

MEMORANDO

OAJ – 009 – 2020

1900 - 202000004320

Medellín, 21 de julio de 2020

PARA: Doctor CARLOS ALBERTO CORREA ZAPATA
Contralor Auxiliar C.A.A.F EPM-3 Aguas y Saneamiento Básico

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Concepto jurídico relacionado con el valor contrato según factor multiplicador - Radicado interno 1106-202000003945.

En atención a su solicitud, me permito expresarle que la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín, por mandato del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 debe emitir conceptos y respuestas a consultas que le presente cualquier ciudadano o entidad, pero con relación a las materias propias de las funciones del Ente de Control.

Igualmente conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los conceptos no comprenden el análisis de actos o situaciones particulares, ni la solución directa de problemas específicos, como tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante. Lo anterior por cuanto el control fiscal posterior implica no tener injerencia de las contralorías en la toma de decisiones de competencia de las entidades vigiladas. Por lo tanto, solo es posible dar respuesta a sus inquietudes de manera general y abstracta.

1. CONSIDERACIONES

Plantea en su consulta que en el factor multiplicador (FM) aplicado a un contrato de consultoría, *“se tuvo en cuenta dentro de la seguridad social, factores de porcentaje en los ítems 2.5.2 salud (1.20%), 2.7 SENA (0.34%), 2.8 ICBF (0.40%)”*

Agrega que “De acuerdo con lo anterior, se estaría reconociendo al contratista el 1.2% del cual está exonerado, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 y el artículo 7 del Decreto 1828 de 2013 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De igual, se estaría reconociendo al contratista aportes al SENA y al ICBF (...) cuando el contratista está exonerado de dichos pagos”, (...)

Para dar respuesta a sus interrogantes debemos precisar algunos conceptos técnicos y jurídicos.

EL FACTOR MULTIPLICADOR

En los contratos de consultoría, los sistemas de costeo del contrato se basan en 1) **Sistema Global de Costos** donde se valoran los diferentes componentes como costo de personal, costos directos, costos administrativos, costos de imprevistos, utilidades, entre otros. Este sistema implica definir todos los costos teniendo como referente el mercado natural de la Consultoría; 2) el **Sistema de Factor Multiplicador**.

El Decreto 1522 de 1983 establecía, en el artículo 34 sobre los factores y criterios sobre costos de la consultoría, que los costos directos tendrían como guía cuando éstas existan, las tarifas que con aprobación del Gobierno se hayan determinado por las asociaciones que tengan el carácter de cuerpo consultivo del mismo o, en defecto de aquellas, por las tarifas que determine la entidad delegada para tal efecto por el Gobierno.

“Para cubrir los costos de provisión laboral prestacional, los costos indirectos y la utilidad del consultor, podrá utilizarse el método del **FACTOR MULTIPLICADOR**. Este consiste en un factor que, aplicado a los costos directos de personal, arroja un monto que cubre los anteriormente mencionados. Adicionalmente, podrá reconocerse hasta un diez por ciento (10%) de los **otros costos directos para cubrir los gastos de administración** de los mismos.

En síntesis el factor multiplicador es una técnica de costeo de contratos de consultoría y consiste en 1) imputar al contrato los costos directos por sueldos del personal vinculado con carácter exclusivo al proyecto 2) afectado por un FACTOR MULTIPLICADOR para absorber las prestaciones sociales, la utilidad del ingeniero, y porcentaje por su administración.

De otra parte, Colombia Compra Eficiente¹, en respuesta a consulta del 27 de septiembre de 2017, indica, *“en los concursos de méritos no es obligatorio aplicar el factor multiplicador debido a que no existe norma vigente que lo haya previsto de manera expresa en la forma de pago de los contratos de consultoría y/o interventoría. Pero es viable jurídicamente utilizar el factor multiplicador como fórmula para la determinación de los costos del contrato, caso en el cual **“el contratista debe demostrar el gasto de todos los componentes de costo que se tuvieron en cuenta para determinarlo”**”*.

Agrega el concepto de tal agencia que:

En el caso de los salarios y prestaciones sociales, **si el contratista no debe asumir tal costo** por la modalidad de contratación del personal del que dispone para la ejecución del contrato, **se debe disminuir el porcentaje correspondiente a este concepto a través de una modificación al contrato o en el acta de liquidación del mismo**. (...). SNFT.

Si el contratista no debe asumir el costo por concepto de salarios y **prestaciones sociales porque no tiene trabajadores vinculados** por contrato laboral, **este costo no debe ser reconocido por la Entidad Estatal** y lo que procede es la reducción del valor del factor multiplicador a través de una modificación del contrato o en la liquidación del mismo. SNFT.

Resulta claro para la agencia estatal que en la medida en que el contratista no asuma total o parcialmente determinados costos laborales, la entidad estatal no está obligada a pagarlos. Lo anterior como veremos, resulta como una consecuencia de la conmutatividad del contrato estatal.

Con relación a este tema pensamos que el contratista debe 1) demostrar el gasto de todos los componentes de costo que se tuvieron en cuenta para determinarlo en la oferta; 2) Demostrar su causación al momento del pago en la etapa de ejecución, sin perjuicio de los ajustes que se hagan en la fase liquidación.

Es de observar que la entidad contratante en la etapa precontractual deberá verificar los precios de mercado antes de aceptar la oferta, así como los soportes

¹ Radicación: Respuesta a consulta #4201714000006240 Temas: Contrato de consultoría Tipo de asunto consultado: Cómo se aplica y evalúa el factor multiplicador. El Decreto 1522 de 1983 que permitía la aplicación del factor multiplicador fue derogado por el Decreto 2326 de 1995.

respectivos al momento de hacer los pagos, pues de lo contrario estaríamos en presencia de un daño patrimonial al Estado, por violación a los principios de economía, eficiencia y legalidad.

Según el artículo 1498 del Código Civil *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; (...)”*. Por tanto en la medida en que el contratista traslada costos no reales a la entidad pública, y esta los acepta o paga, aquel se está enriqueciendo sin justa causa, ya que está haciendo más costosos los bienes y servicios adquiridos y está realizando una gestión fiscal contraria a los principios que rigen la misma, sin perjuicio de la violación de normas penales, disciplinarias y tributarias.

NORMATIVA APLICABLE IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD (CREE)

La Ley 1607 de 2012, en el artículo 25² trataba de la exoneración de aportes del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), por concepto de pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Es de observar que este artículo fue derogado por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural. Por lo tanto debe tenerse en cuenta esta situación al momento de valorar los hallazgos fiscales, y en todo caso verificar que los trabajadores devenguen, individualmente considerados, hasta diez salarios mínimos mensuales legales vigentes, para poder acceder a la exoneración mencionada.

Por su parte el **Decreto 1828 de 2013**³ establece en el artículo 7 que para efectos de la exoneración de los aportes parafiscales SENA, ICBF, se tendrá en cuenta la totalidad de lo devengado por el trabajador. Para tal efecto:

² Artículo derogado por el artículo [376](#) de la Ley 1819 de 2016 'por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural.

³ Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012

Corresponderá al empleador determinar si el monto total efectivamente devengado por cada trabajador en el respectivo mes es inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para determinar si procede la exoneración prevista en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 reglamentada en el presente decreto.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de fiscalización y control de la Administración Tributaria Nacional y de las demás entidades competentes para constatar la correcta aplicación de las disposiciones legales que rigen las materias previstas en este decreto.

De otro lado la Ley 1819 del 2016 derogó de manera expresa los artículos de la Ley 1607 del 2012, que regulaban el impuesto sobre la renta para la equidad (Cree). No obstante, consagró nuevamente en el artículo 65 la exoneración del pago de aportes parafiscales a favor del Sena, del ICBF y las cotizaciones al régimen contributivo de salud para las sociedades, personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes de renta, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Según lo anterior, corresponde a cada empleador determinar si el monto total efectivamente devengado por cada trabajador supera o no los límites legales a fin de beneficiarse de la exoneración.

En caso de este empleador ser contratista tiene derecho a la remuneración pactada en el contrato, y los aportes parafiscales serían reconocidos por la parte contratante en la medida de su causación, pues de lo contrario no habría ninguna obligación a su cargo por falta de causa real y lícita⁴ y cuya presencia vicia al contrato de nulidad absoluta⁵.

4 C.C art. 1554. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público

5 ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, (...) , son nulidades absolutas.

Ahora bien, en cuanto a las implicaciones que trae consigo el no cumplimiento de las obligaciones referentes a los aportes parafiscales, la DIAN en concepto 10802 de 2015⁶, expresó que no tiene entre sus facultades pronunciarse sobre el tema en mención por lo que daría traslado a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) para lo de su competencia, actuación que igualmente puede realizar la C.A.A.F EPM-3 Aguas y Saneamiento Básico.

LA GESTIÓN FISCAL

Según lo expuesto consideramos que si la entidad pública contratante reconoce y paga al contratista con la inclusión de aportes parafiscales que han sido exonerados, dicho pago incluye costos “ilegales” o no causados con lo cual se presentaría un detrimento patrimonial al tenor del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Lo anterior por cuanto el bien o servicio adquirido por la entidad pública presentaría sobreprecios por causa de sobrecostos trasladados al contratante, con la evidente violación de los principios de economía y legalidad.

El Decreto Ley 403 de 2020 preceptúa en el artículo 3 que en virtud del principio de economía *“la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados”*. A lo cual se agrega que *“El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”* (Artículo 47).

Según lo anterior el pago y reconocimiento de costos y gastos que han sido exonerados al contratista empleador, es violatorio del principio de economía puesto que no son gastos eficientes ni austeros, y son ilegales por cuanto las operaciones financieras, administrativas y económicas realizadas por la parte contratante no se han realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Por último no debe olvidarse que la Ley 1474 de 2011 establece:

6 (Tema: Renta. CREE- Descriptor: Sujetos Pasivos. Exoneración de Aportes

ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de **daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación** u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que **concurran al hecho**, hasta la recuperación del detrimento patrimonial. SNFT.

Por tanto debe analizarse la participación en los hechos irregulares de las partes e intervinientes en la contratación a efectos de estructurar las observaciones, hallazgos y traslados.

2. RESPUESTAS

Conforme a lo expuesto esta Oficina Asesora de Jurídica responde a la consulta la cual fue elevada en los siguientes términos:

Por todo lo antes señalado, solicito emitir concepto jurídico en razón a que el valor final del contrato fue de \$ **10.556.164.845** (sin incluir IVA), por lo que se estaría reconociendo el **1,94% de más**, sobre el 81% del valor total contratado, teniendo en cuenta que sería el porcentaje que está siendo afectado por el Factor Multiplicador, lo que equivalente a \$ **70.699.925** (sin incluir IVA), o si, por el contrario, la Empresa INGETEC tienes razones jurídicas y se le debe aceptar dicho valor.

Como lo expresamos al inicio de este escrito, damos la respuesta de manera general, y no podemos dar soluciones a casos concretos, pues ello es competencia de otras instancias administrativas o judiciales.

Según los argumentos precedentes, si una Entidad Estatal, con independencia del régimen de contratación que le aplique, decide hacer uso del factor multiplicador, debe asegurarse de determinar en la etapa de planeación del proceso de contratación, cuáles son los costos en cada contrato de consultoría en particular a efectos de hacer una oferta adecuada o económica, es decir, conforme a los principios de la gestión fiscal⁷. Lo anterior por cuanto el contratista debe demostrar todos los componentes de costo.

⁷ Decreto Ley 403 de 2020 artículo 3. Principios de la vigilancia y el Control Fiscal.

Según el principio de eficiencia “*se debe buscar la máxima racionalidad en la acción costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores*” y según el principio de economía “*la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados*” D.L 403-2020.

Según todo lo expuesto, la Entidad Estatal sólo debe pagar aquellos costos que hubieran sido efectivamente pagados por el contratista a la seguridad social, so pena de que se configure un hallazgo fiscal y un enriquecimiento sin causa⁸.

Si bien, es posible que el contrato de consultoría se pacte con uso del factor multiplicador, la entidad estatal debe asegurarse de ejercer una oportuna y permanente vigilancia de la ejecución contractual, al fin de hacer una adecuada auditoría de los costos del contrato para pagar sólo aquellos que se hayan causado efectivamente, con lo cual se respetan los principio de economía y eficiencia en la gestión fiscal.

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sigifredo Ch.

⁸ Colombia Compra Eficiente. Respuesta a consulta #4201714000006240 Temat: Contrato de consultoría