durante la ejecución de los contratos estatales en cuyo valor se ha incluido el rubro de A.I.U., las entidades estatales y el contratista estarán sometidos a las condiciones fijadas para su reconocimiento y pago, en el pliego de condiciones y en el respectivo contrato.

6.4. Los funcionarios que tienen a su cargo el ejercicio del control fiscal en relación con la gestión de vigilancia y seguimiento de los contratos estatales, deberán analizar las condiciones particulares de ejecución que se acrediten en un caso determinado y la información obtenida durante la fase de planeación para la determinación del valor del respectivo contrato, sus componentes y su pago.



LUIS FELIPE MURGUEITIO SICARD
Director Oficina Jurídica



LUIS FERNANDO MEJÍA GÓMEZ
Contralor Delegado para el Sector
Infraestructura

Proyectó: Catalina Flórez Salazar-Contratista Oficina Jurídica
Revisó. Lucenith Muñoz Arenas
N.R. 2021ER0180057
RD 80112-033 Conceptos Jurídicos.