

## CIRCULAR No.01

1000 - 201900001283

Medellín, 18 de febrero de 2019

PARA: Todos los directivos de la Contraloría General de Medellín

DE: Despacho de la Contralora

ASUNTO: Orientación de carácter general sobre el reconocimiento del A.I.U, en la contratación estatal. Pago del Imprevisto.

Las siguientes recomendaciones sobre reconocimiento del A.I.U., y específicamente el pago del Imprevisto en la actividad contractual, deben ser tenidas en cuenta por los funcionarios adscritos a las Contralorías Auxiliares de Auditoría Fiscal, en las diferentes auditorías que realicen al Municipio de Medellín y las entidades descentralizadas del orden municipal, con el propósito de unificar criterios sobre la materia, conforme a pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado y el concepto emitido por la Contraloría General de la República, con radicado CGR-OJ-153-2018, Entidad esta que, a través de su Oficina Jurídica y acorde con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, tiene la función de *“Asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”*.

**CONSIDERACIONES GENERALES:**

La contratación estatal en Colombia, de acuerdo con el Estatuto de la Contratación Pública, se rige por el principio de la **“Autonomía de la Voluntad”**, el cual está orientado a satisfacer los intereses propios del Estado, permite a las entidades estatales, celebrar todo tipo de contratos, incluso aquellos no regulados por la legislación vigente, y acordar todo tipo de cláusulas o estipulaciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.

En tal sentido, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estipula: “*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...*” (Subrayas fuera del texto).

A su vez el artículo 40 de la citada Ley, dispone: “*Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*”

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”* (Subrayas fuera del texto).

En virtud del principio de la Autonomía de la voluntad, las entidades estatales y sus contratistas, comúnmente han incluido dentro de la estructuración del presupuesto oficial y de la propuesta económica, un porcentaje destinado a cubrir los costos indirectos, denominado A.I.U, el cual no encuentra regulación normativa específica, y ha sido generalmente empleado en contratos de obra pública, sin que esto impida que se emplee en otra tipología de contratos, que por sus características comporten costos indirectos, como es el caso de los contratos de prestación de servicios de aseo y cafetería, servicios de trabajo temporal, de vigilancia, supervisión, respecto de los cuales la normatividad ha contemplado el A.I.U, pero para efectos tributarios.<sup>1</sup>

De acuerdo con lo expuesto, son las condiciones de cada contrato y la conveniencia para las partes, las que determinan la viabilidad de pactar la figura del A.I.U, sin que ello se torne ilegal, por lo que la procedencia de esta figura depende de la complejidad del negocio y de las obligaciones que se deriven del contrato mismo. El A.I.U., ha sido desarrollado por la doctrina<sup>2</sup>, especialmente la ingenieril, que ha definido cada uno de sus componentes: **Administración**, **Imprevistos** y **Utilidades**; señalando que constituyen cada uno de ellos una parte específica de los costos indirectos en la ejecución del contrato; que hacen parte del valor total del bien o servicio contratado. La Administración representa los costos indirectos indispensables para la correcta ejecución del proyecto, y que se necesitan de manera permanente en el desarrollo del mismo; tal es el caso de los honorarios, los impuestos, los arrendamientos, los costos de personal, servicio de mensajería, secretaría, entre otros; los imprevistos dependen de la naturaleza de cada contrato

<sup>1</sup> Artículos 462-1, 468-3, Estatuto Tributario.

<sup>2</sup> ROJAS LÓPEZ, David & Bohórquez Patiño, Natalia. (2010). Aproximación metodológica para el cálculo del AIU. Dyna. 162. Pp. 293 – 302. Medellín.

y constituyen el aleas del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista, razón por la cual el “I”, cubre situaciones de normal ocurrencia como: inconvenientes derivados de la planeación, atrasos por efectos del clima, accidentes de trabajadores, entre otros, y la utilidad representa la ganancia que espera obtener el contratista por el cumplimiento de sus obligaciones en la ejecución del proyecto.

Concretamente en materia de imprevistos, la doctrina ha señalado, que deben incorporarse dentro de la estructuración del valor del contrato, con el fin de cubrir aquellas fallas técnicas o humanas, que normalmente se presentan en un proceso constructivo, y no pueden cargarse a otros conceptos o reclamarse o abonarse como indemnizaciones, los cuales aunque es imposible predecirlos con exactitud, en tanto inciertos pero altamente probables, se pueden valorar ante la certeza de que su ocurrencia ocasionará sobrecostos, por lo que será el criterio del constructor, el que determine que tan alto es su grado de incertidumbre o que grado de fiabilidad tienen los planos y especificaciones que recibió del contratante, o insegura su técnica presupuesta<sup>3</sup>.

Hace énfasis la doctrina<sup>4</sup> en que los imprevistos no pueden confundirse con hechos catalogados como imprevisibles, extraordinarios, de fuerza mayor o propios de las potestades de la entidad como contratante o como Estado (Teoría de la imprevisión, potestad de variación y hecho del príncipe), todas figuras que hacen referencia al equilibrio económico del contrato, y que tampoco deben confundirse con los Desperdicios (mayor consumo de materiales que se incorpora a cada análisis unitario), ni con los aumentos de costos de materiales y mano de obra, imputables a la inflación, en tanto éstos últimos elementos tienen sus propios criterios de cálculo y su propia influencia en el presupuesto.

Como se mencionó si bien el concepto de A.I.U., no cuenta con regulación normativa específica, determinadas disposiciones legales si lo han mencionado de manera indirecta, como es el caso del Decreto 2090 de 1989 *"Por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura"*, que haciendo referencia a las modalidades de contratación de obras, en los artículos 7.1.2 y 7.1.3, señala que para la elaboración del precio de las obras, el contratista deberá incluir en la construcción a precio global o alzado, el valor de sus honorarios, de las pólizas de seguros, garantías, imprevistos y demás requisitos que la entidad contratante exija, además de todos los gastos indirectos que sean necesarios considerar en cada obra, y en la construcción por precios unitarios además de los costos correspondientes a los de materiales, mano de obra, transportes, equipo y herramientas, dentro de los precios unitarios estipulados en el contrato, deberán incluirse los honorarios del arquitecto y demás incidencias en el costo

<sup>3</sup> ARBOLEDA LÓPEZ, Sergio Andrés. Presupuesto y programación de obras civiles. ITM. Medellín, 2007. Pp.

<sup>4</sup> PATIÑO ORTIZ, Gonzalo. PLANTEAMIENTO DE UN PRESUPUESTO DE CONSTRUCCIÓN. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. 2007.

de la obra en forma de porcentaje sobre cada precio unitario o con su valor específico, tales como gastos indirectos, pólizas de garantías, e imprevistos.

En cuanto a los contratos de obra pública a precio global o alzado el Consejo de Estado, también se ha pronunciado en el mismo sentido del Decreto, al señalar en fallo del 31 de agosto de 2011<sup>5</sup>: *“...como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra”*.

Se evidencia como el Decreto 2090 de 1989, es concordante con lo definido por la doctrina ingenieril, en el entendido de que el A.I.U., hace parte de la estructura de costos del contrato y por tanto del valor total del mismo. En este sentido emitió concepto la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, determinando: *“Es claro que el A.I.U., hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe “una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida”*.

Adicionalmente es claro como para los doctrinantes el porcentaje de imprevistos del A.I.U., se incluye en los presupuestos para atender riesgos de naturaleza previsible, normal y ordinaria.

Al analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, se encuentra, que ha compartido las anteriores posiciones, en tanto coincide en que el A.I.U., hace parte de la estructuración del valor del contrato y el concepto de imprevistos en el contenido hace referencia a riesgos ordinarios de cada contrato, es así como la en Fallo No. 20459 del 18 de enero de 2012:<sup>6</sup>

*“Así también vale la pena señalar, que en los contratos de obra dentro del precio pactado se suele incluir un porcentaje a costos indirectos bajo el nombre de imprevistos, pero ello es solo para los eventos en que se concretan aleas normales u ordinarias que afectan la ejecución de los contratos y que son tasados en un valor determinado pero que no se cobijan allí los que tienen el carácter de extraordinarios o anormales, que de alguna manera desbordan lo calculado por este concepto y de contera impactan el equilibrio económico del contrato y por tanto deben ser reconocidos por la entidad”*.

A su vez, en sentencia del 29 de mayo de 2003, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, señaló:

*“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*

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Expediente 18080/11. (Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio; 31 de Agosto de 2011).

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 20459/12. (Consejera Ponente Olga Mélida Valle de La Hoz; 18 de enero de 2012) .

*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. 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 de 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”.*

*“En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U.-administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella”. (Subrayas fuera de texto original)*

De la jurisprudencia del Consejo de Estado se extrae un elemento adicional y es que los imprevistos al constituir el aleas normal del negocio, son del resorte del contratista, quien deberá asumírselos, y por tanto estimarlos en la estructuración del valor a ofertar por los bienes o servicios, razón por lo que es posible que en algunos casos el valor estimado cubra más o menos, sin embargo no es posible que el contratista realice reclamación alguna a la administración contratante por este concepto.

De lo anterior se puede concluir que todos los dineros recibidos por el contratista a título del pago de precio, que como se mencionó incluyen imprevistos, le pertenecen a este, quien en atención a los atributos de la propiedad previstos en la legislación civil, tiene plena disposición de los mismos y no tiene que rendir cuentas sobre los mismos.

#### **POSICIÓN DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA:**

La Contraloría General de la República, emitió pronunciamiento, respecto al porcentaje de imprevistos establecido en el A.I.U., contenido en el concepto emitido por Oficina Jurídica la Contraloría General de la República, con radicado CGR-OJ-153-2018, en el cual tiene una posición concordante con las antes expuestas, expresando:

(...)

*“... es procedente y común que en los contratos de obra se pacte el pago de imprevistos, cuyo valor se tasa, según su experiencia, de forma anticipada por el contratista y que durante la ejecución del contrato se pague al contratista las sumas*

*acordadas por dicho concepto, sin que se requiera para el efecto que el contratista rinda cuenta de la ocurrencia de imprevistos y de su valor.*

*Ahora bien, si el contratista alega la ocurrencia de imprevistos superiores a los pactados que afectan el equilibrio económico del contrato, a él le corresponde probar la ocurrencia y cuantía de estos últimos imprevistos, para justificar eventuales modificaciones del contrato, siempre que, de acuerdo con la modalidad de pago que se haya pactado, éstas resulten procedentes.*

*En ese orden de ideas, el pacto de un porcentaje del valor destinado a la asunción de un riesgo normal dentro de la ejecución de un contrato denominado como imprevisto, constituye o hace parte del valor del contrato y está inmerso dentro de los costos indirectos de este y, por tratarse este reconocimiento de un retribución o contraprestación de un riesgo normal su pago no altera en lo absoluto el equilibrio contractual, y cuenta con el sustento legal suficiente.*

*(...)"*

#### **Concluye:**

**“5.1** El AIU corresponde al valor de gastos indirectos que la Entidad estatal reconoce a un contratista, de acuerdo con la naturaleza del contrato y su objeto contractual, el cual debe estar previamente tasado por parte del contratista de acuerdo a su experticia y por lo tanto incluido dentro de su oferta.

**5.2** El porcentaje destinado dentro de la oferta a título de imprevisto, se refiere a la partida destinada, dentro del valor total del contrato, a la asunción de riesgos normales que puedan ocurrirse dentro de la ejecución contractual, diferentes a los que se tipifica dentro de los pliegos de condiciones y son objeto de audiencia de la que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

**5.3** El pago del porcentaje a título de imprevisto no pone en riesgo el equilibrio económico de la relación contractual.

**5.4** Como quiera que el porcentaje de imprevistos corresponde a una tasación anticipada de los costos adicionales asociados a hechos imprevistos que la entidad traslada al contratista, según su oferta, no puede considerarse que existe detrimento al patrimonio público si se estipula este reconocimiento, como tampoco si se paga conforme a los valores previstos para el efecto, en la oferta seleccionada por la Entidad”.

### CONCLUSIÓN:

Si al estructurarse la relación negocial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos en que incurrirá en la ejecución del objeto contractual y por tanto, plantea una partida de AIU insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumirlos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación, pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso, ni podrá exigir al contratista justificaciones o soportes de la inversión realizada en este concepto.

Siendo así, es claro que el AIU, hace parte de la **estructura de costos del respectivo contrato** y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida.

El concepto de A.I.U., corresponde al valor de los costos indirectos de un determinado negocio jurídico, los cuales hacen parte de la estructuración del precio total del mismo, en el que el componente de imprevistos está destinado a cubrir todas aquellas circunstancias ordinarias y de probable ocurrencia en el contrato, las que constituyen su aleas normal y que son trasladadas por la administración al contratista, razón por la que en virtud de la equivalencia de prestaciones predicada de los contratos conmutativos, se le debe reconocer el valor estimado en este concepto, *independientemente de que se presenten o no hechos inciertos ordinarios*.

Por último, no puede considerarse que existe detrimento al patrimonio público si se estipula el reconocimiento de imprevistos, como tampoco si se paga conforme a los valores pactados contractualmente.

### SOCIALIZACIÓN:

La presente directriz debe ser socializada con los funcionarios en Grupo Primario, por cada uno de los Contralores Auxiliares de Auditoría Fiscal, en reunión que para el efecto, se debe programar en el transcurso del mes de febrero de 2019 y enviar copia del acta respectiva a la SUBCONTRALORÍA.

Atentamente,



PATRICIA BONILLA SANDOVAL

Proyectó: Luis Felipe Zuluaga Villegas y Paula Andrea Ortega Escobar  
Revisó: Dario Alberto Bonilla Giraldo.