

MEMORANDO

OAJ-005-2022

1900 – 202200009040

Medellín, 23 de septiembre de 2022

PARA: Doctor JUAN SEBASTIAN GÓMEZ PATIÑO
Subcontralor

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Concepto Línea temática sobre la Administración (A) como elemento constitutivo del denominado AIU en los contratos estatales.

El siguiente trabajo y concepto corresponde a una línea temática sobre la *Administración* (A) como elemento constitutivo del denominado AIU en los contratos estatales, que puede constituir material de soporte para la confección del **PROBLEMA JURÍDICO** y su correspondiente **TESIS**, y contribuir a la orientación y decisión de los temas propuestos que como materia específica del debate se ventilen dentro del Proceso Auditor o los Procesos de Responsabilidad Fiscal, que se surten en la Contraloría General de Medellín en lo referente a la aludida materia.

I. SITUACIÓN FÁCTICA

A través de memorando 1100-202200005975 del 8 de julio de 2022¹, solicita a esta Oficina Asesora de Jurídica, se emita concepto jurídico relacionado con los siguientes supuestos fácticos que a continuación se sintetizan:

¹ Situación que coincide con el estudio que sobre la *Administración* como elemento constitutivo del denominado AIU en los contratos estatales venía realizando esta Oficina Asesora de Jurídica en cumplimiento del Plan Estratégico Institucional 2022 – 2025, en su línea Vigilancia y Control a la Gestión Fiscal, cuya acción programada consiste en emitir conceptos jurídicos para unificar criterios y acciones a seguir por parte de las CAAF y CARF y JC. Así las cosas el presente concepto tendrá una doble finalidad, responder la consulta realizada por la Subcontraloría y atender una acción prevista en el Plan Estratégico Institucional 2022 – 2025.

Expone que dentro de la revisión de la gestión contractual en los diferentes procesos auditores, con relación a los costos indirectos y que se relacionan con el AIU, se han detectado diferencias de criterios que requieren ser aclaradas por parte de esta Dependencia, en aras de establecer una postura unificada que conlleve a que los equipos auditores puedan establecer o estructurar hallazgos disciplinarios, fiscales, o penales, debidamente soportados de forma legal, técnica y financiera. Y de igual manera que el operador del proceso de responsabilidad fiscal cuente con unos elementos de discusión que le permita argumentar razonablemente las providencias que se profieren dentro del referido proceso de responsabilidad.

Específicamente, el tema es el concerniente con el de la Administración (A), que ha generado varios hallazgos con presunta incidencia fiscal, de los cuales no todos han prosperado en el juicio de responsabilidad fiscal o en las instancias jurisdiccionales, por lo que solicita a esta dependencia se aclare vía concepto jurídico, los siguientes tópicos, los cuales se transcriben:

- La Administración (A) es considerada parte del precio o valor del contrato o es ajeno al valor del mismo.
- Los diferentes tipos de forma de pago de la administración (A) que se pueden acordar, teniendo en cuenta que la administración está incluida en el AIU o AU que se pacta en definitiva como un porcentaje de los costos directos.
- Indicar de los diferentes tipos de forma de pago de la administración (A), cuáles son sujetos a verificación detallada para ser cruzadas con las pactadas por parte de los equipos auditores para, si es del caso, determinar si se está frente a un posible hallazgo con cualquier incidencia, especialmente, si puede establecerse un posible detrimento patrimonial.
- Si es viable verificar los gastos (pagos) en razón de la administración (A) sean susceptibles de certificación por parte del representante legal o revisor fiscal según corresponda.
- Aclarar específicamente en qué casos no es procedente siquiera, revisar por parte de la CGM, en su proceso auditor, los pagos por concepto de administración (A).
- Es posible variar los costos de administración (A) o la discriminación en la ejecución de los contratos sin superar el porcentaje de la administración.

Previo a emitir el concepto requerido y concretamente dar respuesta a los interrogantes planteados, es pertinente previamente precisar, que el presente concepto, se expide en los estrictos términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por la Ley 1755 de 2015), que establece: *“Alcance de los conceptos: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a*

peticiones realizadas en el ejercicio a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Así, se ha sostenido de manera pacífica por la jurisprudencia, y de manera reciente por el Consejo de Estado al señalar:

*“(…) Ahora el Artículo 25 CCA (hoy regulado en términos similares por el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a su cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que pueda afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir efecto jurídico general y abstracto. **De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a su cargo no comprometen su responsabilidad, ni serán de obligatorio cumplimiento**” (Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2016, Radicado 11001-03-27-000-2011-003-00(18636)). (Lo resaltado es del Despacho).*

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En aras de atender su importante solicitud, esta dependencia, abordará de manera metodológica, cada una de las inquietudes propuestas, trayendo a colación en primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad que en materia de contratación estatal ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico, pues el pacto de la Administración (A), en los contratos estatales como componente del AIU, no desconoce el marco jurídico, para luego discernir las inquietudes presentadas vía concepto jurídico a esta dependencia.

(i) El principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

El principio de la voluntad de las partes está establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en el cual se dispone que en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a nuestro marco jurídico y a los principios y finalidades de la ley, y a los fines de la buena administración.

Así las cosas, se considera que cada contrato comporta un negocio jurídico en particular, por ende, con características especiales dependiendo de la modalidad y condiciones que se pacten. Tal principio obviamente, implica que el mismo no es ilimitado, sino que lleva implícito que, en desarrollo del mismo, no se desconozca nuestro marco jurídico.

Principio de autonomía de la voluntad en contratación estatal, que ha sido reseñado por la justicia contenciosa administrativa, entre otras²

“[...] el principio de la autonomía conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que le son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la administración debe estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, pues ello, redundaría en arbitrariedad, de modo que, en ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por vía del negocio jurídico”.

Por tanto, es viable que, en los contratos estatales, se pacte el AIU entre ellos, obviamente el componente de Administración (A) objeto de consulta, en claro desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, lo cual no desconoce nuestro marco jurídico.

La Jurisprudencia Contenciosa Administrativa en disímiles oportunidades, ha indicado³ que en nuestra legislación contractual, no existe una definición de lo que se entiende por administración, imprevistos y utilidades. Por su parte, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil⁴ ha reseñado que: “(...) **en virtud de la autonomía y voluntad de las partes**, el AIU puede ser pactado en forma discriminada e independiente de los precios unitarios para ser adicionado a la obra. Sin embargo, su inclusión independiente o adicional no es un requisito legal para la existencia y validez de un contrato de obra, ni tampoco es un elemento exclusivo de este tipo de contratos. Nada impide que, según la naturaleza del contrato, las partes lo estipulen en forma expresa y concreta”. (Lo resaltado es nuestro).

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, quien de acuerdo al Decreto Ley 4170 de 2011, funge como entidad orientadora en materia de contratación estatal, sobre el particular ha señalado⁵: “[...] **El AIU (...) es de libertad de las partes utilizarlo** (...) si bien el AIU es un concepto sin definición en la legislación contractual colombiana, sus características, finalidades y componentes han sido decantados por la jurisprudencia contenciosa administrativa, así como por esta Agencia. De esta forma, al definir los elementos conformantes del AIU, el Consejo de Estado ha dicho que el rubro (A) corresponde a los costos indirectos por concepto de administración para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, el rubro (i) comprende el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presentan durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato (...) por su parte, el componente (U) hace referencia a una estimación de la utilidad que espera obtener el contratista por cumplir con el objeto contractual convenido”. (Lo resaltado es nuestro)

² Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2000, expediente 13073

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 1997-01032-01)

⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de septiembre de 2018, Radicado 11001-03-06-000-2018-00124-00.

⁵ Colombia Compra Eficiente Concepto C-488 de 2021)

III CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como se precisó en acápites precedentes, se descenderá a dilucidar cada uno de los interrogantes propuestos, en el orden en que fueron solicitados por la dependencia consultante, así:

(i) La administración (A) es considerada parte del precio o valor del contrato o es ajeno al valor del mismo.

Sea lo primero advertir que el **precio** en los contratos estatales por lo general se compone, de acuerdo a lo sostenido por la jurisprudencia contenciosa⁶ al menos de dos elementos esenciales, los **costos y la utilidad**, elementos cuya estructuración interna dependerá de las condiciones técnicas, financieras y legales del contrato a celebrar.

Sobre el precio del contrato estatal, ha enseñado el Consejo de Estado, que en la fase precontractual, lo que se busca es verificar el **precio real** de la prestación y el margen de beneficio para el contratista, al indicar entre otras⁷: “(...) *más allá de los componentes en que se desagregue el presupuesto de un contrato, con base en el cual los proponentes calculen o fijen el precio de sus ofertas, en la generalidad de los casos el precio de aquel se compone al menos de dos elementos esenciales: los costos y la utilidad, elementos cuya composición o estructuración interna dependerá, a su turno, de las condiciones técnicas, financieras y legales de cada contrato (...) en este contexto, la doctrina resalta que, tratándose del precio del contrato en la fase de preparación (precontractual) se trata de encontrar un precio orientado a sufragar el coste real de la prestación, y algún margen de beneficio empresarial para el contratista.*

*(...) el concepto de **costo involucra tanto los directos como los indirectos**, los primeros, al identificarse específicamente con un contrato o trabajo concreto, dependiendo de la fase del proyecto, presentan una menor complejidad cuando se trata de calcular la cantidad de cada ítem establecido en los pliegos de condiciones o sus equivalentes para la ejecución del contrato, situación que difiere en los segundos, que son transversales a toda o parte de la actividad general del contratista, de allí que resulte **frecuente que los costos indirectos se formulen como un porcentaje de los directos (...)***” (Lo resaltado es fuera de texto).

Del anterior criterio jurisprudencial, se puede concluir sin mayor esfuerzo, que el costo o el precio de un contrato determinado, **lo constituye tanto los costos directos como los indirectos.**

Colombia Compra Eficiente por su parte, ha conceptuado que los costos **indirectos**, entre ellos obviamente el concepto de administración, **hace parte integral del precio del respectivo contrato**⁸, pues en la práctica contractual de las diferentes entidades estatales, lo usual que se advierte, es que las entidades estatales, acuden al AIU con la

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicado 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576)

⁷ Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicado 05001-23-33-000-2013-01826 00(57576)

⁸ Colombia Compra eficiente, Concepto C-030 de 2011

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 de AIU.

En la práctica no existe una metodología o forma única de pactar el precio de un determinado contrato, pues se puede convenir de acuerdo, a lo que en tal aspecto arroje un análisis del sector y de contera, los estudios previos que se estructuran en la parte de planeación del respectivo proceso de selección, como sería el de precios unitarios, que se calcula de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato, el precio global que equivale al monto total, sin discriminar unidades y la administración delegada, entre otras.

La jurisprudencia contenciosa ha indicado que de acuerdo a los pliegos que se estructuren, el precio unitario, puede incluir el AIU del respectivo ítem, sin que sea necesario que los costos indirectos se desglosen de manera independiente del precio del contrato al disciplinar⁹:

“Temas: contrato de obra a precios unitarios-inclusión del componente de administración –imprevistos y utilidad en los precios ofertados:

(...) es necesario dejar sentada otra consideración antes de analizar lo relativo a la inclusión del AIU en las actas de recibo de obra. En el recurso de apelación, la Unión Temporal distinguió entre “valores unitarios” y “precios unitarios”. La primera locución la usó para referirse a los valores que incluyó en el anexo 2 de su oferta con el fin de calcular los “índices representativos”, mientras que la segunda la empleo para designar los precios que registró en el APU presentado el 9 de marzo de 2000. No obstante, la diferenciación es simplemente terminológica: los 46 “valores unitarios” cotizados en la oferta son equivalentes, peso a peso, a los 46 “precios unitarios” que incluyó en el APU entregado el 9 de marzo de 2000. Otra cosa es que, en el APU, al registrar los mismos precios unitarios, se usó la leyenda “total costo directo” de lo cual infiere el apelante que el IDU debía pagarle adicionalmente el AIU.

Con base en las anteriores consideraciones puede resolverse el problema principal, que es si el IDU, en las actas mensuales de obra, debió pagar (i) el producto de multiplicar las cantidades aprobadas por los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal más (ii) un 19% adicional, que fue el AIU que el contratista definió en su oferta. La respuesta a este problema se deduce del pliego de condiciones y de las respuestas que el IDU dio a los proponentes en el proceso licitatorio.

*De un lado, en el numeral 3.2.13.5 de los pliegos se estableció que “los precios unitarios fijos deberán cubrir los costos de materiales, mano de obra (...) **inclusive los imprevistos, gastos de administración, impuestos y contribuciones y utilidades del contratista**”. De otro lado, en la ronda de las aclaraciones del pliego de condiciones, el IDU informó que el AIU debía “incluirse dentro de cada uno de los precios unitarios” con los que se calcularon los índices representativos. **En definitiva, las cantidades***

⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 15 de marzo de 2021, Radicado 25000232600020010006601

aprobadas en las actas solo debían multiplicarse por los precios unitarios ofertados, pues en ellos los proponentes debieron considerar los gastos de administración, los impuestos y la utilidad” (Lo resaltado es del Despacho).

La Administración (A) como componente del AIU es una forma de presentar el análisis de costos o precios de la oferta y del contrato y es de la libertad de las partes utilizarlo y cuantificarlo en forma independiente al valor directo de la obra, o como un porcentaje de la misma o, simplemente, no discriminarlo e incorporarlo en el valor de los precios unitarios. No es un elemento exclusivo de los contratos de obra, pues nada impide que de acuerdo a la naturaleza del contrato, las partes lo estipulen en forma expresa y concreta¹⁰.

Obviamente, en la estructuración del **precio o valor del contrato**, las entidades estatales tienen autonomía para definir como estimarán el valor del contrato, el cual debe ser justificado de forma objetiva, esto es, con los respectivos estudios del sector y estudios previos. Aserción de esta instancia de consulta que se soporta de manera adicional en lo señalado, de manera reciente por la Contraloría General de la República en la cual, **unificó** su postura con relación al pago del denominado AIU y su justificación¹¹.

*“[...] 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 el valor máximo que pueden tener cada uno de sus 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 la **administración** y de los imprevistos”* (Lo resaltado es nuestro).

Ahora bien, el AIU, **en esencia**, se pactan en los contratos de obra bajo la modalidad de precios unitarios, sin embargo no es impedimento para que se pacte en otros tipos de contrato o procesos de selección. En todo proceso de selección, se debe estructurar unos estudios previos que deben reunir los requisitos del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, en el cual se debe determinar el valor del respectivo contrato. Cuando el valor del contrato se estructure por **precios unitarios**, se debe verificar y revisar como se calculó y se soportó los cálculos presupuestales en la estimación de aquellos, pues por disposición legal existe obligación de hacerlo.

¹⁰ Sala de Consulta y del Servicio Civil, Concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado 2018-00124(2386)

¹¹ Contraloría General de la República CGR –OJ –PI-083 de 2022

Es decir, que para estructurar el respectivo **precio del contrato**, que comprende los costos directos, como los indirectos, las entidades estatales en la fase de planeación del contrato, deben establecer el valor del contrato, pues es una obligación que emana de los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, aplicando en los respectivos estudios previos, lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015.

No obstante lo acotado es necesario precisar, que este Organismo de Control, también vigila fiscalmente, a sujetos de control que su régimen contractual es el derecho privado, por ende, el estatuto contractual de la administración no se les aplica y se deberá entonces verificar sus respectivos manuales de contratación que al efecto, hayan establecido con relación a la forma como se estructura la estimación y cuantificación **del precio** de un contrato determinado y la inclusión de la **Administración (A)**, como componente del AIU.

Esta facultad de estructurar sus propios manuales de contratación no son en ningún caso absolutas, al señalar en tal sentido Colombia Compra Eficiente¹²

*“(…) La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, **y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal.** La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa.*

Además, los procedimientos de selección que creen las entidades de régimen especial en sus manuales de contratación deben estar acordes, en cuanto a sus etapas, publicidad, duración, requisitos y demás aspectos con los acuerdos comerciales suscritos por Colombia, en caso de que la entidad se encuentre dentro del ámbito de cobertura de algún acuerdo comercial.

De otro lado, existen ciertos contenidos determinados por el ordenamiento que no pueden ser modificados por los manuales internos, por tratarse de asuntos con reserva de ley. En este sentido, estos reglamentos internos de las entidades con régimen especial no pueden crear causales de inhabilidad o incompatibilidad, crear nuevos supuestos de conflictos de interés, prescribir requisitos de perfeccionamiento, tipologías contractuales, limitar la capacidad contractual establecida en la ley. En efecto, estos contenidos no pueden ser regulados o modificados por los manuales de contratación, ya que se trata de aspectos con reserva de ley o con congelación en el rango de nivel legal, por lo que un acto administrativo no podría alterarlos.

¹² Colombia Compra Eficiente Concepto C-331 de 2022

Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples contenidos que pueden ser objeto de regulación en el manual de contratación, por hacer parte del ámbito de configuración en desarrollo de su autonomía contractual que no riñe con la ley, como sería la definición de requisitos de ejecución del contrato, la definición de si cierta actuación de la actividad contractual la debe realizar cierta dependencia de la entidad, establecer límites en cuanto a posibilidad de realizar adiciones, detallar los trámites internos que se surten al interior de la entidad y demás aspectos que hagan parte de su ámbito de configuración, por ser desarrollo de su autonomía en la configuración de su actividad contractual, que no desconocen los requisitos o parámetros establecidos en la Constitución o la ley.

Las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido” (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, que la configuración en un proceso contractual del precio, en los cuales se estructure la Administración (A) como componente del AIU, de una entidad con régimen especial, también debe estar informado, entre otros, de los principios de la función administrativa y de manera obvia de la gestión fiscal. Por tanto, el precio y la estructuración de la Administración (A) como componente del AIU, debe obedecer a **un real precio del mercado**, del bien, obra o servicio que se piense adquirir.

- (ii) **Los diferentes tipos de forma de pago de la administración que se pueden acordar, teniendo en cuenta que la administración está incluida en el AIU o AU que se pacta en definitiva como un porcentaje de los costos directos.**

Se advierte en este tópico, que la forma de pagos de los contratos, no está definida en la Ley 80 de 1993, ni en las normas que la han modificado, pues la misma se pacta de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, como bien se elucidó en acápites precedentes. La tarea de definir modalidades de pago de los contratos estatales ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia.

Y en relación con las formas de pago del contrato de obra pública, la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, ha indicado¹³:

“(…) A la luz de la Ley 80 de 1993, se consideran contratos de obra los celebrados por las entidades estatales para construir, mantener, instalar y en términos generales realizar cualquier trabajo material sobre los bienes inmuebles, cualquier que sea que sea la modalidad de ejecución o forma de pago. Si bien la Ley 80 de 1993 no recogió las modalidades de pago del contrato de obra, tras la derogatoria del artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983, las mismas siguen siendo reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia y, estas son: precio global, llave en mano, precios unitarios, la administración delegada, reembolso de gastos y mediante el otorgamiento de concesiones”.

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 15 de octubre de 2021, Radicado 05001-23-33-000-2017-030115-01(24376).

No existe una forma única de estipular el pago del componente de la Administración (A) en un contrato determinado, pues en tal aspecto, no se tiene definido un porcentaje del mismo en nuestro ordenamiento contractual.

Así lo ha precisado, Colombia Compra Eficiente¹⁴: “(...) en consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación 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 en el ordenamiento.** (...) por ende, la decisión de incluir el AIU al igual que la metodología de la limitación de sus variables –ítem y porcentajes- deben obedecer a un juicioso análisis de oportunidades y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se haya el principio de economía, postulado que exige la optimización de los recursos públicos” (Lo resaltado es nuestro).

Por ello, se colige entonces, son las partes en una determinada relación contractual las que determinan, el sistema o forma de pago más conveniente del componente de Administración (A) el cual debe ser un reflejo de la planeación del contrato, que incluye los estudios previos y estudios del sector, pues por ningún motivo el principio de autonomía de la voluntad es absoluto.

Como bien se ha precisado de manera precedente, se sostiene por parte de esta instancia de consulta, que el AIU con soporte jurisprudencial y doctrinal traído a cita que existe libertad en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de discriminar el costo indirecto del costo directo, o, simplemente no discriminarlo, y pactarse que el valor del respectivo contrato comprende, tanto los costos directos como indirectos en cada uno de sus ítems, práctica que puede incluirse y que es común en los contratos de obra, bajo la modalidad de precios unitarios, que es en esencia, en donde se pactan, los **costos indirectos** de AIU, advirtiéndose que siempre los costos indirectos como lo directos **constituyen el precio del respectivo contrato.**

Ahora bien, el supuesto fáctico antes expuesto, se advierte que en tratándose de los diferentes pliegos tipo que actualmente son exigibles para las entidades estatales, no es aplicable la posibilidad de no realizar la discriminación del AIU, so pena de ser causal de rechazo de la respectiva oferta.

En los **pliegos tipo**, que fueron establecidos por Colombia Compra Eficiente, de acuerdo a las facultades que le otorgó de manera inicial el artículo 4° de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1° de la Ley 2022 de 2020, ha establecido, dentro de los diversos pliegos tipo de condiciones, el rechazo de ofertas relacionadas con el AIU, cuando no se discrimina el mismo en la oferta respectiva, pues se debe precisar el

¹⁴ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-030 de 2011.

porcentaje de cada elemento del AIU, sin sobrepasar en ningún momento el porcentaje establecido por la entidad contratante en el respectivo formulario.

En este sentido se ha pronunciado Colombia Compra Eficiente, al indicar¹⁵: “(...) *esta Agencia haciendo uso de la facultad de emitir documentos tipo (...) ha incluido dentro de diversos pliegos de condiciones tipo, causales para el rechazo de ofertas relacionadas con el tratamiento del AIU en la forma como lo establece el mismo pliego de condiciones y el “formulario 1”. En el mismo sentido, la propuesta será rechazada cuando se ofrezca como AIU un porcentaje cuya sumatoria sea superior al establecido por la entidad en el formulario 1-presupuesto oficial de la oferta*”- Criterio anterior que se ha sostenido por Colombia Compra Eficiente, en conceptos posteriores, esto es, en los Conceptos 030 de 2021 y C-298 de 2022.

- (iii) **Indicar de los diferentes tipos de forma de pago de la Administración (A), cuáles son sujetos de verificación detallada de sus evidencias para ser cruzadas con las pactadas por parte de los equipos auditores para, si es del caso, determinar si se está frente a un posible hallazgo con cualquier incidencia, especialmente, si puede establecerse un posible detrimento patrimonial.**

No existe de manera taxativa, una forma de establecer el pago para el caso de consulta, del componente de Administración (A) pues existe **en principio**, la libertad de su configuración en una relación contractual de como estipularlo. Obviamente, en un proceso auditor, considera esta dependencia que **se debe revisar todas las evidencias o soportes de pago**, que se generen en la prosecución de un objeto contractual determinado, pues es nuestro deber constitucional y legal ejercerlo.

El Decreto Legislativo 403 de 2020 “*Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del acto legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*”.

Define, en su artículo 2° no sólo el concepto de vigilancia fiscal, sino también qué es la vigilancia fiscal, el control fiscal, el objeto de vigilancia y control y los órganos que lo ejercen.

El precepto legal citado prescribe:

“Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

¹⁵ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-488 de 2021.

Control fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley.

Objeto de vigilancia y control: Se entiende por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas **y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.**

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia” (Lo resaltado es nuestro).

Por tanto, se debe revisar en un proceso contractual determinado y que de acuerdo al criterio de selectividad sea objeto de auditoría, los estudios previos, estudios del sector, pliegos de condiciones o sus equivalentes, y el respectivo contrato. Lo anterior, en virtud a que los costos indirectos de un contrato estatal, deben estar precedidos de: “(...) la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de limitación de sus variables –ítem 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”¹⁶.

¹⁶ Colombia Compra Eficiente Concepto C-605 de 2020

Lo anterior en aras de verificar, que el costo indirecto de la Administración (A) no es el resultado del capricho o parecer de la respectiva entidad estatal y de contera del contratista, sino de un análisis por parte del respectivo sujeto de control, desde la etapa de planeación, que consulte las características o particulares del contrato y del proceso de selección llevado a cabo.

Ahora bien, una vez cotejado lo anterior, se deberá verificar, la forma como se haya pactado, la correspondiente Administración (A), pues en algunas entidades como es el caso del municipio de Medellín, por disposición interna de ese sujeto de control, se tiene regulado la forma como se paga el componente de Administración (A).

En efecto, mediante Resolución N° SSS 201950098185 del 15 de octubre de 2019 “Por medio de la cual se adopta la guía metodológica para el cálculo de la Administración, Imprevistos y Utilidad de obra pública y se deroga la Resolución N° SSS 201950048157 de 2019”, se estableció en su artículo sexto (6°):

“El componente de gastos de Administración(A) así como imprevistos (I) serán aquellos que se encuentran detallados desde el presupuesto estructurado por el municipio de Medellín y la propuesta presentada por el contratista. El reconocimiento de dichos conceptos se hará únicamente respecto de los valores demostrados o comprobados, según sea el caso, durante la ejecución del contrato, previa verificación y aprobación por parte del supervisor y/o interventor. Para cada acta de pago se deberá calcular el porcentaje de AIU según las actividades efectivamente demostradas y soportadas técnica y fácticamente por parte del contratista y aprobados por el supervisor y/o interventor. Una vez definido dicho porcentaje, se deberá afectar el valor del APU de cada ítem que hace parte del acta de pago”.

De lo anterior se infiere de este sujeto de control, que el componente de la Administración (A) para su pago, debe ser demostrada o comprobada por el contratista y avalada por la persona que haga las veces de supervisor y/o interventor del contrato, condición que además se deberá reflejar en los pliegos de condiciones o contrato respectivo, que al efecto se confeccione, pues existe disposición interna que así lo establece, y que además como acto administrativo goza de presunción de legalidad, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

La Administración (A) como componente del costo indirecto, está comprendido por el valor de los arrendamientos, nóminas, pólizas, vigilancia y seguridad social, pago de servicios públicos, entre otros, en los que suele incurrir un contratista en la operación de un determinado contrato.

Ahora bien, se considera que, afincado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que obviamente no es absoluto, debe existir una adecuada planeación del respectivo proceso de selección, que comprenda estudios previos y del sector, que las entidades estatales que no tengan una disposición interna que consagre como se efectúa el pago de la Administración, podrán establecer en sus **respectivos contratos o pliegos**

de condiciones, la obligación o no de justificar o soportar los mismos para su correspondiente pago.

Aseveración nuestra que se soporta en lo que en tal aspecto ha indicado Colombia Compra Eficiente¹⁷, al resolver una consulta, en el sentido de si era necesario, que para el pago de la Administración, se debía soportar previamente por el contratista:

“[...] La posibilidad de exigir una obligación como la señalada en la pregunta depende de la forma como se celebre el contrato y de las obligaciones pactadas a cargo del contratista, pues en el contrato se podría incluir tal obligación. No obstante, teniendo en cuenta la forma como suelen pactarse los contratos estructurados con 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”.

Posición doctrinal anterior que se mantiene incólume por parte de esa entidad que funge como orientadora en materia contractual de las entidades estatales al reiterar al respecto¹⁸: “(...) Ahora bien, nada impide que las partes le dieran otros efectos particulares a la forma en que pagan el precio estructurado con AIU. Por ejemplo, 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. Así las cosas, las partes asumen los riesgos inherentes a esta forma de pactar el precio, entendiendo aceptados los aleas 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, 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”.

Criterio anterior, que comparte de manera adicional la Auditoría General de la República, cuando levantó unos hallazgos que en informe preliminar e informe definitivo se le habían enrostrados a este Organismo de Control Fiscal, en la Auditoría Regular con vigencia

¹⁷ Colombia Compra Eficiente C 211 de 2020

¹⁸ Colombia Compra Eficiente C-030 de 2021.

2020, al señalar¹⁹: “(...) Frente al caso materia de análisis, tal como se indicó anteriormente, en los estudios previos si se tenía estipulado por parte de la contraloría-entidad contratante- un porcentaje del 6.5% por concepto de administración, el cual, según concepto emitido por Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente-, resulta aplicable para el contrato de prestación de servicios, cuando en ellos se haya pactado dicho componente.

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 (se hace alusión al concepto C-211 de 2020), explica que no se encuentran razones para solicitar los mismos, ya que, al momento de presentar la propuesta, se estableció de forma precisa cual será el porcentaje de administración a pagar por la ejecución del contrato, razón por la que no resulta relevante la solicitud de los soportes que acreditan los pagos efectuados por dicho concepto”.

En concepto reciente de unificación expedido por la Contraloría General de la República²⁰, y que ya se reseñó, con respecto a la justificación del AIU:

“(...) cuando las entidades públicas deciden incluir en el valor de los contratos los costos de administración, imprevistos y utilidad, **tienen autonomía para pactar las condiciones para su reconocimiento y pago.**

(...)

CONCLUSIONES:

6.1 Existe relativa autonomía para pactar y pagar el AIU, sin embargo, el ejercicio de dicha autonomía está limitado para 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 indirectos o integrarlo en el precio unitario de cada 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 cuenta respecto de la ejecución de las partidas que integran el AIU, 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 del AIU, 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”.

Por ello, es dable afirmar que no se trata simplemente de establecer en los pliegos de condiciones o en el contrato respectivo por parte de los diferentes sujetos de control que, durante la ejecución del contrato, el contratista no debe soportar la causación del componente de Administración (A), (lo cual es viable que se establezca), empero, en ningún

¹⁹ Auditoría General de la República, del 11 de junio de 2021, Radicado 20212100018701

²⁰ Contraloría General de la República CGR -0J- PI 083 de 2022.

caso, esta Agencia Fiscal **puede omitir su revisión** en los diferentes procesos auditores, pues deberá comprobarse si efectivamente, el precio pactado de los diferentes componentes del AIU, **son el reflejo de los precios del mercado y estudios del sector, y de la comprobación que el sujeto de control estructuró y justificó el precio del contrato**, en los términos establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, para que se pueda sostener que no existió detrimento patrimonial en un caso en particular. Es decir, que si estableció que no era necesario su justificación o soporte y que además, se pudo verificar por el equipo auditor que en la estructuración del precio (*costos directos más indirectos*), se ajustó al marco normativo antes expuesto, de manera obvia se deberá colegir, que no existe ningún hallazgo con connotación, fiscal, disciplinaria o penal.

Ahora bien, si se detecta en un proceso auditor que existe divergencias en el componente de Administración (A) entre lo establecido en los pliegos y el contrato, deberá prevalecer lo establecido en los pliegos, pues éste, prevalece sobre el contrato en aquellos casos de divergencia o dudas sobre el porcentaje real que debió tener el costo indirecto de la Administración (A).

Así lo ha indicado la justicia contenciosa administrativa al señalar²¹:“(…) Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. **En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último**” (Lo resaltado es del texto de la sentencia).

- (iv) **Si es viable verificar los gastos (pagos) en razón de la Administración (A) sean susceptibles de certificación por parte del representante legal o revisor fiscal, según el caso.**

Ya se precisó, que los diferentes sujetos de control, previa planeación del respectivo proceso de selección que debe estar soportado en los estudios previos, estudios del sector y justificación del precio y cálculo del mismo de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, pueden en los pliegos de condiciones o en el contrato respectivo, establecerse que no es necesario justificar o soportar el pago de la correspondiente Administración (A). Sin embargo, solo se puede verificar tales circunstancias y el cumplimiento de las mismas, en el respectivo proceso auditor, ya que el solo hecho de estipular que no son necesario soportarlos, en los pliegos de condiciones o en el contrato estatal, implicaría una total libertad y disposición de los recursos públicos que podrían conculcar el patrimonio público, es decir, esta circunstancia no releva a este de control fiscal de la posibilidad de revisar si el mismo se ajusta a los precios del mercado.

²¹ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de septiembre de 2017, Radicado 5000232600020010214401(37478).

Ahora, en cuanto a las certificaciones de los contadores públicos éstas gozan de presunción de veracidad como fue consagrada en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990:

<<Artículo 10. De la fe pública. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.

*PARÁGRAFO. Los Contadores Públicos, cuando otorguen **fe pública** en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que hubiere lugar conforme a las leyes.²²>>*

Considera esta Oficina Asesora de Jurídica que esta presunción de veracidad admite prueba en contrario y precisamente la prueba con la que se puede enervar la certificación del revisor fiscal serían los hallazgos de auditoría debidamente soportados. Ello por cuanto considerar que la certificación del contador público es plena prueba del reconocimiento y pago de los rubros que integran la administración (A) o de su adecuada estimación en el contrato, es renunciar a la competencia Constitucional y legal asignada a este Organismo de Control Fiscal de vigilar y controlar cualquier objeto de control, y específicamente el componente de la Administración (A) en los contratos pactados bajo esta modalidad.

Así las cosas, se concluye que no es viable en el proceso auditor, tener por verificados gastos (pagos) en razón de la Administración (A) con la sola certificación expedida por revisor fiscal del sujeto de control.

De igual manera, tampoco consideramos factible que la certificación del representante legal exima al Ente de Control de su obligación de vigilar y controlar los pagos realizados por el ítem Administración (A), en los contratos así acordados, durante un proceso auditor ni que la misma tenga la calidad de plena prueba de su causación.

²² El párrafo fue declarado exequible <<porque al someter la ley a los contadores públicos al mismo nivel de responsabilidad penal que se demanda de los funcionarios públicos, tiene en cuenta que estos profesionales ejercen materialmente una actividad, asimilable a una función pública, como es la de otorgar fe pública sobre los actos propios de su profesión, ejercicio que apareja, por lo mismo, una responsabilidad especial en términos similares a la que se deduce contra los funcionarios del Estado, quienes, como es obvio, ejercen funciones públicas.>> (Corte Constitucional, C-530 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Lo afirmado en precedencia, no es óbice para que dentro del trámite del proceso de responsabilidad fiscal el Operador Fiscal, según su competencia y de conforme a la libertad probatoria²³ que rige la práctica de pruebas del proceso, teniendo en cuenta la apreciación integral de las mismas – de acuerdo a su concordancia, convergencia y grado de persuasión –, y con aplicación de las reglas de sana crítica²⁴ le asigne el valor probatorio que legalmente corresponda a la certificación expedida por el contador público y a lo que manifieste el representante legal de la entidad.

- (i) **Aclarar específicamente, en que casos no es posible siquiera, revisar por parte de la Contraloría General de Medellín, en su proceso auditor, los pagos por concepto de administración (A).**

Esta dependencia, considera respetuosamente que no es necesario elucidar el presente tópico objeto de consulta, toda vez, que en el presente concepto jurídico se plasmaron de manera suficiente los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios establecidos por la jurisprudencia, Colombia Compra Eficiente, la Auditoría General de la República y la Contraloría General de la República, en el reciente concepto de unificación sobre la justificación de los del AIU, y que abarca sin discusión alguna la presente inquietud de la dependencia consultante.

- (ii) **Es posible variar los costos de administración (A) o la discriminación en la ejecución de los contratos sin superar el porcentaje de administración.**

Colombia Compra Eficiente²⁵ ha señalado que partiendo de la forma usual como se estructuran los contratos estatales, bajo la metodología del AIU, la doctrina ha expresado que este porcentaje se mantiene invariable, pese a los costos reales en que se incurra en la ejecución, pues las partes previamente acuerdan la forma de pago del precio del contrato, que se realiza con base en los costos directos del contrato, sumados con el porcentaje del AIU aplicados a aquellos costos. Sin embargo, en el mismo concepto advierte, que sin perjuicio de las fórmulas de reajuste que se estipulen en el contrato y de 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 el alea normal, es decir, le causan una afectación grave de su economía, pudiendo exigirle a la entidad que le pague de más de lo que se estipuló en la Administración (A) o en el imprevisto (I) siendo esto una situación extraordinaria.

²³ “Artículo 25. Libertad de pruebas. El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.” Ley 610 de 2000.

²⁴ “Artículo 26. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.”

²⁵ Concepto c-211 de 2020.

Por tanto, considera esta dependencia, que en principio no se podría variar los costos de administración pactados. Sin embargo, tal porcentaje no es absoluto y dependerá en cada caso en particular.

El componente de Administración (A) como se acotó en el presente concepto puede comprender entre otros, los conceptos de arrendamiento, pagos de servicios públicos, pólizas, nómina, o servicios de vigilancia que se necesite en una obra determinada, la ocurrencia de una causa que ocasione un mayor valor de lo pactado por Administración (A), dependerá de lo que efectivamente se logre **probar en una determinada relación contractual**, obedeciendo muchas veces, de la conducta desplegada, tanto por la entidad contratante como por el contratista.

La Ley 80 de 1993, consagra unos deberes con relación a las entidades estatales, pues deben adoptar las medidas necesarias para mantener durante la ejecución del contrato, las condiciones pactadas.

En efecto, el artículo cuarto (4º) dispuso:

“De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. (La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)

Por su parte, en el artículo 27 ibídem, prescribió:

“- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar (...) (Lo resaltado es nuestro).

Así entonces, con soporte en las anteriores preceptivas, es posible que una relación contractual determinada, las partes acuerden formas de pago de **gastos adicionales**, que pueden ser superior a lo establecido para el componente de la Administración (A) lo cual dependerá de lo que efectivamente se **logre probar y de la actitud contractual desplegada por las partes**.

El reconocimiento de un mayor valor de la Administración (A), **en esencia** se puede presentar por una mayor permanencia de obra o por otras causas, como un mayor pago de una póliza, una modificación contractual, adición, prórroga o suspensión de un contrato estatal entre otras.

Aseveración nuestra, que se soporta en lo acotado por la jurisprudencia, cuando entre otras, ha enseñado²⁶:

“Mayor costo de administración.

El actor reclamó el reconocimiento de la suma correspondiente a \$ 12, .804.828, 95 por sobre costos de administración. El contratista señaló que con ocasión al contrato adicional suscrito con la entidad tuvo que ejecutar en 20 días, una obra que ameritaba 87 días de plazo adicional (...) al respecto, la sección Tercera de esta Corporación ha considerado que en las reclamaciones objeto de la demanda, resultan prósperas cuando previamente el contratista demandante las incluye en los actos bilaterales de modificación adición, prórroga y suspensión. En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato”. (Lo resaltado es nuestro)

Con relación al pago de una mayor póliza (que hace parte del componente de la Administración (A)) la jurisprudencia contenciosa accedió a dicha pretensión argumentando que:

“Como se observa, si bien la cláusula estableció que el contratista debía pagar las respectivas pólizas y mantener las garantías, la segunda parte de la cláusula deja claro que este pacto tenía como objeto su pago oportuno, a falta del cual, la entidad podía efectuarlo y realizar el respectivo descuento. Nada se dijo sobre la parte que debía asumir el mayor valor cuando a esta le resultara imputable la razón de la ampliación de las respectivas garantías exigidas.

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2018, Radicado 05001233100020003535-01(37281).

Esta Sala, una vez acreditada que la mayor permanencia en obra resultaba atribuible a la entidad, y ante la falta de determinación contractual de la parte que debía asumir el mayor valor de las pólizas, confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Atlántico, pues el contratista no tendría que soportar los pagos que se ocasionaron por la conducta omisiva de Corelca”.

En otras ocasiones, cuando no se ha realizado la ejecución integral del objeto contractual, no ha sido reconocido el componente de Administración (A), por la jurisprudencia, cuando se ha indicado²⁷

*“44.2.2- Por otra parte, la Sala se abstendrá de reconocer los perjuicios asociados con aquella parte de los conceptos de administración e imprevistos que la demandante dejó de percibir por cuenta de la ejecución parcial del contrato. Al respecto debe advertir la Sala que dichos conceptos no hacen parte de la **ganancia o remuneración que perciba el contratista como contraprestación por la ejecución del objeto del contractual**.*

Su inclusión en el contrato está dada con la finalidad de cubrir (i) los costos indirectos para la operación del contrato (administración) y (ii) los gastos no previstos que se presenten durante la ejecución del contrato-imprevistos-, de manera que se trata de conceptos que no pueden ser reconocidos como perjuicios cuando no se ha llevado a cabo la ejecución integral del contrato”.

Así las cosas, en el tópico de consulta, depende de disímiles situaciones que se puedan presentar con el componente de Administración (A), en la ejecución de un contrato estatal y, por tanto, una variación en el porcentaje del mismo, debe estar debidamente **probado y además se deberá revisar las circunstancias contractuales asumidas por las partes contratantes.**

En este orden de ideas y con relación a su importante inquietud, esta dependencia emite las siguientes,

CONCLUSIONES:

1. La Administración (A) como componente del AIU, hace parte de los costos indirectos del contrato y por ende, con los costos directos, hacen parte integral del valor del respectivo contrato.
2. No existe una forma única de establecer la forma de pago del componente de la Administración (A), pues en este sentido, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad, se tiene la libertad para establecer la forma de pactarlo.
3. Todas, las formas de pago de la Administración (A), deben ser verificadas por los equipos auditores independiente de que se establezca en los pliegos de condiciones o en el contrato respectivo, que no es necesario el soporte de la misma, pues se

²⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de abril de 2020; Radicado 41000233100019970980301(47678)

debe comprobar si el precio real del contrato, incluyendo el AIU obedece a una adecuada planeación del mismo y se ajusta a los principios de la gestión fiscal.

4. Es posible en un contrato determinado que el revisor fiscal certifique unos pagos con respecto al componente de Administración (A) o que lo propio haga el representante legal del sujeto de control, pero esta circunstancia no exime al Organismo de Control de ejercer su labor controladora, para verificar si el precio del contrato y específicamente el ítem de la Administración (A) es el reflejo de una debida planeación contractual y por lo tanto si corresponde a los precios del mercado.
5. Se debe revisar todos los pagos realizados, independiente de que se pacte que no es necesario su soporte, pues tal deber es consustancial a nuestra labor constitucional y legal del ejercicio del control fiscal.
6. Es posible variar el porcentaje del componente de Administración (A), en aras de lo establecido en los artículos 4° y 27 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, su variación dependerá de la casuística contractual y de su efectiva demostración y circunstancias contractuales desplegadas por las partes de la relación contractual respectiva. Lo anterior en virtud a que en el desarrollo de un objeto contractual, es posible que se presente mayor permanencia de obra, una obra adicional o extra, suspensión del contrato, o en fin, circunstancias que se pueden presentar pero que deben ser debidamente analizadas por el equipo auditor.

Atentamente,



MARTÍN ALONSO GARCÍA AGUDELO
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Copia: Juan Eduardo Cuadros, C.A. Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

Proyectó: Elkin M.