

MEMORANDO

OAJ-2016-2021

1900 – 202100005987

Medellín, 02 de agosto de 2021

PARA: Doctora ALINA MARCELA RESTREPO RODRÍGUEZ
Subcontralora

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta concepto OAJ-016-2021 Alcances Interpretativos en torno a los Costos Directos e Indirectos de un Contrato del Estado (AIU).

I. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y COMPETENCIA DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Según la jurisprudencia y doctrina jurídica¹, los conceptos jurídicos de la Administración Pública son los instrumentos por medio de los cuales esta brinda información *“relacionada con temas que son de su competencia, o profiere una simple opinión con ocasión de preguntas que deben versar sobre el marco normativo aplicable a la entidad y a sus usuarios, o bien sobre la manera como normalmente se ejercen las competencias de la autoridad”*². De tal manera, el concepto jurídico puede ser emitido en atención a un Derecho de Petición o por decisión unilateral de la Administración Pública para la mejorar el cumplimiento de su función constitucional y lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

¹ La doctrina jurídica está constituida por las opiniones escritas, procedentes de los estudiosos del Derecho – “quienes han dedicado años de esfuerzo para fortalecer sus conocimientos y reflexiones alrededor de la materia jurídica, que es el centro de su trabajo consistente en cultivar alguna de las ramas de la ciencia jurídica” (Carlos Arellano García en La Doctrina como Fuente Formal del Derecho «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2401/13.pdf>». De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, la doctrina es reconocida como un **criterio auxiliar** del Derecho.

² Bernardo Andrés Carvajal Sánchez, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011): comentado y concordado*. Editado por José Luis Benavides. 2ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Pág. 138

Es así como en el artículo 2 del Acuerdo 087 de 2018, por el cual el Concejo de Medellín modificó la estructura organizacional de la Contraloría General de Medellín - CGM, se dispuso que recaer en esta la Oficina Asesora de Jurídica la función de:

“4. Emitir conceptos jurídicos que soporten la toma de decisiones del Despacho del Contralor y de las demás dependencias”.

Por su parte, la Ley (artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) reglamenta el alcance legal de los conceptos jurídicos, estableciendo que ellos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución. Como consecuencia, los mismos no comprometen la responsabilidad de la autoridad que lo emite; es decir, no son justificación para incumplir los deberes de los funcionarios públicos previstos en la Ley (v. gr. artículo 38 de la Ley 1952 de 2019).

II CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Antecedentes.

Se han decantado una multiplicidad de posiciones jurídicas en torno a la naturaleza de la administración (A) e imprevistos (I) del AIU en los contratos públicos - especialmente en los contratos de obra pública suscritos bajo la modalidad de precios unitarios. Por lo que se torna imprescindible entregar esta herramienta que permita identificar y diferenciar los costos o gastos catalogados en el proyecto constructivo a título de directos o indirectos, en tanto que solo a partir de ella se habilitaría la procedencia o no de requerir su demostración y consecuente pago.

Resulta pertinente indicar que la Contraloría General de la República no ha tenido un criterio uniforme³ en el tratamiento que se debe impartir a la hora de evaluar este eje temático, no obstante en la última posición asentó la tesis según la cual, tanto imprevistos como administración son valores convenidos en el contrato para cubrir respectivamente: los costos en que debe incurrir el contratista para poder desarrollar el objeto del contrato (A) y los costos derivados de la materialización de los imprevistos durante la ejecución del contrato (I). Es decir, estos valores se pagan por concepto de la administración de los recursos necesarios -pero indirectos – para la ejecución del objeto del contrato (A) y por la materialización de imprevistos durante la ejecución del contrato (I).

³ Tesis inicialmente sostenida por la Contraloría General de la República en los Conceptos, 2010EE4611 de febrero 01 de 2010, 2010EE10820 de febrero 24 de 2010, 2010EE85262 de 22 de diciembre de 2010, entre otros. Con posterioridad, la misma fue revaluada por medio del Concepto 2012EE0071253, reiterada en los conceptos 2015IE0049793 y 2017EE0104661. Finalmente, fue retomada por medio del concepto 2019EE0035850 y reafirmada en concepto 2019EE0068159.

Por otro lado, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente de manera constante⁴ ha conceptuado que los porcentajes correspondientes a la administración (A) e imprevistos (I) del AIU integran el precio del contrato o valor total del contrato en la medida en que son costos indirectos en que el contratista - calcula - incurrir para ejecutar el objeto del contrato. En otras palabras, se entiende que el porcentaje correspondiente a la administración (A) es una valoración de los bienes y servicios que, si bien no son requeridos directamente para la ejecución del objeto contractual, sin ellos el contratista no podría cumplir con llevar a cabo la obra, servicio o labor contratada.

Según la posición de la Contraloría General de la República, se entendería que durante la planeación del contrato es imprescindible: 1) discriminar detalladamente en el presupuesto los valores en que el contratista calcula incurrir para adquirir los diferentes bienes y servicios que serán cubiertos por el valor correspondiente a la administración (A) y 2) establecer una especie de fondo o rubro para cubrir imprevistos en caso de llegarse a materializar (I).

Bajo esta lógica, para reconocer los valores de la administración (A), las entidades contratantes deberían verificar que los precios finalmente pagados por el contratista correspondan a los calculados en el presupuesto ofrecido; de superarse el valor presupuestado habría un “sobrecosto” que no debe ser reconocido con dineros públicos y cualquier valor inferior generaría a favor del erario un ahorro. Asimismo, para afectar el fondo o rubro de imprevistos (I) se requeriría que el contratista pruebe ante la entidad contratante la materialización de los imprevistos y la cuantificación de las labores, bienes y servicios que se tuvo que pagar para continuar con el desarrollo del objeto contractual.

De otro lado, según la posición de Colombia Compra Eficiente se entendería que durante la etapa de planeación se hace necesario que el proponente -futuro contratista – presente: 1) un porcentaje sobre los costos directos del contrato que representen las erogaciones en que incurre su negocio para cumplir con la labor contratada (A) y 2) otro porcentaje también sobre los costos directos del contrato destinado a cubrir los riesgos previsible (I). De tal manera que los valores que se desprendan de ambos porcentajes integrarían el precio total del contrato y, por lo tanto, la obligación de su pago a cargo de la entidad contratista se causa en la medida en que se vaya ejecutando el objeto contratado – sin requerir la discriminación ni corroboración de los gastos de administración ni prueba de la materialización de los imprevistos.

⁴ En concepto C-30 de 2021 Colombia Compra Eficiente enlista, dentro de los conceptos emitidos en este sentido, los siguientes “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, C-037 del 28 de enero de 2020, 4202012000000664 del 30 de enero de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020, C-211 del 8 de abril de 2020 y C-714 del 09 de diciembre de 2020”.

Entonces, según la posición adoptada por quien realiza la auditoría sobre la contratación de las entidades públicas (en especial de contratos de obra) se podrían levantar – o no – hallazgos con incidencia fiscal y, consecuentemente, establecer – o no – la responsabilidad fiscal que de allí se desprenda. De tal manera que es menester entregar un insumo de trabajo al área misional con el fin de presentar las consideraciones jurídicas que puedan servir de fundamento en su labor al momento de analizar la legalidad y gestión fiscal en la contratación de las entidades públicas sobre las cuales la CGM ejerce el control fiscal.

2. Ausencia de regulación vigente de orden público del AIU, el Decreto 2090 de 1989 y las cláusulas contractuales.

Valga empezar señalando como premisa fundamental al momento de optar por una de las dos tesis la siguiente afirmación: ***en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma de orden público vigente que regule el pacto y pago de la administración (A) y de los imprevistos (I) del AIU.*** Se trata de un hecho reconocido tanto por la doctrina⁵ como por el Consejo de Estado⁶ y constatable por los funcionarios públicos.

En ese orden, con el fin de facilitar la verificación de la premisa, se pone de presente que todas las ramas del poder público intervienen – de una u otra manera y dentro del ámbito de sus competencias constitucionales – en la producción normativa a la que se debe ceñir la contratación pública en Colombia y, por lo tanto, las leyes, los decretos y la jurisprudencia de las altas cortes relacionadas con la contratación pública pueden constituir fuentes de los criterios de auditoría y deben ser tenidas en cuenta en el ejercicio de control fiscal.

Así, la Constitución Política de Colombia (último inciso del artículo 150 Superior) le reconoció un papel protagónico al legislador al establecer que la regulación de la contratación pública tiene reserva de Ley. Esto quiere decir que el constituyente sólo le reconoció competencia al legislador para expedir las normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP (v. gr. Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, etc.). De tal manera que las ramas restantes – ejecutiva y judicial – actúan en torno a la producción legislativa.

⁵ BARRERA CORONADO, Betsy Johana y JIMÉNEZ BERNAL Camilo Ernesto (2012) “LOS IMPREVISTOS PACTADOS EN EL A.I.U. Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU USO POR EL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE OBRA”, en *Revista Iter Ad Veritatem* 10, 2012. Universidad Santo Tomás. Tunja. En el mismo sentido ver MÁRQUEZ ARENAS, MARCELA ROCÍO. EL PORCENTAJE DE IMPREVISTOS DE LOS COSTOS INDIRECTOS COMO FORMA DE ESTIMACIÓN DE RIESGO PREVISIBLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Tesis de Maestría en Derecho (Profundización el Derecho Administrativo). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación 05001-23-33-000-2013-01826-00 (57576). En igual sentido, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correo Palacio.

Es así como, la rama judicial – especialmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado – pueden incidir la regulación de la contratación pública principalmente de dos maneras. En primer lugar, al controlar la constitucionalidad o legalidad de leyes o decretos correspondientemente, pues la rama puede expulsar normas del ordenamiento jurídico o condicionar su interpretación para garantizar una aplicación afín a la Constitución y a la Ley. En segundo lugar, al resolver litigios⁷ y controversias⁸ contractuales o constitucionales suscitadas entre los contratistas y la administración pública, se generan de la rama auténticos precedentes; esto es, reglas creadas por la jurisprudencia a través de la unificación y que deben ser aplicadas en casos análogos en virtud del derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 Superior) y conforme a los postulados de la buena fe, a los cuales están sujetas las autoridades públicas por disposición del artículo 83 constitucional.

Ahora bien, dada la confusión que puede suscitar, amerita abordar el Decreto 2090 de 1989, anterior a la Constitución Política de 1991 y al EGCAP, por medio del cual se aprobó un reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura. Al respecto el Consejo de Estado⁹, al analizar si procedía la nulidad de la Circular No. 000073 de 4 de febrero de 2013 de la Gobernación de Antioquia por vulnerar el mencionado Decreto 2090 de 1989, señaló de manera clara:

*“La Sala advierte, de entrada, que para el momento en que fueron expedidas las circulares demandadas [2013], **el Decreto 2090 de 1989 no constituía una norma en la que aquellas debían fundamentarse**, razón por la cual, el cargo que la parte actora deprecó respecto de aquel – infracción de las normas en las que los actos demandados deben fundarse – no puede configurar causal de nulidad alegada.*

[...]

*“**Lo dicho no impide que el reglamento de honorarios adoptado por la junta directiva nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y que en su momento fue aprobado por el Decreto 2090 de 1989, dada su especialidad técnica, pueda ser incorporado en los clausulados de los contratos que tengan una correspondencia temática con el contenido de dicho reglamento, aun en vigencia del EGCAP.** De allí que, por ejemplo, la Sección Tercera, en relación con un contrato de obra sometido a la Ley 80 de 1993 que había sido terminado unilateralmente en forma ilegal, al analizar la liquidación de perjuicios no tuvo ningún reparo frente a la cláusula de remuneración aprobado por el Decreto 2090 de 1989 y, por el contrario, concluyó que el a quo había acertado al tomar las*

⁷ Contenciosos o disputas suscitadas netamente en torno a un punto de Derecho.

⁸ Contencioso o disputas que requieren abordar otros aspectos adicionales a Derecho para ser resueltas.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Rico. Diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación Radicación 05001-23-33-000-2013-01826-00 (57576)

mismas como fundamento en la requerida liquidación” [Negritas por fuera del texto original].

Lo anterior quiere decir que, la reglamentación contenida en el Decreto 2090 de 1989 no constituye un cuerpo normativo de orden público y, por lo tanto, sus reglas no son automáticamente aplicables a la contratación de las entidades regidas por el EGCAP. No obstante, en virtud de la autonomía de la voluntad y dado que los contratos son Ley para las partes¹⁰, esas reglas pueden tornarse de obligatorio cumplimiento si y solo si tienen correspondencia temática y a su vez las partes contratantes convienen integrar al clausulado contractual la reglamentación del Decreto 2090 de 1989.

Es ese orden existe una amplia literatura especializada que le ofrece a los empresarios – contratistas – una herramienta idónea para estructurar los costos de un proyecto, de donde se desprende que estos se componen de acepciones como: (i) los *costes* de la obra, (ii) los gastos en que el contratista debe incurrir para ejecutar la obra y (iii) el valor o costo de la obra.

Los *costes* (costos directos) de la obra corresponden a las erogaciones que tendrá que hacer el contratista para elaborar o ejecutar la obra como materiales, equipos propios de la construcción, personal que deberá ubicar en el sitio de la obra, entre otros. En cambio, los *gastos* (costos indirectos)¹¹ – que no se perciben en la obra – son erogaciones que inciden en la capacidad que tiene la unidad empresarial del contratista para procurar una eficiente y efectiva ejecución de la labor contratada (v. gr. Administración); por ejemplo: la administración de la nómina, el personal administrativo de la oficina del contratista, arrendamiento o gastos relacionados con la oficina, gastos legales, etc. Finalmente, el

¹⁰ Regla contenida en el artículo 1602 del Código Civil colombiano, integrada al EGCAP por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, esta explicación se encontrará desarrollada más adelante.

¹¹ El Consejo de Estado, en sentencia ya citada del 2018, presenta como referencia de pie de página No. 32 la siguiente explicación: “Los costos indirectos son gastos que no están directamente identificados con un contrato en particular. Son costos que se aplican en general a grandes partes o a todo el trabajo de la empresa. Por ejemplo, consideremos a un supervisor que es responsable de vigilar un gran número de contratos. El costo del supervisor se identifica con todo el trabajo que hace, no solo un contrato. No resulta práctico intentar determinar la fracción del costo total del supervisor que le corresponde a cada contrato supervisado. El costo del supervisor es por tanto un costo indirecto. “La empresa tendrá numerosos gastos que entran en la categoría de costos indirectos. Otro ejemplo es el costo de los servicios públicos. Sería extremadamente difícil determinar cuánto de la factura de servicios corresponde al trabajo para cada cliente.

“Como hemos dicho, la empresa tiene que recuperar sus costos indirectos y directos para cubrir su costo total; sin embargo, la naturaleza de los costos indirectos hace difícil, sino imposible, determinar cuánto de cada costo indirecto corresponde al trabajo de un cliente particular. Entonces la empresa establece métodos para dividir esos gastos entre sus varios clientes. Cada cliente paga parte del costo indirecto como una porción del precio total facturado. Si la empresa divide los costos apropiadamente, cobrará lo suficiente de sus clientes para pagar el total de los costos indirectos así como también sus costos directos totales”. MURPHY, John Edward. Guide to Contract Pricing. Cost and Price Analysis for Contractors, Subcontractors, and Government Agencies. 5th Edition. Management Concepts. United States, 2009. pp. 57-58 (traducción libre).”

costo de obra corresponde a la sumatoria de los costes, los gastos y la utilidad esperada por el contratista.

$$\text{Costo de obra} = \text{Costes} + \text{Gastos} + \text{Utilidad}$$

Entonces, ¿en la estructura de costos de la obra dónde se incluirían los imprevistos (I)? De acuerdo con el Decreto 2090 de 1989 y el Consejo de Estado, este porcentaje estaría incluido en los gastos (costos indirectos). En ese sentido, el Consejo de Estado¹² ha explicado:

*“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**”¹³.*

*“El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la **salvaguarda frente a los riesgos ordinarios** que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos del contrato. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el aleas del contrato”¹⁴.* [Negrillas y subrayado por fuera del texto original].

Valga entonces hacer la siguiente claridad: los riesgos ordinarios que buscan ser cubiertos con los imprevistos (I) del AIU no son los mismos que deben ser manejados dentro de la teoría jurídica de la imprevisión. Los primeros, pese a su denominación, no son del todo imprevisibles en la medida en que su materialización puede preverse al

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 29 de mayo de 2003, dentro del radicado 73001-23-3.1-000-1996-4028-01 (14577).

¹³ Cita No. 25 realizada por el Consejo de Estado: “Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista”. GASPAR ARIÑO ORTIZ. Ob. Cit. P. 167.

¹⁴ Cita No. 26 realizada por el Consejo de Estado: “Ibídem, P. 168”

momento de la planeación de costos teniendo en cuenta las condiciones técnicas, económicas o financieras que rodean el proyecto; corresponden al aleas ordinario del negocio y la carga de su gestión y materialización recae en los contratistas por estar en una mejor posición para manejarlos. Como se desprende de la explicación dada por el Consejo de Estado, estos integran desde el principio la ecuación contractual y, por lo tanto, su materialización no rompe el equilibrio económico del contrato.

En cambio, hay otros riesgos – del todo imprevisibles e irresistible por las partes – que de materializarse sí rompen el equilibrio económico del contrato pues para el cumplimiento del objeto contractual (v.gr. la obra) se generaría una excesiva onerosidad para el contratista; el ejemplo por antonomasia de este tipo de riesgos es la ocurrencia de una catástrofe natural. En estos casos entra en juego la *Teoría de la Imprevisión*, según la cual en estos eventos el Estado debe garantizar a los contratistas (colaboradores que concurren con la administración pública para lograr los fines del Estado) el punto de equilibrio de los negocios jurídicos. No obstante, para tal fin los contratistas tienen la carga de probar, por un lado, la materialización de un riesgo imprevisible e irresistible que rompe el equilibrio económico del contrato y, por otro, la cuantificación de los valores que el Estado le tendría que reconocer para retornar a un punto de no pérdida.¹⁵

Con lo anterior en mente, se presenta el siguiente cuadro para ubicar la regulación del AIU en el Decreto 2090 de 1989:

EL VALOR TOTAL DE LA OBRA CONTRATADA BAJO LA MODALIDAD DE PRECIO UNITARIO		
Costo real de la obra (costes)	“Demás incidencias en el costo de la obra” o gastos indirectos (gastos)	Honorarios (utilidad)
Compuesto por el “conjunto de materiales, equipos y herramientas de la construcción, equipos fijos propios de la construcción que se ejecuta, impuestos propios de la obra, derechos de conexión de servicios, pólizas	Se incluyen los gastos indirectos , pólizas de garantías, e imprevistos .	Ganancia que espera tener el contratista.

¹⁵ En ese mismo sentido el Consejo de Estado ha explicado: “*Dentro de ese contexto, esta Corporación ha advertido que la distribución de los riesgos previsibles que concreten en cada caso el deber legal contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 se incorporan o forman parte de la ecuación económica o financiera de los contratos estatales y que, además, en razón de ese mismo imperativo legal, los pliegos de condiciones deben ofrecer a los proponentes una fórmula definitiva que les permita la anticipación en su oferta de un cuadro adecuado de conmutatividad prestacional. En este punto, la jurisprudencia constitucional [C-300 de 20012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] ha coincidido con el criterio del Consejo de Estado frente a que las causas del desequilibrio económico del contrato excluyen los riesgos que expresamente hayan sido asumidos por el contratista.*” [Negrillas por fuera del texto original]. Decisión dentro del 19 de julio de 2018, dentro del radicado 05001-23-33-000-2013-01826-00 (57576)

de seguros directamente relacionados con la obra o los estudios y demás labores profesionales de la obra y por recursos humanos que se deberán ubicar en el sitio de la obra para poder ejecutarla”.		
Resultado de multiplicar “los precios unitarios pactados en el contrato por los volúmenes o cantidades de aquellos que se hayan realmente ejecutado en la construcción”.	Su valor se determina por un porcentaje sobre el costo real.	Su valor se determina por un porcentaje sobre el costo base para la liquidación de las tarifas; no puede ser menor al 10%.
Se presentan en el Análisis de Precios Unitarios – APU.	“Estos honorarios e incidencias podrán también incorporarse como porcentaje en un capítulo separado de las cuentas” (v. gr. AIU).	

Fuente: Numerales 0.9 y 7.1.3 del Decreto 2090 de 1989.

De acuerdo con lo dicho y del cuadro ilustrativo presentado, hasta aquí se podría llegar a las siguientes conclusiones con respecto a la regulación prevista en el Decreto 2090 de 1989:

- 1) El costo de la obra (precio convenido en el contrato) está compuesto por: *costes* (o costos directos o “*costo real de la obra*”, lo que resulta de multiplicar los valores unitarios por las cantidades realmente ejecutadas), gastos indirectos (o costos indirectos o “*demás incidencias en el costo de la obra*”) y utilidad (u “*honorarios*”) del contratista. Lo que en definitiva corresponde al concepto que se denomina APU.
- 2) Dentro de los gastos (o costos indirectos) se incluyen los gastos de administración, los cuales corresponden a las erogaciones en bienes y servicios que inciden en la capacidad que tiene la unidad empresarial del contratista para procurar una eficiente y efectiva ejecución de la labor contratada, y que será pagado a título de porcentaje.
- 3) Los “imprevistos” no se encuentran propiamente definidos en el Decreto 2090 de 1989; no obstante, el Decreto reconoce que los mismos pueden incidir en el costo de la obra y pueden incorporarse como porcentaje en un capítulo separado de las cuentas. Lo cual nos lleva a deducir que se trata de la partida de gastos para cubrir los relacionados con la gestión de los riesgos previsibles.
- 4) El Decreto 2090 de 1989 no sujeta el pago de la Administración (A) ni de los imprevistos (I) a la verificación de los precios finalmente pagados por el contratista dentro de sus gastos de administración ni a la prueba de la materialización de los imprevistos con su respectiva cuantificación.

Por lo tanto, incluso cuando en los contratos públicos, las partes conviene regirse por el Decreto 2090 de 1989, siempre y cuando exista una correspondencia temática, no se encuentra una justificación legal para sujetar el pago de la Administración (A) ni de los imprevistos (I) a la verificación de los precios finalmente pagados por el contratista dentro

de sus gastos de administración ni a la prueba de la materialización de los imprevistos con su respectiva cuantificación.

Es así, como Colombia Compra Eficiente al considerar que – en virtud de la autonomía privada – nada impide que las partes acuerden cláusulas que establezcan *“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”*¹⁶. En ese caso, dado que lo pactado es Ley para las partes, sí habría fundamento jurídico para sujetar el pago de la Administración (A) y de los imprevistos (I) a la verificación de los precios finalmente pagados por el contratista dentro de sus gastos de administración y a la prueba de la materialización de los imprevistos con su respectiva cuantificación.

Ahora bien, lo cierto es que – como lo señala también Colombia Compra Eficiente:

*“(…) 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 al valor de los costos directos se le suma el AIU. 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 este modo, 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.”*¹⁷.

La Auditoría General de la República, mediante Radicado 2021-2100018701 del 11 de junio de 2021, al dar respuesta a solicitud de la Contraloría General de Medellín, de revisar algunos alcances fiscales, disciplinarios y penales, vertidos en el informe final a la Auditoría Regular 2020, realizada a éste Órgano de Control, aclaró los mismos, sosteniendo con relación al tópico que concita el presente pronunciamiento lo siguiente:

“(…) En lo que se refiere al pacto de un porcentaje por concepto de administración, imprevistos y utilidad en los contratos estatales, éste Despacho tuvo acceso a través de la página Web de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra

¹⁶ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-030 de 2021, respuesta a la consulta P20210117000323.

¹⁷ *Ibíd.*

Eficiente del Concepto C-211 de 2020, el cual fue referido en el escrito de contradicción presentado por la Contraloría, en el que se indica:

- i) *¿Puede una entidad pública exigir al contratista de un contrato de obra pública bajo el sistema de precios unitarios como costos directos más el porcentaje de costos indirectos (administración y Utilidad) que aporte durante la ejecución y/o liquidación para la liquidación todos los soportes de pagos efectuados con cargo al componente de administración (A) de dicho contrato de manera discriminada o detallada?*

La posibilidad de exigir una obligación como la señalada en la pregunta depende de la forma como se celebre el contrato y las obligaciones pactadas a cargo del contratista, pues en el contrato se podría indicar tal obligación. No obstante, teniendo en cuenta la forma como suelen pactarse los contratos estructurados bajo la metodología del AIU, no se encuentran razones para que las entidades incluyan una obligación en tal sentido, toda vez que con la presentación de la oferta el proponente señaló cuál sería el porcentaje de Administración con base en el cual se pagaría el contrato, por lo que no le interesaría solicitar los soportes de los pagos efectuados por dicho concepto, toda vez que al suscribir el contrato se habría acordado un porcentaje, en principio invariable.

- ii) *¿Puede la entidad estatal en un contrato de obra pública bajo el sistema de precios unitarios solicitar la devolución de los dineros que por concepto de los diferentes componentes de administración (A) no soporte adecuadamente el contratista o que no llegare a ejecutarse, sin que ello signifique afectar la modalidad de pago pactada en el contrato, toda vez que el mismo está compuesto por costos directos mediante precios unitarios fijos o con la fórmula de reajuste para los diferentes ítems de obra y un porcentaje fijo de costos indirectos (AU)?.*

Al igual que frente a la respuesta anterior, la posibilidad de solicitar la devolución de dichos dineros depende de la forma como se haya celebrado el contrato y de las obligaciones a cargo del contratistas, pues en el contrato se podría incluir tal obligación. No obstante, teniendo en cuenta la forma como suelen pactarse los contratos estructurados bajo la metodología del AIU, donde el valor del contrato se paga con base en el precio de los costos directos incrementados por el porcentaje del AIU, no sería procedente solicitar dicha devolución sino quedó así pactado, toda vez que las partes acuerdan la aplicación de un porcentaje para efectos de calcular el monto a pagar, más no de reconocer costos específicos en que haya incurrido el contratista. En todo caso, la definición de este aspecto puede variar de la forma como se haya celebrado cada contrato y del contenido de las obligaciones pactadas en el mismo (...) frente a estos interrogantes se reitera lo señalado en la respuesta 3. En efecto, la solución depende de la forma como se estructure cada contrato en particular

y del contenido de las obligaciones acordadas, incluyendo la pactado en la forma de pago. En todo caso, se reitera lo indicado, acerca de la forma usual como suelen celebrarse los contratos estatales estructurados bajo la metodología del AIU, donde la entidad simplemente se compromete al pago con base en un porcentaje acordado con el contratista, de manera que ella simplemente le importa que se mantenga y aplique adecuadamente el porcentaje del AIU acordado-que incluye la administración”.

“De igual manera, en lo que se refiere a la exigencia de soportes de los pagos por concepto de administración , Colombia Compra Eficiente en el concepto antes referido explica que no se encuentran razones para solicitar los mismos, ya que al momento de presentar la oferta se estableció de forma precisa cuál sería el porcentaje de administración a pagar por la ejecución del contrato, razón por la que no resulta relevante la solicitud de los soportes que acrediten los pagos efectuados por dicho concepto”.

En definitiva, hasta aquí se ha verificado que sobre el pacto y reconocimiento del AIU no hay regulación de orden público vigente y, por lo tanto, los auditores pueden encontrarse frente a tres situaciones perfectamente conforme a Derecho:

1) que las partes acuerden dar un trato a la administración (A) y a los imprevistos (I) como bienes, servicios o labores – relacionadas indirectamente con la obra – que se pagarán por separado previa verificación, 2) que las partes al establecerlo acuerden que se guiarán por el Decreto 2090 de 1989 (en ese caso el AIU - a título de porcentaje - integra el precio del contrato) ó 3) que las partes guarden silencio sobre el alcance del mismo (sin decir si el AIU integra el precio del contrato o son bienes, servicios o labores que se pagarán por separado previa su verificación).

3. Situaciones fácticas y jurídicas.

- a. Las partes acordaron dar un trato a la administración (A) y a los imprevistos (I) como bienes, servicios o labores – relacionadas indirectamente con la obra – que se pagarán por separado previa verificación.

En este caso, se precisa indicar, en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*. En segundo lugar, de manera complementaria, el Artículo 1602 del Código Civil dispone *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino*

por su consentimiento mutuo o por causas legales". Por lo tanto, el contrato estatal auditado sería la fuente del criterio.¹⁸

De manera consecuente, el criterio de auditoría correspondería a la cláusula contractual en que las partes acuerdan pagar los valores que representan los porcentajes establecidos para la Administración (A) y para los Imprevistos (I) siempre y cuando se verifique que el contratista incurrió en ciertos costos específicos.

- b. Las partes al establecerlo acuerden que se guiarán por el Decreto 2090 de 1989 o guardan silencio (en ese caso el AIU integra el precio del contrato).

En estos casos, tanto administración (A) como imprevistos (I) del AIU se entenderían integrados a la ecuación económica del contrato y, por lo tanto, incluidos dentro del precio del contrato. De tal manera que su reconocimiento y pago no estaría sujetos a que la Entidad contratante verifique, por un lado, los precios pagados por el contratista para conseguir los bienes y servicios con los que se calculó la administración ni, por otro, la materialización de los riesgos previsibles (imprevistos) y su respectiva cuantificación.

Entonces, si las partes pactan el AIU, pero guardan silencio sobre la manera en que se tratarán la administración (A) y los imprevistos (I), se procederá al pago en el porcentaje pactado previamente, dentro de los costos indirectos, sin miramientos de su materialización.

Eso quiere decir que en caso de pacto expreso del Decreto 2090 de 1989 o silencio de las partes, la administración contratante debe pagar el valor convenido por administración (A) e los imprevistos (I) del AIU sin pedir evidencia sobre los precios pagados por el contratista para conseguir los bienes y servicios con los que se calculó la administración, ni la materialización de los riesgos previsibles (imprevistos) y su respectiva cuantificación.

III. CONCLUSIONES.

El Despacho de acuerdo al entorno jurídico expuesto en precedencia, y para facilitar la utilización de este instrumento en el quehacer de los servidores que conforman los distintos equipos auditores que integran las C.A.A.F de la Contraloría General de Medellín, se arriba a las siguientes y breves conclusiones orientadoras:

¹⁸ GAT 20019. "Fuentes de criterios: Son aquellas de donde emanan los criterios de auditoría y se encuentran, entre otras, en el acto administrativo de creación y funcionamiento, del sujeto de control, marco normativo aplicable para el sector al cual pertenece, disposiciones presupuestales, contractuales, contables. Adicionalmente, también hacen parte de estas fuentes las políticas, metas, guías, instructivos y procedimientos establecidos" P. 54

1. El pago de la administración (A) y de los imprevistos (I) del AIU, en estas situaciones (pacto expreso del Decreto 2090 de 1989 o silencio de las partes) ni la administración contratante ni el contratista habrían incumplido norma alguna; es decir, el *ser* de esta situación correspondería con su *deber ser* y no habría lugar a observación alguna, esto en tratándose de costos indirectos.
2. Por su parte, los costos directos de la obra corresponden a las erogaciones que tendrá que hacer el contratista para elaborar o ejecutar la obra como materiales, equipos propios de la construcción, personal que deberá ubicar en el sitio de la obra, entre otros, y su reconocimiento o pago corresponderá a la multiplicación de los precios unitarios pactados en el contrato por los volúmenes o cantidades de aquellos que realmente se hayan ejecutado dentro del contrato.

No siendo otro el objeto del presente concepto, la Oficina Asesora de Jurídica se pone a disposición de todos los funcionarios del área misional para conocer sus inquietudes, opiniones o incluso disensos sobre lo aquí presentado

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Catalina S.