

CIRCULAR No.02

1000-004-01 201900005200

Medellín, 18 de junio de 2019

DESTINATARIOS: Todos los Directivos de la CGM

DE: Despacho de la Contralora

ASUNTO: Concepto Jurídico

LÍNEA JURÍDICA N° UNO (1) DE 2019

1. MEDIANTE LA CUAL SE REITERA LA POSICIÓN VIGENTE DESDE EL AÑO 2009 INCLUSIVE, DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN, RESPECTO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS RECURSOS ESTABLECIDOS COMO IMPREVISTOS (I) DENTRO DEL CAPÍTULO DE COSTOS INDIRECTOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA BAJO LA MODALIDAD DE PRECIOS UNITARIOS, Y AQUELLOS OTROS CONTRATOS O CONVENIOS DE LAS QUE SEAN PARTE ENTIDADES ESTATALES QUE ESTABLEZCAN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CONCEPTOS POR IMPREVISTOS (I).
2. MEDIANTE LA CUAL SE FIJA LA POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN RESPECTO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS RECURSOS ESTABLECIDOS COMO ADMINISTRACIÓN (A) DENTRO DEL CAPÍTULO DE COSTOS INDIRECTOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA BAJO LA MODALIDAD DE PRECIOS UNITARIOS, Y AQUELLOS OTROS CONTRATOS O CONVENIOS DE LAS QUE SEAN PARTE ENTIDADES ESTATALES QUE ESTABLEZCAN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CONCEPTOS POR ADMINISTRACIÓN (A).
3. Y MEDIANTE LA CUAL SE FIJA POSICIÓN RESPECTO AL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LOS CONCEPTOS EMANADOS DE LA OFICINA JURÍDICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La **CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN**, actuando en virtud de las constitucionales, legales y administrativas a ella conferidas, en especial las estipuladas en las **Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011, 1437 de 2011**, y los **Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018**; así como la **Resolución 129 de 2019 de la Contraloría General de Medellín**, coadyuvada en esta ocasión por el **JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA** de la Entidad, funcionario y dependencia que tienen dentro de sus deberes transversales a todas las dependencias de la entidad brindar los conceptos que aquellas soliciten, así como fijar en conjunto con el Despacho del Contralor las líneas o directrices jurídicas de carácter general aplicables en la misma; procede a impartir la siguiente **LÍNEA JURÍDICA**, previas las siguientes

CONSIDERACIONES GENERALES

Desde el año 2009 la Contraloría General de Medellín ha venido sosteniendo una línea jurídica unánime y congruente respecto al reconocimiento y pago del concepto o ítem imprevistos, que hace parte de los costos indirectos de los contratos estatales de obra pública celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, regla aplicable a cualquier otro contrato o convenio estatal que pacte este tipo de reconocimiento.

Aquella línea jurídica, pionera en materia de responsabilidad fiscal a nivel regional, reconoce como congruente a nuestro ordenamiento jurídico la tesis de **que el acápite de Imprevistos (I) no hace parte de la Utilidad (U) del contratista, que su naturaleza es el ser una partida económica reservada para el reconocimiento y pago total o parcial de la teoría de la imprevisión a favor del contratista, y por ende debería ser soportado y/o probado para su reconocimiento y pago la ocurrencia de los hechos imprevistos, la responsabilidad sobre los mismos no imputable al contratista y sus costos.**

La teoría expuesta era y es congruente con las posiciones del Consejo de Estado en el asunto analizado, y a la fecha han sido recogidas por la Contraloría General de la República que ha tenido a bien replantear nuevamente su posición al respecto en pronunciamiento del pasado veintisiete (27) de marzo de 2019.

El 18 de febrero de 2019, respondiendo a solicitud del Subcontralor de esta entidad, la suscrita Contralora General de Medellín, rubricó la CIRCULAR No. 01 de 2019 (proyectada por servidores de la Subcontraloría), al interior de la cual se estableció una **“Orientación general sobre el reconocimiento del AIU en contratación estatal. Pago del imprevisto.”** Entendida dicha posición como una serie de

recomendaciones a tener en cuenta por los servidores de la Subcontraloría, y las Contralorías Auxiliares adscritas a aquella dependencia.

En su corta vida jurídica, La CIRCULAR No. 01 de 2019, que nunca pretendió ser una **LÍNEA JURIDICA** o de comportamiento (de lo cual da cuenta la nula participación de los servidores de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad en su fundamentación y estructuración), o ser un acto administrativo de forzoso u obligatorio cumplimiento para los servidores públicos de la Contraloría General de Medellín, sino un reconocimiento a la posible incorporación de teorías ingenieriles al campo de la auditoría fiscal – siempre y cuando no conculcaran el ordenamiento jurídico-, ha despertado una serie de dudas en su fundamentación, interpretación y uso, que obligan a la entidad a revocarla, y plantear la presente **LÍNEA JURIDICA** a efectos de solventar las inquietudes elevadas en este corto lapso, y ratificar que la Contraloría General de Medellín no ha cambiado su posición histórica sobre la forma de reconocimiento y pago del ítem **Imprevistos (I)** de los costos indirectos en los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios.

Habida cuenta que se plantea una **LÍNEA JURIDICA** esta sí y contrario a la CIRCULAR No. 01 de 2019, vinculante a todos los servidores públicos de la entidad, se aclara que el contenido de la presente directriz debe ser socializado en los diferentes escenarios institucionales y **deberá ser considerada de obligatorio acatamiento** a (i) efectos de las labores o áreas administrativas propias de la entidad, así como de las (ii) labores o áreas inherentes al ejercicio de las labores misionales de auditoría fiscal; **y deberán ser tomadas como línea hermenéutica jurídica** (de estar presente en actos administrativos que resolvieron *litis* fiscales con anterioridad, habrán de tomarse además como precedente administrativo; de existir decisión dentro del mismo proceso se deberá decantar si se trata de una orden de obligatorio acatamiento impartidos por la segunda instancia o grado de consulta en su calidad de superior jerárquico y funcional) **a tener en cuenta dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, bajo los criterios de independencia propios a las diferentes instancias que ejecutan aquella función constitucional y legal, y que deberá ser armonizado en su aplicación a los preceptos amplios de Ley que rigen el Estado Social de Derecho y específicamente nuestro ordenamiento jurídico.**

La presente **LÍNEA JURIDICA** ratifica y aclara la posición histórica de este ente fiscal en lo relativo al reconocimiento y pago de los **Imprevistos (I)** establecidos en los costos indirectos de los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, u aquellos otros contratos estatales que contemplen este tipo de emolumento. **LÍNEA JURIDICA**, que sea dicho de paso, mal haríamos en mutar de forma arbitraria e infundada, habida cuenta de las posiciones reiteradas y congruentes del Consejo de Estado que la confirman (en calidad en nuestro concepto incluso de “*ratio decidendi*”), y del actual estado de la doctrina fiscal de la Contraloría

General de la República, que en reconocimiento a la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado ha decidido mutar su posición vigente desde el año 2012, y retomar aquella que ostento entre el año 2009 y parte del 2012.

Además y dada la necesidad de entrar a estudiar los conceptos que hacen parte del componente de costos indirectos en los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, se precisará el alcance de los componentes **Administración (A) y Utilidad (U)**, haciendo énfasis en las condiciones de reconocimiento y pago del primero de ellos, fijando una posición oficial de la entidad en dicho sentido, la cual no debe entenderse como génesis de obligaciones, derechos o análisis de conductas de gestores fiscales a partir de la fecha, sino como la concretación teórica de las decisiones que se han tomado por los equipos auditores, y dentro del escenario de los procesos de responsabilidad fiscal en los últimos lustros.

Por último y advertidas las dudas surgidas con ocasión a los criterios hermenéuticos errados esgrimidos en la Circular N° Uno (1) de 2019, se precisará por qué los conceptos emanados de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República no han sido, ni son vinculantes a las Contralorías Territoriales.

Así pues, antes de iniciar, se dejará sentado que dadas las múltiples dudas y confusiones que las presentes materias presentan para los legos en contratación estatal, y habida cuenta de que la actividad auditora se realiza por profesionales de disímiles materias u áreas que no son obligatoriamente vinculadas con el derecho, el presente documento sacrificará lo sucinto a efectos de ser vasto en argumentos y claridades para aquellos a quienes está destinado su conocimiento e implementación, asumiendo de forma proba el papel orientador y pedagógico propio de una **LÍNEA JURIDICA** institucional. Y ostentará dos cuerpos, el **primero** contentivo de toda la argumentación técnico jurídica inherente al estudio de los fenómenos bajo análisis (naturaleza del contrato estatal, clases de contratos de obra pública, Utilidad -U-, Imprevistos -I-, Administración -A-, carácter no vinculante de los conceptos y criterios de la Oficina Jurídica de la CGR), y el **segundo** donde se expondrá las conclusiones del primero y las directrices para los servidores públicos de la Contraloría General de Medellín.

Expuesto lo anterior, se procede a emanar la presente

LÍNEA JURIDICA INSTITUCIONAL

1. Del contrato estatal:

El artículo 1495 del Código Civil, define:

ARTICULO 1495. DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

El artículo 1498 del Código Civil, establece la naturaleza y diferencia entre contratos conmutativos y aleatorios:

ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio. (Negrita del Despacho)

La Ley 80 de 1993, establece que son contratos estatales:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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:...

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

CONTRATOS ESTATALES - Naturaleza jurídica

La Jurisprudencia de esta Corporación **ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.** (...) se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.¹ (Negrita del Despacho)

La naturaleza del contrato estatal está enmarcada por la identidad de los sujetos contractuales, y en la finalidad del mismo, al respecto señala la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 30. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Mauricio Fajardo Gomez. Fallo del 13 de febrero de 2013; proceso radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996).

entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.²

El contrato estatal, como gestión pública y/o fiscal es una de las herramientas o medios más importantes del Estado para la materialización de sus fines, y la efectiva prestación de los servicios a su cargo; se trata de un negocio jurídico bilateral de carácter sinalagmático y conmutativo; que ostenta dos finalidades disimiles en primer lugar la del Estado entendida como el efectivo, oportuno y probo desarrollo del interés general, y en segundo lugar la del contratista que espera un justo lucro por las labores por él acometidas³.

Al respecto consideramos oportuno traer a colación lo señalado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancourth, el 29 de agosto de 2012, que al respecto señaló:

“17. La causa del contrato del Estado, esto es el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. Como certeramente anota Cassagne en “[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (...) La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil (...)”

17.1 De modo que, la contratación estatal está poderosamente influida por el fin que ella involucra, esto es el interés público, el que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad.

² “El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”* (Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa)

³ “En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio”. Consejo de Estado, M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de octubre de 2013, proceso bajo radicado interno 24.697.

17.2 Ahora, los particulares contratistas concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un **derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.**

17.3 De ahí que, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. Por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor. De suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.” (Negrilla y subrayas del Despacho)

Como gestión pública la contratación estatal esta signada por los principios señalados en el artículo 209 de la Carta Política, y además en el caso de las entidades a quienes aplica el estatuto general de contratación por lo señalado en la Ley 80 de 1993, y demás normas afines, complementarias o concordantes.

“DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

De especial relevancia es denotar como la calidad de entidad estatal de uno o varios de los sujetos contractuales, así como la finalidad perseguida por el vínculo negocial, a saber el interés general, implican el deber de **modular** la aplicación de los principios que reglan las relaciones civiles o comerciales en general, para efectos de la ejecución de los contratos estatales, y el análisis y/o hermenéutica de los derechos, deberes y obligaciones de las partes contractuales.

Cuando el Estado hace las veces de entidad contratante y celebra contratos en procura de obtener o desarrollar objetivos inherentes al interés general o público, asume siempre una posición privilegiada de dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, labores para las cuales inaplica (modula) principios contractuales del derecho civil y comercial como los de igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades; verbo y gracia, las cláusulas que establecen prerrogativas a favor de la administración.

Es menester señalar que todos los contratos estatales sin excepción son de carácter conmutativo y sinalagmático, así lo ha reconocido la jurisprudencia contencioso administrativa, y está expresamente dispuesto, en la Ley 80 de 1993

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.” (Negritillas y subrayas del Despacho)

Sobre los conceptos de autonomía de la voluntad y la conmutatividad, y su interpretación y aplicación en materia de contratación estatal (diferente a la de la legislación civil y comercial), es oportuno traer a colación de forma literal las expresiones realizadas en pronunciamientos brindados por el Consejo de Estado al interior de los expediente 17663 (7 de febrero de 2011) y 20524 (14 de marzo de 2013), así:

“3.1. La conmutatividad del contrato estatal y principio de la autonomía de la voluntad.

En la teoría del negocio jurídico y, específicamente, en relación con los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica, siempre ha existido una tensión permanente en la aplicación del principio pacta sunt servanda(1) (C.C., arts. 1618 y 1624) y el postulado del rebus sic stantibus(2); el primero, clara expresión de un modelo liberal en el que las partes libremente se vinculan obligan a una serie de prestaciones que deben ser cumplidas en los precisos términos estipulados en la convención, mientras que el segundo, obedece a una visión social y, principalmente, solidaria del contrato, en donde la ejecución de las obligaciones atiende a las diversas circunstancias que pueden llegar a modificar las condiciones iniciales del acuerdo de voluntades.

En consecuencia, la tensión que se aprecia en el trasfondo de la problemática reside en los principios de conmutatividad y la autonomía de la voluntad en el contrato estatal. Lo anterior, como quiera que ambos postulados, con puntuales matices, tienen aplicación en la contratación pública, razón por la que es necesario adelantar una precisa articulación e interpretación de los mismos, en aras de la satisfacción del interés público.

Dentro de este panorama se inserta la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, en los términos del 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...” En consecuencia, lo que delimita la citada naturaleza del negocio jurídico estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática.

Por lo tanto, la conmutatividad supone simetría en las prestaciones que integran las obligaciones recíprocas que se desprenden para las partes, sin que esa circunstancia suponga en todos los casos asegurar la utilidad al contratista; en otros términos, es posible que en un contrato conmutativo al margen de la satisfacción de los intereses inherentes al acuerdo, se presenten pérdidas económicas para cualquiera de las partes puesto que esa posibilidad es inherente a cualquier negocio jurídico.

Ahora bien, según la doctrina autorizada se está frente a un contrato conmutativo cuando se reúnen tres requisitos: i) que sea oneroso o útil para todos los contratantes; ii) **que no sea aleatorio, es decir, que esa ganancia o beneficio pueda ser apreciada desde el momento mismo de la suscripción del contrato**, y iii) que este último **produzca prestaciones que se miren o aprecien como equivalentes entre sí**, esto es, que determinen un cierto equilibrio en la economía del acuerdo.

Acerca de la conmutabilidad del contrato estatal, como elemento de la naturaleza del mismo, la doctrina con especial *sindéresis* ha precisado:

*“Pertenece hoy a la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. **El alea no existe ya en ellos. Su ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que no cuenta y permite el rechazo de la teoría del contrato a “riesgo y ventura”**”.*

Por lo pronto, en la concesión de servicios públicos, la intervención de la administración pública en las tarifas impide al concesionario la obtención de beneficios aleatorios extraordinarios. Las tarifas se fijan conforme a un estándar de “justas y razonables” atendiendo a los dos factores en juego: el usuario y el concesionario. Y cuando aun así, la aparición de factores imposibles de prever en el momento de celebración del contrato, hacen excesivamente onerosa la obligación del último, la teoría de la imprevisión interviene para restablecer el equilibrio.

Lo mismo ocurre con el contrato de obra pública, el de concesión de obra pública y el de suministro. Los mayores costos producidos por el alza desmedida de los materiales y de la mano de obra, ya no es causal de quebranto; son factores que se reconocen al contratista en un reajuste de precios que permite antes que nada y sobre todas las cosas, la ejecución de la obra o la provisión convenida. La administración pública no saca provecho de esos factores, no expolia a su colaborador voluntario, ocasionado o de todos los días. El Estado no persigue propósitos de lucro: su fin es otro: dar cumplida satisfacción a las necesidades públicas colectivas...”
(Negritas y subrayas del Despacho)

Las reglas hermenéuticas del contrato estatal están permeadas no sólo por aquellas inherentes al ejercicio de negocio jurídico bilateral, sinalagmático y conmutativo⁴; **sino que privilegian los principios y limitaciones Constitucionales y legales impuestas al erario público, y a la función y/o administración pública.**

Por ejemplo es imperativo en el ejercicio de las labores precontractuales y contractuales de las entidades estatales, tengan presente la prohibición constitucional de realizar donaciones con el erario público (Art. 355 de la C.P.), o la imposibilidad de aceptar como legal (Ley 42 de 1993), congruente a derecho o una oportuna gestión fiscal la posibilidad de que se produzca un enriquecimiento sin justa causa a favor de un contratista y desmedro del Estado.

Así el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, estipula:

⁴ **ARTÍCULO 13 DE LA LEY 80 DE 1993. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...).

ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Negrillas y subrayas del Despacho)

En materia de contratación estatal como hemos visto, no existe una tipificación estricta de los contratos estatales por naturaleza u objeto; su identificación inicia se itera de la calidad de una o varias de las partes del negocio jurídico como entidad estatal y de la finalidad del objeto contractual; eso sí siempre será un negocio jurídico bilateral, sinalagmático y conmutativo; y aun existiendo la posibilidad clara de aplicación del principio de autonomía de las partes, y la aplicación (en materia de derecho sustancial) por expresa remisión legal de la normatividad afín a los contratos civiles y comerciales, **aquellas estipulaciones deberán ser moduladas y entendidas bajo los cánones del derecho público y los principios rectores de la función y/o administración pública y la gestión fiscal**; no siendo aplicables al derecho público, ni al contrato estatal en particular las estipulaciones así sea pactadas por ambas partes de forma voluntaria y autónoma que conculquen aquellas disposiciones, so pena de realizar eventualmente conductas tipificadas penalmente (V.G abuso del derecho, prevaricato, peculado, etc.) o disciplinariamente, o incluso poder causar algún daño al fisco.

Es decir, la voluntad y autonomía de las partes no suple u ostenta capacidad derogatoria tacita ni expresa sobre el derecho público y sus limitaciones o prohibiciones; y se hace imposible predicar como congruente con la naturaleza del contrato estatal la estipulación de normas que creen derechos económicos a un contratista, bajo bases aleatorias o sin que se establezca y/o espere una contraprestación de su parte.

En este sentido debe recordarse que el sujeto pasivo de la acción fiscal es calificado, se trata de un **gestor fiscal**, y como tal en el ejercicio de sus tareas, funciones, deberes u obligaciones debe preponderar de forma obligatoria los principio de la función pública, que son transversales a todas ellas.

1.1. De los contratos de obra pública y sus modalidades de contratación.

Reiterando que nuestro ordenamiento jurídico no realiza una enumeración taxativa de los contratos estatales por su naturaleza o modalidad, es preciso reconocer como si enuncia algunos de ellos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y específicamente sobre el contrato de obra pública, estipula:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. (...)**1o. Contrato de Obra.**

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, **cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.**

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.”

Considera este Despacho para efectos de la estructuración de la presente línea jurídica que las modalidades del contrato estatal de obra pública más usuales y relevantes son **(i) a precio global, (ii) precios unitarios, (iii) administración delegada, y (iv) reembolso de gastos.**

A efectos de definir de forma sucinta el alcance de la naturaleza de cada una de estas modalidades nos remitiremos a los expuestos por el Consejo de Estado en Sentencia de 14 de marzo de 2013, con Radicación 1996-03577, Expediente 20524, con ponencia de Carlos Alberto Zambrano Barrera, así:

“Las distintas modalidades de ejecución de los contratos de obra pública están concebidas en función del contenido o de la determinación del objeto contractual y ello conlleva a que el precio del contrato se estructure de distintas formas, más o menos discriminadas; pero ninguna de esas formas está creada para beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes dentro de la relación negocial, en detrimento del patrimonio de la parte contraria, o para patrocinar la inequidad en la correlación cualitativa y cuantitativa que debe existir entre el precio y la prestación objeto del contrato (ecuación económico-financiera).

Algunas de las modalidades de ejecución utilizadas con mayor frecuencia son a precio global fijo (o de ajuste alzado) y a precios unitarios (también llamada por unidad de medida)⁵. Existen otros sistemas, que hoy día no se suelen utilizar con mucha asiduidad, como son los de administración delegada (también llamada gerencia de construcción)⁶ y los de reembolso de gastos (llamado también de costes y costas)⁷, los cuales estaban previstos en legislaciones anteriores.

El contrato pactado a precio alzado o a precio global fijo supone que las partes tienen perfectamente determinadas las cantidades de obra a ejecutar y, por lo mismo, el precio del contrato también se halla totalmente determinado, de modo que éste (el precio) está constituido por una suma global fija que abarca no sólo los costos totales del proyecto técnico (materiales, mano de obra, equipos, etc.) sino también las utilidades o remuneración del constructor y los costos indirectos (A.I.U). Este sistema se utiliza, por lo

⁵ Ver por ejemplo: SPOTA, Alberto G. “Tratado de locación de obra”. Editorial Ábaco DEPALMA, Buenos Aires, 1975.

⁶ Cfr. CRIVELLI, Julio César. Ob. Cit, pág. 52.

⁷ Ibídem.

general, en obras que no demandan gran complejidad, donde se hace posible realizar un estudio ponderado, completo y preciso de lo que se pretende ejecutar.

Empero, el hecho de que se haya pactado una suma global fija para la ejecución de la construcción no implica que los precios se mantengan inalterados e inalterables durante toda la relación contractual. **Los fenómenos económicos analizados en precedencia pueden tener impacto en el precio de los insumos necesarios para ejecutar la obra, al margen de la modalidad de ejecución pactada, y nadie está obligado a asumir un riesgo económico que, eventualmente, puede ser previsible en cuanto a su ocurrencia, pero que es desconocido o imprevisible en términos cualitativos, cuantitativos y de periodicidad.**

Las condiciones del contrato se deben mantener intactas sólo cuando en el curso de su ejecución no sobrevengan circunstancias que alteren sustancialmente el objeto de la prestación (pacta sunt servanda, rebus sic stantibus), porque tales supuestos no forman parte de la voluntad contractual original⁸, de modo que, cuando los precios cambian, debe pagarse el precio real y no el pactado inicialmente, porque éste no responderá de manera adecuada al intercambio del bien.

Los anteriores asertos se corroboran con sólo echar un vistazo a los antecedentes legislativos de las figuras de ajuste y revisión de precios en el ordenamiento jurídico patrio, los cuales fueron reseñados por la Sala párrafos atrás (Ley 4 de 1964 y Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983) en los que se observa que en las modalidades de ejecución a precio alzado y a precios unitarios era procedente acudir a la revisión de precios (haciendo referencia a la actualización stricto sensu), para mantener constantes las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

A este respecto, es importante precisar que la doctrina foránea distingue, dentro de esta modalidad de ejecución, entre el “ajuste alzado relativo” y el “ajuste alzado absoluto”⁹. El primero implica que la obra se ejecuta a cambio de una suma global que no puede ser alterada, salvo que se produzcan variaciones en los precios de los insumos. En cambio, el segundo supone que el precio y las especificaciones del proyecto técnico no se pueden cambiar bajo ninguna circunstancia. **El precio alzado absoluto no es permitido a la luz de los mandatos de la Ley 80 de 1993, porque desconoce el principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato** y, desde luego, el equilibrio obligacional entre las partes, en la medida en que puede suceder que la construcción resulte mucho más onerosa, como consecuencia de la variación del precio de los insumos y el comitente termine pagando un precio menor que el verdadero costo de la obra, con lo cual, en últimas, **se terminaría enriqueciendo al contratante o comitente a expensas del patrimonio del constructor.**

Bajo la modalidad de precios unitarios o por unidad de medida sucede algo similar, en cuanto a la procedencia de los reajustes de precios. Este sistema que suele ser el de mayor utilización en la práctica contractual, se emplea cuando, dada la complejidad del proyecto técnico que se pretende llevar a cabo, es difícil determinar las cantidades de obra y las actividades que se deben desarrollar en la construcción; por tal razón, se elabora un listado de cada unidad técnica (ítems) de los elementos, de la mano de obra, de la maquinaria, de los equipos y de las actividades requeridas (número de elementos, metros cúbicos, metros cuadrados, metros lineales, hora-hombre, hora de equipo, por ejemplo), pues de esta manera se logra establecer cuánto cuesta cada una de las unidades que, en

⁸ Cfr. CAORSÍ Benítez, Juan J. Ob. Cit., pág. 384.

⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de derecho administrativo”. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

conjunto, constituyen el costo directo de la obra, de tal suerte que deben existir tantos precios como ítems se hayan cotizado en la oferta.

En todo caso, ninguna de dichas modalidades (precio global o precios unitarios) está excluida de que se puedan presentar variaciones en los precios de los respectivos ítems, por los fenómenos económicos anotados a lo largo de esta providencia, ni de que, por consiguiente, se deban actualizar o revisar los precios, según el caso.

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

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

Cuando la obra se ejecuta a precios unitarios, el precio total del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes, **más los reajustes**, pues éstos siempre se suelen olvidar al momento de establecer tal extremo. De hecho, el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que, en virtud del principio de economía, “...Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la cláusula de actualización de precios...” (A decir verdad, rara vez se observa que las entidades estatales constituyan las reservas destinadas a cubrir los reajustes y esa mala práctica conlleva a que se presenten algunas dificultades de orden presupuestal).

Bajo esta modalidad de contratación, cuando se presentan mayores cantidades de obra las partes saben exactamente cuál o cuáles ítems se afectan y, por ende, no deben entrar en discusión sobre los precios; además, al momento de ajustar estos últimos, las partes también saben exactamente cuáles insumos resultan afectados por la variación de precios y sólo a tales ítems se les aplicaría la fórmula o fórmulas de reajuste, según el caso.

En suma, las consideraciones expuestas al analizar la modalidad de precio global fijo, en cuanto se refiere a la variación de precios en el curso del contrato, son aplicables, “mutatis mutandis”, a la modalidad de precios unitarios fijos y variables, de modo que la prohibición o la renuncia a la utilización de las cláusulas de reajuste o a los mecanismos de revisión de precios constituye un ataque a la autonomía de la voluntad de las partes y redundante en un indebido congelamiento de precios y en un desconocimiento al principio de mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato estatal consagrado por la Ley 80 de 1993.

Es de anotar que, en algunos casos, la renuncia a los reajustes y revisión de precios, además de desconocer el ordenamiento jurídico, puede hacer que el costo de la obra sea mayor, pues, al ofertar, el contratista o el constructor aumenta, desde la oferta, el precio global (en el caso de ajuste alzado) o el precio de los ítems cotizados (en el caso de los precios unitarios), con el ánimo de prever la fluctuación de precios, haciendo que los costos directos aumenten y se presente un desfase en relación con los precios reales del mercado.

En otros sistemas de ejecución como el de administración delegada y el de reembolso de gastos no es necesario pactar cláusulas de ajustes de precios, porque, en el primero de los sistemas, el administrador delegado no es más que un director técnico de obra o un gerente de construcción, de manera que la entidad comitente provee de fondos al administrador, periódicamente, para que éste compre los elementos e insumos y ejecute las obras acordadas, conforme al cronograma previsto. En relación con la contratación de personal que ejecutará la obra, el administrador sólo tiene la condición de intermediario, de suerte que la construcción se realiza por cuenta y riesgo del comitente, es decir, de la entidad contratante. Bajo esta modalidad, por lo general, no se pactan cláusulas de estabilización o de reajuste de precios, porque el administrador debe comprar los insumos al precio del mercado con los fondos que le provee el comitente, aunque, es de anotar que, en algunas ocasiones las partes acuerdan que sea el mismo comitente quien provea los insumos y los elementos necesarios para la ejecución de la obra, caso en el cual el administrador solo recibe una suma determinada o determinable por concepto de honorarios.

Algo similar sucede en el sistema de reembolso de gastos, pues a pesar de que el constructor ejecuta la obra por su cuenta y riesgo, la entidad contratante paga los precios bajo el sistema de auditoría, es decir, paga o reintegra al constructor los gastos comprobados en los que haya incurrido para ejecutar el proyecto técnico, de modo que los pagos se realizan con los precios del mercado al momento de la ejecución de los respectivos rubros y, por lo mismo, la actualización se cumple de manera automática, razón por la que no es necesario prever sistemas de ajustes.

Dejemos sentado desde acá y de forma definitiva, que **el alcance y definición de las modalidades de ejecución del contrato estatal obedecen al marco de la teoría general del negocio jurídico y las obligaciones, materia estrictamente jurídica**, en las que nada tiene que no se involucran elementos de teoría ingenieril o de otra área del conocimiento, a diferencia por ejemplo de las normas técnicas de construcción.

El análisis de dichas modalidades de derechos, deberes y obligaciones entre las partes (incluyendo la forma de pago); se corresponden al desarrollo de las normas

propias del Código Civil y Código de Comercio, en congruencia privilegiada de los principios rectores del derecho público y la función y/o administración pública.

Expuesto lo anterior, es claro discernir y concluir, que no hay cabida a interpretación ingenieril, que pretenda mutar o desconocer el alcance jurídico claro de una norma de derecho, ni pretenda deslegitimar la evaluación o interpretación que de ella realizan los operadores jurídicos institucionalizados del Estado, más aun teniendo en cuenta que el nuestro es un Estado Social de Derecho.

2. De la utilidad en el contrato estatal

El ordenamiento jurídico colombiano, apoyado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con la emanación de la Ley 1150 de 2007, mutó la regla consagrada en la Ley 80 de 1993, según la cual el Estado garantizaba las ganancias o utilidades del contratista; para crear un escenario jurídico congruente con el Estado Social de Derecho según el cual el Estado asume la obligación de llevar al contratista a un estado de utilidad razonable o no perdida, de existir condiciones generadas en la entidad estatal o externas al contrato que puedan llevar a un punto de desequilibrio económico o contractual al contratista, al romperse la conmutatividad propia al contrato estatal.

Al respecto el artículo 32 de la Ley 1150 establece:

“Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, **quedan derogados** los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El parágrafo del artículo 2°; **la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”** “del inciso segundo del artículo 3 °...”

Respecto a la utilidad del contratista, entiende el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia¹⁰:

*“En ese sentido resulta importante anotar que, más allá de los componentes en que se desagregue el presupuesto de un contrato, con base en la 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.*

Así, en el marco de la contratación estatal, podrían llegar a transgredir el principio de la equivalencia económica del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 las previsiones legales o convencionales¹¹ que desde la fase precontractual impidan la conformación de un precio en el

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Martha Nubia Velasquez Rico. Sentencia del 19 de julio de 2018, proceso con radicado interno 57.576.

¹¹ Entendiendo por estas las que comúnmente se incluyen en materia presupuestal.

que sus componentes guarden una relación conmutativa respecto de las prestaciones a las que se obliga el contratista. **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. Un precio de adjudicación en el que no hay ese beneficio, no es justo ni de mercado, por lo que cabe presumir que es anormalmente bajo”¹².**

Lo anterior, sin perjuicio de que, según lo ha indicado esta Corporación, pueda el proponente motu proprio renunciar a la utilidad en la oferta que presente¹³.

El concepto de costos 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 respectivo¹⁴, situación que difiere en los segundos, que son transversales a toda o parte de la actividad general del contratista¹⁵, de allí que resulte frecuente que los costos indirectos se formulen como un porcentaje de los directos.

¹² BLANQUER CRIADO, David. Los Contratos del sector público. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 193. T. 1.

¹³ CE. S3/sB. Fallo de 29-Ago-12 [Exp. 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077)]. MP. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁴ Tratándose de los contratos de obra, la doctrina reconoce en este punto que “Los esfuerzos de planificación y control de costos son importantes en las tres fases principales de un proyecto: fase conceptual, diseño y ejecución, pero sus objetivos y énfasis van variando a medida que se avanza en el desarrollo de cada fase.

“El énfasis en la etapa conceptual está en la planificación preliminar del proyecto; en la segunda fase la preocupación está en una definición más detallada del proyecto; en la última, es decir en la etapa de ejecución, el énfasis está en realizar un control basado en la información de las fases anteriores.

“La estimación de costos es una de las tareas más frecuentes de un profesional que se dedica a proyectos. Existen diversos métodos para hacer las estimaciones, los que dependen en gran medida del nivel de avance en que se encuentre el proyecto y que a la vez cumplen diferentes funciones en el desarrollo del mismo. Los principales métodos son:

“• Estimación preliminar o de orden de magnitud: generalmente realizada como parte del análisis de factibilidad económica de un proyecto.

“• Estimación conceptual: normalmente utilizada por el dueño de un proyecto para determinar el presupuesto probable del mismo y para otras decisiones tempranas.

“• Estimación detallada: generalmente basada en mediciones de cantidades, una vez que se cuenta con un diseño prácticamente detallado del proyecto.

“• Estimación definitiva: esta estimación es una actualización de la estimación detallada, con énfasis en costos actuales más que en costos proyectados, el cual permite evaluar el desempeño de la estimación”. DE SOLMINIHAC T., Hernán / THENOUZ Z., Guillermo. Procesos y técnicas de construcción. 5ª Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2014. pp. 139-140.

¹⁵ Los costos indirectos son gastos que no están directamente identificados con un contrato en particular. Son costos que se aplican en general a grandes partes o a todo el trabajo de la empresa. Por ejemplo, consideremos a un supervisor que es responsable de vigilar un gran número de contratos. El costo del supervisor se identifica con todo el trabajo que hace, no solo un contrato. No resulta práctico intentar determinar la fracción del costo total del supervisor que le corresponde a cada contrato supervisado. El costo del supervisor es por tanto un costo indirecto. “La empresa tendrá numerosos gastos que entran en la categoría de costos indirectos. Otro ejemplo es el costo de los servicios públicos. Sería extremadamente difícil determinar cuánto de la factura de servicios corresponde al trabajo para cada cliente.

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

La utilidad o ganancia ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sección¹⁶, en términos generales y en el contexto del contrato estatal, como **el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución de dicho contrato, utilidad que desde la óptica financiera¹⁷ corresponde al valor que prevé obtener aquel, descontados los costos para su ejecución**, según lo ha reconocido también esta Corporación:

“La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de éste trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista”¹⁸.

Además, de acuerdo con la Sección Tercera, **la utilidad o ganancia, si bien constituye un componente ordinario del “precio” ofrecido o aceptado por el contratista en los contratos onerosos¹⁹, no es un elemento esencial del contrato estatal²⁰**, conclusión que se vio revalidada por el artículo 32²¹ de la Ley 1150 de 2007 que derogó expresamente el aparte del inciso segundo²² del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 que establecía que el Estado garantizaba²³ la obtención de utilidades de los particulares.

También es importante señalar que en la descomposición del precio en costos directos e indirectos y la utilidad, esta última necesariamente corresponde a la ganancia a la que se le hayan descontado los costos y gastos asociados directa e indirectamente a la prestación del

¹⁶ CE. S3. Fallos de 29-May-03 [Exp. 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)]. MP. Ricardo Hoyos Duque; 21-May-08 [Exp. 66001-23-31-000-1995-03254-02(15963)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁷ La doctrina especializada indica: “En los términos más sencillos posibles, **la ganancia es todo lo que queda después de que se pagan todos los costos del negocio**. La ganancia es descrita a menudo como la recompensa por tomar riesgos. (...)”

“No existe fórmula mágica para la determinación de la ganancia. Algunas empresas establecen objetivos de ganancia, como por ejemplo el 20% de los costos o una tasa específica de retorno de la inversión, y de acuerdo con ello establecen los precios. Mientras tanto, las empresas monitorean lo que el mercado competitivo cobra por productos o servicios similares. Si una compañía no obtiene la ganancia esperada en el trabajo de un cliente, intentará compensarlo en otro contrato o trabajo”. MURPHY, John Edward. Guide to Contract Pricing. Cost and Price Analysis for Contractors, Subcontractors, and Government Agencies. 5th Edition. Management Concepts. United States, 2009. pp. 183-184 (traducción libre).

¹⁸ CE. S3/sB. Fallo de 31-Ago-11 [Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ CE. S3/sA. Fallo de 2-Jul-15 [Exp. 68001-23-15-000-1996-11311-01(34518)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

²⁰ CE. S3/sB. Fallo de 29-Ago-12 [Exp. 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077)]. MP. Danilo Rojas Betancourth.

²¹ “Ley 1150/07. Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El párrafo del artículo 2°; la expresión ‘además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado del inciso segundo del artículo 3°; (...)’” (subrayado fuera del texto).

²² Antes de la derogatoria parcial del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 80/93, este indicaba:

“Ley 80/93. Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. (...)”

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” (subrayado fuera del texto).

²³ Leída aisladamente la expresión – hoy derogada – del artículo 3 de la Ley 80/93, podía ella ser interpretada en el sentido de que el contratista del Estado tenía garantizada su utilidad. No obstante, en el contexto de la ecuación económica y en particular frente a la teoría de la imprevisión, dicha disposición debía leerse en conjunción con el artículo 5.1. de la misma ley que invocando expresamente aquella establece el restablecimiento al punto de no pérdida para los casos de los riesgos imprevistos.

bien, servicio u obra objeto del contrato²⁴, sin que equivalga strictu sensu a la utilidad en el estado financiero de un ejercicio contable, en el que se incorporan otras partidas que afectan el resultado final.” (**Negrita y subrayado** del Despacho)

Y claridad meridiana se brinda al respecto por el Consejo de Estado²⁵, así:

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato²⁶, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato:

“Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias”²⁷

Es de resaltar y reiterar como nuestro ordenamiento jurídico no sólo **no garantiza utilidad alguna al contratista**, sino que incluso contempla la posibilidad de que este no la obtenga. El anterior criterio ha conllevado incluso como practica general en la definición de las controversias contractuales en instancia judicial, que se revise la utilidad percibida o a la que tenía derecho el contratista como recursos aptos de ser usados como factor de reconocimiento o reparación de algunos costos o

²⁴ En varias oportunidades esta Corporación ha insistido, en el contexto de la indemnización del proponente que ha sido despojado del derecho a ser adjudicatario y/o a suscribir el contrato, que en relación con el precio de la oferta, aquel tiene derecho únicamente a la utilidad neta, esto es, la que resulta luego de sustraer las erogaciones que implican costos de inversión o gastos para la producción de dicha rentabilidad. CE. S3. Fallos de [sA] 13-Ago-14 [Exp. 25000-23-26-000-2004-01200-01(35965)]. MP. Hernán Andrade Rincón; 12-Abr-99 [Exp. 11344]. MP. Daniel Suárez Hernández; entre otras. Asimismo, se ha indicado que “(...) la administración y los imprevistos (...) en realidad (...) no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista”. CE. S3/sB. Fallo de 14-Oct-11 [Exp. 0500123260001997103201 (20811)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Hernan Andrade Rincón. Sentencia del 12 de marzo de 2014, dentro del proceso con radicado interno 20.864.

²⁶ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”

²⁷ Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, pg. 493.

perjuicios por el reclamados en instancia judicial, incluso bajo supuestos con génesis en **hecho del príncipe**²⁸ o **teoría de la imprevisión**²⁹.

En el caso de los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, el único concepto que se corresponde con la **Utilidad (U)** del contratista, será aquel por el ofertado en el acápite correspondiente de los costos indirectos del contrato; los ahorros o ventajas económicas que pudiese llegar a percibir por otros conceptos de los costos indirectos (Administración -A- e Imprevistos -I-), derivados de una gestión administrativa de su parte o la variación de los precios del mercado no son suyos, y pertenecen a la entidad contratante quien sólo debía asumir el reconocimiento y pago de dichos costos indirectos en caso de su efectiva causación.

El concepto de utilidad, ha sido además materia de estudio de la doctrina y jurisprudencia al analizar el fenómeno de los precios artificialmente bajos, y al respecto ha dictaminado el Consejo de Estado:

“Si bien el estatuto de contratación no contempla expresamente una consecuencia jurídica para los casos en los que se observa la existencia de precios artificialmente bajos, la naturaleza misma del fenómeno determina que las consecuencias son, entre otras muchas, de una parte, exonerar a la administración de toda responsabilidad frente al contratista, cuando quiera que éste haya hecho sus ofrecimientos con precios inferiores a los del mercado y que, por tal razón y en plena ejecución del contrato, formule reclamaciones económicas para que le sea admitido un presunto desequilibrio de la ecuación económica, o cuando tal circunstancia conlleve a la inejecución del contrato, con los consecuentes perjuicios para la entidad contratante que ésta no tendría por qué soportar y, de otra parte, que sea el contratista quien asuma los perjuicios que puede implicar el haber presentado un precio evidentemente menor al del mercado o al estimado en el presupuesto oficial para obtener la adjudicación de la licitación, consecuencia que se extiende a aquellos eventos en los cuales el contratista incurrió en error al elaborar su propuesta, puesto que esta carga de responsabilidad es de su exclusivo resorte.”³⁰

A lo anterior norma hay que aunar que el artículo 3 del decreto 1372 de 1992, al regular el impuesto sobre las ventas en los contratos de construcción, establece:

“ARTÍCULO 3º. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCION DE BIEN INMUEBLE.

²⁸ Consejo de Estado. Fallo 14577 de 2003. **“El hecho del príncipe** como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren la expedición de un acto general y abstracto, la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato, la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto y la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. Sólo se aplica cuando la norma general con incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante; si proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría en la teoría de la imprevisión.”

²⁹ Consejo de Estado. Fallo 14577 de 2003. **“La teoría de la imprevisión**, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Tiene aplicación cuando ocurre un hecho exógeno a las partes con posterioridad a la celebración del contrato, que altera en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y que no es razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.”

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Fallo del 21 de julio de 2018, radicado interno 35099.

*En los contratos de construcción de bien inmueble, **el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor.** Para estos efectos, **en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad,** la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares.*

*En estos eventos, **el responsable sólo podrá solicitar impuestos descontables por los gastos directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyeron la base gravable del impuesto;** en consecuencia, en ningún caso dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble."*

De especial relevancia para el tema en consideración, la norma citada, toda vez que demuestra y explica como desde el año 1992, los constructores en Colombia tienen claro que su utilidad u honorarios deben estar claramente detallados en el contrato, y como constituye aquel particular concepto la base gravable del impuesto a las ventas; pues nótese como no se incluye dentro de estos costos ni los gastos de **Administración (A)**, ni los correspondientes a **Imprevistos (I)**, ni a los ahorros que sobre los costos directos se hayan generado por su actividad o gestión administrativa³¹; Es decir, el legislador no los identifica o denomina como utilidad para el contratista; sino que los ubica en el espectro de costos inherentes al desarrollo del proyecto. Esta última norma es de naturaleza tributaria y no de contratación estatal; pero sin lugar a dudas brinda luces sobre la **Utilidad (U)** que debe esperar un contratista de obra pública.

Tenemos entonces un Estado, y un ordenamiento jurídico que sostienen que los elementos esenciales del contrato los costos directos (APU) y la **Utilidad (U)** del contratista la cual no garantiza; ¿podrá pregonarse en dicho escenario que ese mismo Estado y ordenamiento jurídico si garantizan los costos indirectos de **Administración (A)** e **Imprevistos (I)**; cuando ello nunca ha tenido consagración legal en sentido estricto, ni mucho menos jurisprudencial?

³¹ Sobre estos ahorros, bonificaciones, descuentos etc., existe por demás expresa prohibición legal para que el contratista de obra pública se apropie de ellas, debiendo trasladarlos al dueño de la obra. Así reza el literal b) del artículo 40 de la Ley 842 de 2003:

“ARTÍCULO 40. PROHIBICIONES A LOS PROFESIONALES RESPECTO DE SUS CLIENTES Y EL PÚBLICO EN GENERAL. Son prohibiciones a los profesional es respecto de sus clientes y el público en general:

a) ...

b) **Aceptar para su beneficio o el de terceros,** comisiones, descuentos, bonificaciones u otras análogas ofrecidas por proveedores de equipos, insumos, materiales, artefactos o estructuras, **por contratistas v/o por otras personas directamente interesadas en la ejecución de los trabajos que proyecten o dirijan, salvo autorización legal o contractual."**

Al respecto es claro que no existe autorización legal para que ello ocurra en los contratos estatales, y mucho menos podría considerarse dicha liberalidad como una debida gestión fiscal, en los términos de los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal.

Sobres tales cuestionamientos, ha dictaminado esta agencia fiscal³²:

*“Para terminar habrá de dejar claro esta instancia procesal, que reconoce la posibilidad de existencia de un alea en el contrato estatal; más en nuestro sentir es ajustada la posición del Consejo de Estado, que con posterioridad a la emanación de la Ley 1150 de 2007, ha predicado que el Estado Colombiano no garantiza la **Utilidad (U)** al contratista (salta de bulto que mucho menos la **Administración (A)** y los **imprevistos (I)**, y como estos dos ítems no son iguales a la **Utilidad (U)**), y que debe asumir el contratista con el porcentaje de ganancias u honorarios pactados y pagados a su favor diferentes contingencias contractuales, ya sean estas de naturaleza previsible o imprevisible; así las cosas el alea empresarial, no se ubicaría en el ítem **imprevistos (I)**, sino en el ítem **Utilidad (U)**, y dentro de los costos directos de cada actividad en el contrato de obra pública con precios unitarios. Es de anotar como esta regla es consecuente con la existencia de otras naturalezas de objetos contractuales y modalidades de pago, que no contemplan la figura de **imprevistos (I)**, más no por ello podríamos predicar que carecen del llamado aleas empresarial afín a los contratos conmutativos.”*

3. De los Imprevistos (I) de los costos indirectos del contrato estatal

3.1 Tesis en conflicto

Hace ya algunos lustros, se dio al interior de la práctica contractual una serie de tesis que abrían la posibilidad de entender el capítulo **Imprevistos (I)** de los costos indirectos de los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, **(1)** bien como parte de la **Utilidad (U)** del contratista (en una clara confusión con los alcances del contrato de obra pública bajo la modalidad de precio alzado o global); O **(2)** confundiendo su naturaleza o razón de ser como un reconocimiento de los riesgos previsibles del contrato (ello con posterioridad a la emanación de la Ley 1150 de 2007) identificándolos como un reconocimiento al aleas del contrato estatal.

Aquellas tesis establecían en resumen, que los recursos fijados a título de imprevistos hacían parte del precio o costos directos del contrato (sin entrar a hacer hincapié sobre la naturaleza y estructuración de los costos directos e indirectos del contrato) se causaban automáticamente (un derecho) a favor del contratista, sin necesidad alguna de este tener que demostrar (probar, evidenciar, justificar, etc.) **(i)** la ocurrencia de los hechos imprevistos con entidad suficiente para alterar el equilibrio económico del contrato, **(ii)** que fueren imputables a la entidad contratante o un tercero ajeno al contrato, y **(iii)** mucho menos establecer la cuantía del daño que aquellos hechos previsibles o imprevistos pudiesen haber causado al contratista.

³² Auto 038 del 11 de octubre de 2018 emanado del Despacho de la Contralora General de Medellín, mediante el cual se resolvió un grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal con radicado 209 de 2013.

Las teorías ingenieriles y jurídicas expuestas³³, aunadas con una serie de pronunciamientos administrativos dubitativos y confusos (que no existe jurisprudencia que ampare de forma clara y contundente las posiciones ingenieriles en comento) con posterioridad a la derogatoria del decreto 2090 de 1989 (habida cuenta que los contratistas olvidaron que no sólo era una norma legal, sino una transcripción del reglamento de honorarios establecido por la Asociación colombiana de arquitectos en 1988), propiciaron un escenario administrativo que obligó en el año 2009 y posteriores a diferentes pronunciamientos de la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, incluyendo la nuestra en pos de sentar posiciones jurídicas claras de comportamiento contractual ideal de parte de los sujetos de control fiscal de cada una de ellas, y por ende materia de auditoría y control.

Algunos de dichos sujetos de control fiscal incluso, realizaron sus propios análisis jurídicos de las normas aludidas, y usando generalmente como mampara los conceptos de las contralorías ya anunciados asumieron mediante actos administrativos internos posiciones análogas a efectos de cesar el establecimiento del ítem imprevistos en los costos indirectos de los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, bajo el entendido de que aquello representaría un enriquecimiento sin causa a favor del contratista; por ejemplo la Alcaldía de Medellín (sujeto de control primario de esta Contraloría, y entidad de la que hace las veces de socia, propietaria, administradora o tutora del resto de sujetos de control fiscal de esta contraloría) y la Gobernación de Antioquia.³⁴

A efectos de ilustrar con suficiencia las argumentaciones contrarias a las tesis consuetudinaria de la Contraloría General de Medellín, retomaremos lo esbozado por la Contraloría General de la República en su concepto 2012EE0071253 de 25 de Octubre de 2012 (criterio que luego ratificó mediante conceptos 20151E0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, y revocado en pronunciamiento del marzo de 2019), teniendo en cuenta aquel ha sido el baluarte de aquellas tesis contrarias a nuestro discernimiento y al del Consejo de Estado, así:

“El A.I.U. es una estipulación que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es de aclarar que no conocemos ordenamiento legal que lo regule. Tiene su fundamento en la naturaleza de las obligaciones que se derivan de la celebración y ejecución de los contratos, en razón a los elementos con los cuales deben contar los contratistas para efectos del cumplimiento del objeto contractual.

El A.I.U. se refiere a los costos de administración requeridos para la ejecución del contrato, en donde A, significa administración, I, imprevistos y U, utilidad. Los imprevistos dependen de la

³³ Los documentos paradigmáticos de dichas tesis son: 1) Porcentaje de Imprevistos del – AIU - Administración, Imprevistos y utilidad, en los contratos de obra pública. De Gustavo Betancur Vargas. Publicación de la Cámara Colombiana de Infraestructura Seccional Antioquia. 2) Conceptos 2012EE0071253 del 2012, 20151E0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018 todos de la Contraloría General de la República.

³⁴ La existencia de los actos administrativos a nivel municipal es de especial relevancia a efectos de determinar el componente culpa de los servidores adscritos a la Alcaldía y las entidades que de ella dependen.

naturaleza de cada contrato y constituyen el alea del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista. La utilidad es la ganancia que el contratista espera recibir por la realización del contrato, la cual debe ser garantizada por las entidades. Cada contrato comporta un negocio jurídico en particular, por ende connota unas características especiales, en tal virtud la administración de acuerdo a las condiciones de cada contrato y a la conveniencia para las partes, puede determinar la viabilidad para pactar esta figura, sin que ello se torne ilegal. En este orden, la procedencia del mismo depende de la complejidad del negocio y de las obligaciones que se deriven del contrato mismo y no de otros factores”.

Y, además porque al interior de dicho concepto se cita como documento técnico el artículo de la Facultad de Minas de la Universidad Nacional **“Aproximación metodológica para el cálculo del AIU”**, el cual expresa que el AIU es un rubro variable según la complejidad del proyecto. Así, el porcentaje de la Administración incluye los costos de personal que participa indirectamente en la ejecución de las obras (cargos ejecutivos y administrativos en oficinas). El porcentaje destinado a imprevistos es asignado según la posibilidad que tenga cada proyecto de tener sobrecostos adicionales no contemplados en el presupuesto inicial de las obras de construcción y por último, la utilidad es un porcentaje establecido por política de la empresa y varía de acuerdo a cada situación³⁵.

Igualmente, se afirma en dicho documento que al participar en un proceso de contratación con el Estado y confeccionar la propuesta económica, en los contratos a precios unitarios, el porcentaje destinado al AIU, es propuesto por cada uno de los proponentes con base en el presupuesto estimado y los gastos que consideren pertinentes en la ejecución del proyecto, que es el resultado de un estudio técnico y financiero y el tipo de obra que se vaya a ejecutar. Además, afirma acerca de la naturaleza del rubro de imprevistos, que este consiste en un fondo establecido por ambos para cubrir situaciones inesperadas propias de la ejecución contractual³⁶

Dicha tesis conllevaba según la Contraloría General de la República las siguientes conclusiones:

“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 impreviso, 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.

³⁵ Aproximación metodológica para el cálculo del AIU. Miguel David Rojas López, Natalia Andrea Bohórquez Patiño. Revista Dyna, Año 77, N° 162 Pág. 293-302. Medellín, Junio de 2010. Consultado en www.scielo.org

³⁶ Óp. Cit. Pág. 299. Medellín, Junio de 2010. Consultado en www.scielo.org

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.³⁷

3.2 Posición de la Contraloría General de Medellín sobre los Imprevistos (I)

Ya en el año 2009, comenzaba esta agencia fiscal a dar cuenta desde los equipos auditores adscritos a la misma, y la Oficina Jurídica de la entidad de como las tesis expuestas de forma precedente no eran de recibo en la misma, y para el año 2011, se sentó doctrina administrativa o la posición oficial de la entidad (vigente) en concepto brindado por la Oficina Asesora Jurídica, en los siguientes términos³⁸:

“Ello nos lleva a plantear la tesis de que en la contratación de las entidades públicas, no solo debe atenderse el principio de legalidad sino que los recursos deben invertirse para lograr el máximo de rendimiento y alcanzar resultados. Es decir, el hecho de que el contrato sea una cuerda donde se respeta la autonomía de la voluntad³⁹, el manejo de recursos público implica, además, al eficiencia en el gasto público, y ello no sucedería si, por ejemplo, en aras de una libertad contractual mal entendida, se reconozcan gastos no causados a título de imprevistos pues ello supone que la erogación no tiene causa lícita.

La Economía es la adecuada adquisición conforme a las necesidades, de los recursos (humanos, técnicos, financieros) en condiciones de cantidad, calidad, oportunidad y precio en procura de lograr mejores resultados. Según las normas INTOSAI⁴⁰, la economía consiste en reducir al mínimo el costo de los recursos utilizados para desempeñar una actividad con un nivel de calidad apropiado. Por su parte, la eficiencia es la relación existente entre los recursos y los insumos utilizados frente a los resultados obtenidos al menor costo en igualdad de condiciones de calidad y oportunidad. Una operación eficiente produce la máxima cantidad de bienes y/o servicios con una asignación adecuada de recursos.

Según lo anterior, un contrato donde se reconozca y pague un imprevisto no causado, pese a estar pactado, es un práctica violatoria del principio de eficiencia, pues ello implica el logro de resultados con más recursos de los necesarios. Tal como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-840/01 “el servidor público o el particular –dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar

³⁷ Concepto 2018EE0126072 de 2018 de la Contraloría General de la República.

³⁸ Libro de Conceptos Jurídicos de la Contraloría General de Medellín 2008-2011. Editado por la contraloría General de Medellín en el año 2011. Pág. 209 y ss.

³⁹ Ley 80/93 art. 65: “la intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados fundados en la eficiencia, al economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.”

⁴⁰ Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos desplieguen su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permita.

(...)

Por ejemplo el Municipio de Medellín en un presupuesto de obra⁴¹ de \$123.120.833, el valor de la utilidad era de \$ 2.268.475, y el de los imprevistos \$3.154.170 (2,6%), es decir, el contratista obtenía más por este último factor que por utilidades. **De ello resulta válido afirmar que si dichos imprevistos no se causaron, y el Municipio los pago, entonces traslado sin soporte alguno unos recursos a los cuales no tenía derecho el contratista.** (Negrita y subraya del Despacho)

El 26 de octubre de 2013, la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Medellín, emanó concepto 037200-201300006271, ratificando la línea jurídica de la entidad, relevante rescatar de dicha posición:

*“Ahora bien, como se debe definir una posición clara acerca del asunto preguntado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM Aguas, **esta Oficina Asesora** luego de estudiar el tratamiento de los riesgos previsibles, entendidos como factor imprevistos dentro del AIU presentado en las propuestas de los contratistas en los contratos de obra pública, **determina que la materialización de esos riesgos deben ser justificados ante la entidad contratante, ya que de no ser plenamente demostrados, la entidad estatal estaría pagando un valor por un riesgo que no se presentó y se trataría más como utilidad que como imprevisto**, ya que esta palabra denota por remisión etimológica que el hecho valorado puede suceder o no (aleas); y no como efectivamente lo expuso la Cámara Colombiana de la Infraestructura en sus argumentos, que los imprevistos son los sucesos que tradicionalmente se presentan en una obra pública.*

Lo expuesto quiere decir, que el concepto de imprevistos que tradicionalmente se valora en el concepto AIU en los contratos de obra, no está bien definido, ya que no puedo denominar imprevistos a los riesgos previsibles, esto no tiene sentido puesto que como se explicó anteriormente, la denominación imprevistos corresponden a hechos inciertos, que no han sucedido o acontecido”. (Negrita del Despacho)

A lo anterior hay que aunar los diferentes pronunciamientos del Despacho del Contralor General de Medellín, en sede de apelación o grado de consulta dentro de los Procesos de Responsabilidad Fiscal que adelanta esta entidad (que son la expresión más relevante que puede hacer el contralor territorial como máximo órgano en su jurisdicción del Proceso de Responsabilidad Fiscal, sentando con ello precedente administrativo y hermenéutico frente a sus servidores), y que entre los años 2016 y 2019⁴² ha fijado las siguientes posiciones jurídicas al respecto:

⁴¹ Construcción de obras de adecuación del parque la Colinita n° 1., Programa presupuesto participativo PP. Secretaría de Obras.

⁴² Auto 036 del 7 de octubre de 2018 (proceso radicado 031 de 2013), Auto 037 de 10 de octubre de 2018 (proceso radicado 007 de 2016), Auto 04 del 17 de enero de 2019 (proceso radicado 029 de 2013), Auto 002 del 14 de enero de 2009 (proceso radicado 031 de 2013), Auto 038 del 11 de octubre de 2018 (proceso radicado 029 de 2013), entre otros.

En primer lugar, que es necesario rescatar contrario a lo que han pregonado algunos sectores de la doctrina que en nuestro ordenamiento jurídico si ha existido consagración legal el tema de los costos indirectos (AIU), el Decreto 2090 de 2009, que regulaba los honorarios de los arquitectos, consagró de forma expresa la necesidad de su estimación (presupuesto) al momento de desarrollar contratos de obra pública bajo las modalidades de precio global y precios unitarios, así:

"DECRETO 2090 DE 1989

"Por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura".

0.9. Costo de la construcción. Se entiende por costo de la construcción aquel que está conformado por el conjunto de los materiales, equipos y herramientas de la construcción, equipos fijos propios de la construcción que se ejecuta, impuestos propios de la obra, derechos de conexión de servicios, pólizas de seguros directamente relacionados con la obra o los estudios, honorarios de los estudios y demás labores profesionales propias de la obra y por recursos humanos que se deberán ubicar en el sitio de la obra para poder ejecutarla. Para efectos de este reglamento el costo total de construcción se divide en dos partes: costos base para cobro de tarifas y costos no incluibles en dicha base. La terminología que utilizaremos será la siguiente:

CC-E: Costo total de construcción estimado.

CC-P: Costo total de construcción según el presupuesto.

CC-R: Costo total de construcción real.

CBT-E: Costo base para cobro de tarifas estimado.

CBT-P: Costo base para cobro de tarifas según el presupuesto.

CBT-R: Costo base para cobro de tarifas real.

El costo de construcción puede ser real (según extractos CCR) o estimado (según presupuesto CCE). En este último caso se debe indicar si está dada el valor presente, en pesos constantes o en pesos corrientes. Para la aplicación de este reglamento y el cálculo de los honorarios definidos en él, el costo de la construcción se dividirá en dos partes claramente identificables así:

0.9.1. Costo base para la aplicación de las tarifas (CBT). Corresponde a aquellos costos de la construcción que sirven de base para liquidar los honorarios.⁴³ Dentro del costo base (CBT) están incluidos los siguientes costos de obra:

a) Todos los capítulos de construcción, es decir, mano de obra, materiales, equipos, transportes, desperdicios e **imprevistos**,⁴⁴ además los costos de nacionalización, aduana, fletes y demás necesarios para llevar los equipos y materiales hasta la obra.

b) Gastos generales y de administración de la obra y personal de obra no profesional, de todos los trabajos contemplados en este reglamento, exceptuando los residentes y auxiliares profesionales que se consideran como reembolsables.

c) Licencia de construcción y derechos de energía, acueducto, alcantarillado y teléfonos.

⁴³ Léase costos directos, para la contratación bajo precios unitarios.

⁴⁴ Nótese, como los costos directos llevan incito un reconocimiento de imprevistos, entendido como el aleas de cada actividad contractual, diferente al título de imprevistos que se sugiere el decreto consagrar en el acápite de costos indirectos.

Como ejemplo de equipos que se incluyen en el costo base para cobro de tarifa tenemos: ascensores, ventiladores, enfriadores, unidades condensadoras, calderas, bombas, subestaciones, pantallería fija, tableros eléctricos, distribuidores telefónicos, ductos, incineradores, compactadores de basura, tanques de almacenamiento, equipos contra incendio, equipos de vigilancia y seguridad, equipos de cocina y lavandería, sistemas de calefacción solar.

Para efecto del cobro de tarifas, **los honorarios**⁴⁵ se referirán, según el caso, a uno de los tres tipos de costo básico para cobro de tarifas que se definieron:

CBT-E (estimado), CBT-P (presupuesto) o CBT-R (Real)

(...)

7. Construcción.

(...)

Las modalidades de construcción son las siguientes:

(...)

7.1.2. **Construcción a precio global o alzado.** Se entiende por construcción a precio global o alzado, aquella en la que el arquitecto se obliga a realizar por una suma total fija, determinada obra, asumiendo todos los riesgos del costo de la misma.

Las condiciones en que debe realizarse la obra por precio global o alzado, y su forma de pagos, deberán determinarse en el respectivo contrato. **Al calcularse el valor de la obra por precio global o alzado, el contratista deberá incluir el valor de sus honorarios** lo mismo que el valor 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.

En este tipo de contrato el arquitecto no tiene ninguna obligación de rendir cuentas a la entidad contratante; el arquitecto sólo recibirá el monto determinado en el contrato, sin tener derecho a otros reajustes diferentes a los que se hayan previsto en el contrato, y de acuerdo con los artículos pertinentes del Código Civil.

7.1.3. **Construcción por precios unitarios.** Se entiende por construcción por precios unitarios, aquella en la que se determinan los precios de cada ítem de la obra que deben ejecutarse, independientemente de su volumen o cantidad. **En este tipo de contrato el arquitecto asume la responsabilidad del costo de los precios unitarios pactados, pero no del volumen o cantidad que requiera la construcción.**

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 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.**

⁴⁵ Léase Utilidad (U).

Estos honorarios e incidencias podrán también incorporarse como porcentaje en un capítulo separado de las cuentas y se pagarán de acuerdo con el costo real de la obra y los reajustes efectuados durante la misma sobre liquidaciones parciales que se efectúen. Se entiende por costo real de la obra en este tipo de contrato,⁴⁶ para efecto del cálculo de los honorarios y demás incidencias, el resultado de multiplicar los precios unitarios pactados en el contrato por los volúmenes o cantidades de aquellos que se hayan realmente ejecutado en la construcción.

Se agregará además el costo real de los trabajos realizados que no se hayan pactado por precios unitarios. Estos contratos tendrán derecho a los reajustes de precios pactados en el contrato respectivo.

7.2. Honorarios de construcción.

(...)

7.2.1.1. Valor de los honorarios.

7.2.2. Honorarios para construcción por precio global o alzado. El arquitecto tendrá derecho a incluir en el presupuesto de precio global una partida correspondiente a honorarios de por lo menos el 10% del costo base de los trabajos.

7.2.3. Honorarios para construcción por precios unitarios. El arquitecto tendrá derecho a incluir en los precios unitarios una partida correspondiente a honorarios de por lo menos el 10% del costo base de los trabajos.” (Negrita y subraya del Despacho)

Es preciso indicar de una vez, que el Decreto 2090 de 1989, **fue derogado expresamente por la Ley 80 de 1993**; situación que de forma reiterada y señalaríamos como unánime ha sido materia de reproche y llamado de atención de parte de la doctrina y jurisprudencia Nacional, ya que el Decreto en sí, no ostentaba ningún vicio de incongruencia con el estatuto general de contratación; lo anterior es tan cierto, que incluso en la actualidad el Decreto ha venido sosteniendo vida jurídica más allá de su decaimiento legal, al ser traído de forma constante y expresa en los pliegos de condiciones de las entidades estatales, como criterio hermenéutico y contentivo de obligaciones de los contratistas y fijación de pauta de sus honorarios; así como su continuo uso a nivel jurisprudencial.

Entonces existió norma expresa que consagró el concepto de AIU en los contratos de construcción bajo la modalidad de precios unitarios, y dicho cuerpo legal dejaba claro que al interior del acápite de costos directos se debía tener en cuenta al momento de tasar las actividades contractuales los imprevistos inherentes al desarrollo de cada una de ellas, o bien se podía pactar dicha contingencia por fuera de los APU (costos indirectos).

⁴⁶ Interpretar en congruencia con lo dispuesto en los numerales 0.9 y 0.9.1, a efectos de entender que son los costos directos del contrato en Colombia.

En este punto, dejemos claro que la técnica presupuestal en proyectos de construcción obedece al desarrollo de diferentes metodologías de conocimiento y uso a nivel mundial, y como expresan ellas por regla general como al momento de estructurarse los precios unitarios (que no es un invento colombiano)⁴⁷ debe tenerse en cuenta los imprevistos inherentes a la ejecución de cada actividad contractual.

Como habíamos anunciado un yerro común al entrar a dilucidar la naturaleza del acápite de imprevistos de los costos indirectos, **es asignarles el carácter de emolumento dispuesto para cubrir los riesgos previsibles y/o aleas normales del contrato**; y trata de vincular de forma inexorable el primero con los segundos señalando como sustento de ello lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, y el documento Conpes 3714 de 2011; **lo cual no es cierto**.

Más allá de la evidente inconsistencia etimológica y lógica que representa pretender cubrir **contingencias previsibles** con los emolumentos dispuesto para solventar las **contingencias imprevisibles**; la tesis expuesta no es de recibo en nuestro ordenamiento jurídico por lo que a continuación se explica:

1. La Ley 1150 de 2007, establece que el deber de realizar el análisis de riesgos previsibles es inherente a la etapa de planeación de todos los contratos estatales, no sólo a los de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios; de ser cierto el razonamiento expuesto, habría de predicarse entonces la necesidad de pactar de forma expresa un reconocimiento de un ítem de **imprevistos (I)**, que asuma el pago de los riesgos previsibles en todos los contratos que celebra el Estado sin importar su naturaleza, o modalidad de pago, que ya se predica la existencia de la obligación de analizar y establecer los riesgos previsibles en todos ellos sin excepción; por ejemplo en contratos de prestación de servicios o suministro, sin que aquellos en la práctica contemplen un capítulo de **imprevistos (I)**.
2. La calidad de conmutativo y sinalagmático del contrato estatal, implica a su vez la aplicación de toda una serie de brocardos del derecho civil y comercial, como el de *actio in rem verso*, o el de equivalencia de derechos y obligaciones. Ahora bien en desarrollo de este último principio imaginemos que el análisis de riesgos previsibles, conllevara de forma inexorable la estimación del valor del ítem **imprevistos (I)** a favor del contratista y que aquel debiese causarse de forma automática a su favor, bajo las mismas reglas de la **utilidad (U)** del contrato, como sugiere las tesis en comento; deja tal orientación de lado que también el análisis de riesgos previsibles crea una serie de expectativas de derecho a

⁴⁷ A guisa de ejemplo la AACE International (Asociación para el avance de la ingeniería de costos) ha realizado desde su fundación en el año 1956, diferentes estudios con referencia a la identificación, causación y tasación de imprevistos en los contratos de diseños y construcción.

reconocimientos a favor de la administración y en disfavor del contratista, y que en este caso no se realiza por el contratista entrega de dinero alguno a la administración, sino que en el mejor de los escenarios aquellos están amparados por pólizas, y a efectos de poder hacerlas efectivas en el caso de ocurrir algunos de aquellos imprevistos a cargo de contratista, deberá la entidad proceder a declarar un siniestro (Ley 1150 de 2007), previas gestiones inherentes al desarrollo de un debido proceso administrativo (Ley 1474 de 2011) **que conlleva el deber de la administración de identificar las causas de siniestro, explicar su causación y probarlo, y finalmente tasar el valor del daño que se le ocasiono**, para culminar toda aquella tortuosa y dispendiosa actividad administrativa con un acto administrativo, cuyas expectativas de ejecución y por ende de efectividad del reconocimiento a favor de la entidad están condicionadas a un segundo proceso administrativo de cobro coactivo, cuya efectividad está condicionada a la liquidez y no insolvencia del contratista.

¿Podrá entonces predicarse de acuerdo con lo expuesto la existencia de una reciprocidad y/o equivalencia de derechos y obligaciones interpartes de acuerdo al ejemplo propuesto? ; ¿Será el ejemplo propuesto acorde con la imposición de reglas de modulación de la normatividad civil y comercial, cuando una de las partes es una entidad pública, de acuerdo con los lineamientos que ordena la jurisprudencia de lo contencioso administrativo a los servidores públicos en el ejercicio de funciones públicas?

3. Como vimos antes de la Ley 1150 de 2007, entonces ya habían existido normas que consagraban de forma expresa el AIU en los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, y no condicionaban la estructuración del presupuesto a regla alguna de identificación y estimación de riesgos previsibles. No son entonces los riesgos previsibles un elemento *sine qua non* de la existencia del ítem **Imprevistos (I)** en los costos indirectos (AIU).
4. En **ningún** pliego de condiciones o contrato estatal que haya conocido esta instancia jurídica y fiscal; operador jurídico alguno se ha atrevido a dejar textualmente señalado que los recursos dispuestos en el capítulo **Imprevistos (I)** de los costos indirectos habrán de ser reconocidos y pagados al contratista sin necesidad de soporte o justificación alguna, ni que deban entenderse aquellos como parte de la **Utilidad (U)** del contratista.

No obstante lo expuesto, los defensores de la tesis en comento sostienen que de forma **tácita** debe considerarse que existe una estipulación que señala lo anterior. Ahora bien, en un ordenamiento jurídico que exige a los servidores públicos que sus actuaciones sean cobijadas por reglas jurídicas previamente

definidas (art. 6 C.N.), y cuyo estatuto de contratación indica que el contrato y sus estipulaciones sean pactadas por escrito para poder ser vinculantes entre las partes (art. 39 de la Ley 80 de 1993), ¿será posible predicar obligaciones tácitas de pagos al contratista por servicios o actividades cuya ejecución o causación no necesita ser probada?. La respuesta sólo puede ser negativa.

Y aunemos a lo expuesto algo más desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal, ¿será una buena gestión fiscal, en el marco de la debida vigilia, cautela, tutela o cuidado que depreca nuestro ordenamiento jurídico que un servidor público procediese a pactar la entrega de recursos de tesoro público contra actividades o servicios cuya existencia o causación desconoce y no pretende conocer?

5. Argumento de fondo es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha decantado sin ambigüedades, que los costos inherentes a los riesgos previsibles a cargo del contratista deben ser estimados por aquel y por la entidad contratante desde la etapa de planeación, y se ubican dentro de los costos directos del contrato (detalle del APU, aspectos tales como rendimientos, desperdicio, descartes, etc.), al respecto es paradigmático el siguiente fallo del Consejo de Estado⁴⁸:

3.2.3. Los riesgos previsibles en el contexto de los componentes del precio del contrato

*En varias oportunidades, la Sección Tercera⁴⁹ ha indicado que a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales contratantes tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, estimación y asignación de riesgos. **La norma en cuestión tuvo el propósito de que, conocidos oportunamente los riesgos previsibles, cuyos efectos económicos se distribuyen entre las partes contratantes, exista claridad para los proponentes sobre las condiciones bajo las cuales presentan sus ofertas, sin que puedan ser alegados desequilibrios derivados de dichos riesgos**, temática sobre la cual esta Corporación ha sostenido:*

*“Dentro del contexto legal vigente gravita este deber en los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, como aquellos de la Constitución Política previstos en los artículos 2°, 13, 58, 83 y 90. Vale anotar que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, relacionado con las derogatorias que se surten en virtud de la misma, eliminó a partir de su vigencia la expresión ‘además de la obtención de las utilidades cuya protección garantiza el Estado’ del inciso segundo del artículo 3° de la Ley 80 de 1993’, norma esta última que define al contratista como colaborador del Estado. **Según parece la reforma realizada por la Ley 1150 de 2007 al estatuto de contratación pretende armonizar esta eliminación con la asignación de riesgos en el proceso de contratación que se ordena en su artículo 4 y, como corolario, generar***

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Fallo del 19 de julio de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576). Actor: Cámara Colombiana de la Infraestructura – Seccional Antioquia. Demandado: Departamento de Antioquia. Medio de Control de Nulidad (Apelación Sentencia).

⁴⁹ CE. S3/sA. Fallos de 27-Mar-14 [Exp. 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; 9-Sep-15 [Exp. 25000-23-26-000-2009-00526-01(45088)]. MP. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

efectos en la aplicación del equilibrio financiero del contrato, en el entendido de que dicha disposición o expresión había amparado reclamaciones de los contratistas por este concepto y bajo la égida de aquel principio. Sin embargo, lo cierto es que el equilibrio o equivalencia económica del contrato tiene como finalidad garantizar en equidad que durante su ejecución se conserven las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar, según la modalidad de contratación, **figura que no debe entenderse que desaparece en virtud de la reforma**, pues, aunque el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dicha ley no suprimió el concepto del contratista colaborador de la administración para el logro de los fines estatales, sobre el cual descansa el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, como tampoco los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, que permiten aplicar este principio ante todas aquellas situaciones que puedan romper la ecuación contractual⁵⁰ (subrayado fuera del texto).

En similar sentido, que:

“El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación comercial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad[50]⁵¹.”

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al

⁵⁰ CE. S3/sB. Fallo de 31-Ago-11 [Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵¹ [50] Original de la cita: MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, Pág. 201. “Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad...”

estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público[52]⁵² ⁵³(subrayado fuera del texto).

No puede perderse de vista que, para cuando fueron expedidas las circulares demandadas, el Gobierno Nacional reglamentó en el Decreto 734 de 2012⁵⁴ la forma en que se determinaban los riesgos previsibles, coincidiendo con las consideraciones antecedentes y, en particular, que los mismos se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos.

*Dentro de ese contexto, esta Corporación ha advertido que **la distribución de los riesgos previsibles que concreten en cada caso el deber legal contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 se incorporan o forman parte de la ecuación económica o financiera de los contratos estatales**⁵⁵ y que, además, en razón de ese mismo imperativo legal, los pliegos de condiciones deben ofrecer a los proponentes una fórmula definitiva que les permita la anticipación en su oferta de un cuadro adecuado de conmutatividad prestacional⁵⁶. En este punto, la jurisprudencia constitucional⁵⁷ ha coincidido con el criterio del Consejo de Estado frente a que las causas del desequilibrio económico del contrato excluyen los riesgos que expresamente hayan sido asumidos por el contratista.*

Asimismo, es preciso recordar que esta Corporación ha destacado la doble dimensión del principio de equivalencia económica del contrato estatal: de una parte, el equilibrio objetivo,

⁵² [52] Original de la cita: ROGER TOMAS. Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pg 43.

⁵³ 44 CE. S3/sC. Fallo de 1-Feb-12 [Exp. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁴ “Decreto 734/12. Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales. “En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato. “Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida. “La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego” (subrayado fuera del texto).

⁵⁵ CE. S3/sB. Fallos de 31-Ago-11 [Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)], 8-Feb-12 [Exp. 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344)] y 28-Jun-12 [Exp. 13001-23-31-000-1996-0123301(21990)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio; 29-Ago-12 [Exp. 05001-23-26-000-1994-0231801(20615)]. MP. Danilo Rojas Betancourth; 29-Jul-13 [Exp. 08001-23-31-000-1991-0633401(21642)] y 11-Dic-15 [Exp. 25000-23-26-000-1997-12130-01(24636)]. MP. Ramiro Pazos Guerrero. En estas providencias se indicó que “Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución”.

⁵⁶ CE. S3/sC. Fallo de 15-May-17 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)]. MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁵⁷ C-300/12. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

visto desde la óptica de la razonabilidad que debe existir entre las prestaciones correlativas de los contratantes, y, de otro lado, el respeto y mantenimiento de las condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado algún procedimiento de convocatoria pública o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la contratación sin dicho tipo de convocatoria⁵⁸.

Como consecuencia, desde la óptica del precio del contrato, los riesgos previsibles se identifican con las referidas condiciones técnicas, económicas y/o financieras, las cuales considera el oferente para formular una oferta o para suscribir el contrato. Por ello, una distribución óptima de los riesgos previsibles, particularmente los asignados al contratista, requiere que la entidad estatal contratante, desde los estudios previos, los pliegos de condiciones o sus equivalentes reconozca, como parte de los costos⁵⁹, el impacto financiero que puedan tener en el precio las acciones necesarias para prevenir o administrar dichos riesgos.

Precisamente, esta Corporación, en un caso anterior a la Ley 1150 de 2007, indicó que “Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad”⁶⁰, gastos que hoy en día, en virtud del deber contenido en el artículo 4 de dicha ley, corresponden a los que demanden las acciones necesarias para prevenir o administrar los riesgos previsibles asignados al contratista.

Lo anterior coincide además con la legislación extranjera que trajo a colación la parte actora en la demanda⁶¹, la cual reconoce que los imprevistos que se vean reflejados en el presupuesto y que se valoren en unidades de obra o en partidas, hacen parte de los costos directos del contrato.

Téngase presente también que la doctrina especializada, tratándose del estudio detallado del presupuesto de un contrato, advierte frente a los “imprevistos” que “Es el riesgo de los gastos

⁵⁸ CE. S3. Fallos de [sA] 16-Sep-13 [Exp. 250001-23-26-000-2003-00113-01(30571)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; [sC] 22-Jun-11 [Exp. 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836)] y 27-Ene-16 [Exp. 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁹ En este punto, tratándose de la estimación de costos, la doctrina especializada advierte que “Independiente del cuidado que se tenga en realizar un buen presupuesto, es todavía una estimación realizada bajo condiciones de incertidumbre. Dado que los proyectos son únicos, los riesgos pueden estar presentes en todos los elementos del proyecto, por ejemplo en su programación y costos. “Las razones para esta incertidumbre en el costo de un proyecto pueden ser muy variadas, las que pueden ir desde problemas en la escala de los precios, diferencias entre recursos necesarios y los proyectados, variaciones en las estimaciones del tiempo requerido para realizar una actividad, cambios en los requerimientos del proyecto, entre otras. “Las razones de estos cambios pueden ser muy variadas, por ejemplo: algunos errores pueden deberse a un mal supuesto del estimador, otras veces el estimador o el mandante puede aprender más sobre el comportamiento del proyecto, o a veces pueden cambiar las bases legales en que se realizó la estimación. “Un buen administrador de proyectos, entonces, debe anticiparse a esta situación y tomar todas las medidas necesarias, las que deben incluir planes de contingencias, que son actividades preestablecidas si no se cumplen algunos supuestos en la materialización del proyecto. Una forma de hacerlo es implementar una estrategia para manejar el riesgo. “En general, el manejo del riesgo incluye tres áreas: identificación del riesgo, análisis del riesgo y respuesta al riesgo. La identificación del riesgo consiste en el estudio de todas las posibles fuentes de riesgos en el proyecto. La esencia del análisis del riesgo está en establecer los resultados de una decisión como una distribución probabilística y usarlas para evaluar el impacto de ciertas decisiones. La respuesta al riesgo normalmente involucra una decisión acerca de cuáles riesgos hay que prepararse, cuáles hay que ignorar, y cuáles hay que dejarlos como potenciales” (subrayado fuera del texto). DE SOLMINIHAC T., Hernán / THENOUZ Z., Guillermo. Procesos y técnicas de construcción. 5ª Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2014. p. 183.

⁶⁰ CE. S3. Fallos de 29-May-03 [Exp. 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)]. MP. Ricardo Hoyos Duque

⁶¹ Fl. 37, c. 1.

no controlables. A mayor seguridad en los precios y cantidades de cada partida, menor es el riesgo, y por lo tanto, menores deberían ser los imprevistos⁶², planteamiento coincidente también con las consideraciones precedentes en torno a los riesgos previsibles.

*Todo lo hasta aquí expuesto permite reconocer cómo el precio de la oferta se erige, desde la óptica financiera del contrato estatal, como una condición implícita del oferente o contratista para suscribirlo y ejecutarlo, que se inserta en un marco prestacional y circunstancial cuyo contenido debe estar delimitado desde los estudios previos, los pliegos de condiciones o sus equivalentes. **Corresponde al oferente o contratista establecer, en cada caso, dependiendo de su situación particular e interés⁶³, si dicho marco le resulta favorable en orden a formular un precio cuyos componentes necesarios (costos y utilidad) no deben ser excluidos por la entidad estatal.** (Negrilla del Despacho)*

6. Sostiene este Despacho entonces desde hace lustros posición jurídica en el sentido que en tratándose del reconocimiento o pago de actividades, suministros o servicios contratados por el Estado; estos deben estar debidamente justificados a efectos de evitar un detrimento en contra del Estado, para el caso concreto es forzoso **que el contratista acredite la ocurrencia del imprevisto pactado y este sea aceptado por la entidad contratante.**

Y es que la judicatura de forma reiterada e inveterada ha desconocido la procedencia de las reclamaciones contractuales interpuestas ante ella, ya no por la inexistencia o duda de los hechos génesis de responsabilidad contractual de parte de una entidad estatal, sino por la falta de soporte probatorio de los daños ocasionados a los demandantes (contratantes), a manera de ejemplo⁶⁴:

⁶² DE SOLMINIHAC T., Hernán / THENOUZ Z., Guillermo. Procesos y técnicas de construcción. 5ª Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2014. p. 152.

⁶³ La doctrina especializada reconoce que “La discusión anterior sobre los precios que se fijan con fundamento en el costo-más-utilidad pueden llevarnos a pensar que los proveedores siempre calculan el precio de su producción basados en los costos totales de los productos o servicios más una utilidad. Los proveedores no siempre calculan sus precios de esa forma. Por ejemplo, un proveedor podría tener un inventario de baja rotación y preferir venderlo al costo, o inclusive por debajo de este, solo para recuperar el dinero invertido en ellos y que puede ser usado para otros propósitos. O, un proveedor podría deliberadamente vender al costo más una utilidad que esté por debajo del nivel normal. “Un tipo de cálculo similar del precio ocurre cuando el negocio de una compañía está temporalmente caído. La compañía podría no estar consiguiendo suficientes negocios para mantenerse funcionando con sus niveles usuales de utilidad, o si se quiere con cualquier nivel de utilidad. Mientras tanto sus gastos operativos generales continúan existiendo y deben pagarse si la compañía quiere seguir existiendo. Ejemplos son renta, impuestos, facturas de servicios públicos, pago a los propietarios y al personal administrativo, y gastos similares. Existe un límite práctico sobre cómo estos gastos pueden ser recortados si la compañía va a permanecer abierta. “En estas circunstancias, algunos negocios son mejores que ninguno. Si la compañía puede obtener negocios que recuperen sus costos variables por hacer el trabajo y además contribuir respecto de otros costos, en la generalidad de los casos resulta mejor tomar ese trabajo. “(...) “Desde luego que la compañía no puede continuar en el largo plazo asumiendo una pérdida en todos sus negocios porque eventualmente fracasará al atender sus gastos totales. En el corto plazo, podría ser aceptable hacerlo y sobrevivir con ahorros mientras se espera la recuperación del negocio”. MURPHY, John Edward. Guide to Contract Pricing. Cost and Price Analysis for Contractors, Subcontractors, and Government Agencies. 5th Edition. Management Concepts. United States, 2009. pp. 11-12 (traducción libre).

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, MP. Martha Nubia Velásquez Rico, Sentencia del 10 de agosto de 2016 dentro del proceso con radicado interno: 49.864.

“Sobre el particular se recuerda que el contratista obligado a llevar libros de contabilidad⁶⁵ tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria debe ser analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual – como el que se reclama en la acción de reparación directa-.

Ello es así por cuanto en el caso del daño extracontractual sobreviene una afectación antijurídica sin que se pueda imputar a la víctima la obligación específica de llevar el registro contable de su valor, el cual puede ser acreditado por diversos medios probatorios, para efectos de derivar la liquidación del perjuicio correspondiente.

Empero, en el escenario del contrato estatal, la prueba del daño contractual, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que -en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala- el contratista además de probar la causa del daño tiene que allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

La prueba del daño contractual se encuentra a cargo del contratista que lo alega, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁶⁶, norma aplicable en el presente proceso, teniendo en cuenta que, además de cumplir con sus obligaciones legales en materia de las normas de contabilidad, el contratista está sometido a la específica obligación de elaborar las actas de obra para el cobro del precio del contrato y de expedir las facturas correspondientes de acuerdo con la realidad económica de la ejecución contractual, por manera que, por principio, se encuentra a su alcance el deber de probar los costos o los gastos que alega como constitutivos del mayor valor en la ejecución de la obra.

Como consecuencia, en el evento de un proceso judicial entablado a través de la acción contractual se estima que el contratista que tiene la calidad de comerciante está en posición de desglosar y demostrar los costos y gastos que configuran el daño y constituyen la base para la estimación de los perjuicios que alega como causados.

Ahora bien, cuando se acude a la prueba pericial y el dictamen proviene de un perito contador público –lo cual no sucede en el presente caso-, si el referido profesional relaciona las fuentes utilizadas y omite referencia a los soportes y registros contables, se debe apreciar que, proviniendo de un experto en las normas contables, resulta evidente que el perito no tuvo a su alcance la prueba contable para emitir el dictamen.

En el presente proceso el dictamen provino de un profesional de la ingeniería, empero, el perito fue claro en describir las actividades realizadas para rendir el dictamen⁶⁷, dentro de las cuales

⁶⁵ De acuerdo con los documentos aportados en la Licitación Pública 43-94, el demandante estaba inscrito en el registro único de proponentes y había ejecutado profesionalmente otros contratos de obra con entidades del Estado, de donde se infiere que tenía una empresa establecida y se encontraba sometido a las normas del Código de Comercio acerca de la contabilidad de los comerciantes. Folio 488, cuaderno 3.

⁶⁶ “Artículo 177 C.P.C. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁶⁷ En el folio 4 del cuaderno del dictamen.

relacionó la visita física, la correspondencia cruzada entre las partes, las conversaciones con los moradores y con un subcontratista que fue vinculado en las postrimerías del contrato⁶⁸.

En conclusión, para este caso la Sala se aparta del dictamen, teniendo en cuenta que no constituye prueba del daño contractual, los cálculos financieros del perito se fundaron en su propia estimación de los costos de la obra y del precio que a su juicio ha debido cobrar el contratista y, además, la liquidación de supuestos perjuicios se efectuó con la inclusión de componentes que no correspondían a los ítems definidos para el contrato y en los cuales el contratista no demostró haber incurrido⁶⁹. **(Negritas del Despacho)**

Igualmente sobre el hecho de que los perjuicios deben ser debidamente acreditados, y en relación al ítem **Imprevistos (I)**, ha sentenciado el Consejo de Estado:

“Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo [rompimiento financiero o económico del contrato] por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él⁷⁰ o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

“A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en (sic) los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que ‘en (sic) los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevisos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida

⁶⁸ Subcontrato para la terminación del puente sobre el río San Jorge No. 003-95, suscrito el 10 de octubre de 1995, entre Rubén Dario Castellanos López y Luis Rios por la suma total de \$118'000.000 para ejecutar las obras faltantes a todo costo en el puente sobre el río San Jorge correspondientes al contrato No. 70-0413-0-94. Como objeto del subcontrato se discriminaron: la construcción de caissons pilas, los concretos para zapatas estribos y elevaciones y el hierro de refuerzo.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 28 de enero de 2016, radicación: 250002326000200301742 (34454), actor: Vías y Construcciones S.A. – Vicon S.A., demandado: Metrovivienda Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, referencia: acción de controversias contractuales. “En relación con la valoración del dictamen pericial, el juez dispone de la facultad —que siempre ha de ser ejercida de manera razonada, con la pertinente y debida justificación— de apreciar libremente tanto las constataciones como las conclusiones, juicios y conceptos que forman parte del dictamen pericial, de manera que si lo encuentra referido a asuntos que escapan al objeto posible de una experticia técnica, insuficientemente justificado, incorrectamente soportado o conducente a conclusiones irrazonables o carentes de la apropiada demostración, no tiene la obligación de acogerse a él sino, al contrario, de apartarse de su contenido”.

⁷⁰ Nota del original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato^{71,72}.

Y en ese mismo sentido, en sentencia del 13 de junio de 2016 se dijo:

“Revisada la experticia se observa que la metodología adoptada por el auxiliar de la justicia (sic) para calcular el valor de los perjuicios que se debían reconocer por concepto de la mayor permanencia, consistió en realizar una liquidación del valor de administración y utilidad calculada con base en el valor inicial del contrato y su adición y proyectarla por el plazo en que se prorrogó el acuerdo, esto es, por 236 días.

“Sin embargo, la Sala advierte que la operación realizada por el perito a partir, exclusivamente, de las cifras extraídas del contrato y de su adición, en modo alguno reflejan la efectiva ocurrencia de los perjuicios presuntamente sufridos por el demandante.

“Con ese propósito resultaba imperioso acudir a distintos medios de prueba (inspecciones, exhibiciones, documentos etc.) como por ejemplo los libros de contabilidad de los demandantes, facturas, comprobantes de pago, planillas de seguridad social - documentos que deben hacer parte del archivo del contratista- para establecer si se realizaron desembolsos o consignaciones por concepto de pago de maquinaria y equipos, contratos de alquiler, personal, nómina, prestaciones sociales, parafiscales, arriendos, vigilancia u otros documentos que permitieran probar las erogaciones hechas por estos conceptos durante el período reclamado”⁷³.

Entonces si en nuestro ordenamiento jurídico, un contratista que acuda al ejercicio de la acción contractual **debe probar** mínimamente en sede judicial **(i)** la ocurrencia de un hecho ajeno a él, y cuyas consecuencias no está obligado a soportar contractualmente **(ii)** que aquel haya causado un desequilibrio contractual en su disfavor, y **(iii)** esbozar la valoración de aquel daño; vale la pena efectuar los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo explicar que a ese mismo contratista por los mismos supuestos de hecho se le pueda hacer un pago o reconocimiento en instancia administrativa sin que pruebe o siquiera justifique lo anterior, y que esa conducta sea catalogada como congruente con una buena gestión fiscal?; ¿Es que acaso la aplicación de la Ley es diferente en sede administrativa y judicial? o ¿Es que acaso el Estado tiene una desventaja en la relación contractual establecida con el contratista respecto al pago de este concepto (Imprevistos)?

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los **Imprevistos (I)**, su pago y reconocimiento ha señalado:

“El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salva guarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obras y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la administración cuando se produzcan (ya que la técnica

⁷¹ Nota del original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2011, expediente 25000232600019970439001(18.080).

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 05001-23-31-000-2006-00111-01(48.809).

presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos) son evaluados a priori en los presupuestos de contratación. Cubre así los riesgos propios de toda obra. (...) 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 álea del contrato: (Sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14577) (Lo **resaltado** es fuera de texto).

*“A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de la administración –**imprevistos- utilidad**-, comúnmente llamados AIU, es determinante para la demostración del equilibrio económico del contrato. En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que la cláusula relativa a su valor se incluye un porcentaje de imprevistos (como suele suceder en los contratos de obra pública) le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, **demostrar que a pesar de contarse con esa partida resultó insuficiente y superó los sobre costos que se presentaron durante la ejecución del Contrato**” (Sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20344)*

De lo expuesto emerge que los imprevistos efectivamente se deben producir en el desarrollo de la ejecución contractual, esto es ser reales y de manera consecuente demostrarse. Aserción que no es temeraria, pues si para el restablecimiento de la ecuación contractual el contratista tiene la carga procesal de demostrar que a pesar de contarse con la partida presupuestal, ésta resultó insuficiente con los sobrecostos presentados, como entender qué no se debe demostrar la ocurrencia del imprevisto pactado, como lo esbozan las tesis contrarias a la de la judicatura.

Cualquier asomo de duda, se despeja sin discusión alguna con una postura posterior del Consejo de Estado, en la que precisó⁷⁴:

*“ (...) parte de esos costos indirectos está representada por el componente denominado “AIU”, que corresponde a un porcentaje de los costos directos estimados, donde “A” significa administración y comprende los costos indirectos propiamente dichos, destinados a cubrir los gastos a los que se ha hecho alusión; la “I” significa imprevistos y corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se puedan presentar en el curso del contrato **(a este respecto, es bueno precisar, que si bien el rubro de imprevistos debe estar contemplado en la oferta, realmente no es un dinero que pertenezca o vaya pertenecer al constructor; por tal razón al momento de liquidar el contrato, las partes deben tener en cuenta este porcentaje amortizado y, en caso de que no se haya afectado este rubro, el dinero correspondiente debe ser reintegrado al comitente, pues, de lo contrario, tales dineros se convertirían en ganancia del constructor, con lo cual éste se enriquecería sin justa causa)** y la “U” representa la utilidad o la ganancia neta que recibirá el constructor por le ejecución del proyecto. El “AIU” debe estar incluido en cada uno de los ítems cotizados, aunque la correcta técnica exige que se analice y discrimine por separado.” (Negrita y subrayado del Despacho).*

⁷⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicación 1996-03577, Expediente 20524(6). CP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Y si es que alguna duda quedaba sobre la posición del Consejo de Estado, este decidió de forma concreta⁷⁵ el tema de la presente **LÍNEA JURIDICA** el año anterior, al fallar acción incoada por la Cámara Colombiana de Infraestructura que atacó por vía judicial el acto administrativo mediante el cual la Gobernación de Antioquia, había establecido el no pago de imprevistos sin la existencia previa de soportes de su causación y necesidad de pago, bajo la teoría de la imprevisión; para lo cual el accionante acudió a los argumentos esbozados en los documentos insignias de su tesis (el concepto de la Contraloría General de la República del año 2012, y el documento de doctrina ingenieril emanado por esa misma entidad). Reza el fallo en comentario:

3.2.4. Los riesgos imprevisibles en el contexto de los componentes del precio del contrato

Tratándose de los riesgos contractuales, el carácter de imprevisibles cubre tanto los anormales que no fueron previstos en el contrato, como también los que habiéndolo sido, sus efectos desbordan los límites de la asunción de la parte contratante a quien dichos riesgos le fueron distribuidos⁷⁶.

En ese sentido, en el contexto del principio de equivalencia económica del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, por tratarse de riesgos imprevisibles que escapan a los supuestos del deber contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, no existen parámetros objetivos para que la entidad estatal contratante, en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, reconozca respecto de dichos riesgos, costos en los que haya de incurrir el contratista y que impacten ex ante el precio del contrato. De allí que resulte razonable respecto de estos riesgos que el impacto financiero que efectivamente acarree su realización se valore ya durante la ejecución del contrato y no antes.

Lo anterior sin perjuicio de que este tipo de riesgos puedan llegar a constituir un factor que influya en la determinación de un mayor valor en la utilidad que se estime conveniente reconocer al contratista desde los pliegos de condiciones o sus equivalentes o que el proponente considere para decidir si opta por presentar una oferta o suscribir el contrato estatal.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Fallo del 19 de julio de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576). Actor: Cámara Colombiana de la Infraestructura – Seccional Antioquia. Demandado: Departamento de Antioquia. Medio de Control de Nulidad (Apelación Sentencia).

⁷⁶ De acuerdo con KOLLER, en los contratos de obra, los riesgos que provocan un incremento de los costos resultan normalmente de la esfera organizativa del deudor o si surgen de una esfera neutra, surten efectos en primer lugar sobre su ámbito de poder, por lo que aquel puede, no solo pronosticarlos con mayor facilidad en cuanto a su probabilidad y dimensiones, sino también controlarlos, por ejemplo, a través de la contratación de un seguro. KOLLER, I. Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München. 1979. p. 263. 56 CE. S3/sA. Fallo de 23-Mar-17 [Exp. 08001-23-33-000-2013-00105-01(51526)]. En esta providencia se indicó: “En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece. “Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. “Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada” (subrayado fuera del texto).

No sobra indicar que son este tipo de riesgos los que, de llegar a acontecer, pueden romper el equilibrio económico del contrato y obligar a las partes contratantes, si se cumplen los presupuestos de la denominada “teoría de la imprevisión” a adoptar las acciones necesarias para restablecerlo, en particular si el mayor costo de ejecución del contrato consume en su totalidad y/o rebasa el valor de utilidad, caso en el cual el restablecimiento debe estar orientado a reconocer únicamente dicho mayor costo y no la utilidad adicionada al mismo, cuestión que corresponde precisamente al punto de no pérdida⁷⁷. Esta Sala⁷⁸, además, ha sostenido que la prueba de la ruptura de la ecuación financiera del contrato impone el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio.

Finalmente aunque este tipo de riesgos imprevisibles no deben incidir en el precio del contrato, ello no impide que la entidad estatal incluya un valor estimado como parte de la disponibilidad presupuestal para la eventual atención de los eventos imprevistos que durante la ejecución del contrato obliguen al restablecimiento de la ecuación económica a favor del contratista⁷⁹.

(...)

Para la Sala **es claro que las instrucciones previstas en las circulares demandadas hacen eco del alcance de la teoría de la imprevisión, como causa propia del desequilibrio financiero del contrato estatal, cuyos eventos, a diferencia de los riesgos previsibles del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, no impactan ex ante el precio del contrato, aun cuando sí deben reconocerse ex post al contratista de llegar a acaecer los mismos durante la etapa de ejecución contractual.**

(...)

Por lo demás, las circulares demandadas atienden en la referida materia las directrices de esta Corporación, que ha reconocido la teoría de la imprevisión como concepto jurídico en el contexto del desequilibrio económico del contrato⁸⁰, sin necesidad de aplicar conceptos o criterios de naturaleza técnica. Por esa razón, no observa la Sala que los actos en cuestión hayan podido exceder ningún límite de la discrecionalidad técnica. Lo dicho justifica, además, que en este caso la Sala no haya tenido necesidad de acudir a los testimonios practicados en el marco de este proceso.” (Negrita del Despacho)

Compartimos las razones expuestas en las circulares: N° 000073 del 4 de febrero de 2013, y 221 del 18 de junio de 2013 de la Gobernación de Antioquia.

⁷⁷ CE. S3. Fallos de 15-Feb-99 [Exp. 11194], MP. Ricardo Hoyos Duque; [sA] 2-Jul-15 [Exp. 6800123-15-000-1996-11311-01(34518)]. MP. Hernán Andrade Rincón

⁷⁸ CE. S3/sA. Fallo de 23-Oct-17 [Exp. 25000-23-26-000-2012-00035-01(53875)].

⁷⁹ En este punto es importante advertir que el EGCAP prevé que las entidades deben incluir una apropiación global – es decir un deber no reducible un contrato o contratos en particular – destinada a cubrir no solo a los imprevistos ocasionados por las alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos suscritos por ellas – alteraciones que valga la pena advertirlo implican el rompimiento del equilibrio económico del contrato –, sino también otros eventos que si bien la norma cobija también bajo la noción de “imprevistos”, no corresponden a los que se enmarcan en la teoría de la imprevisión. En efecto: “Ley 80/93. Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (...) “14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrado. (...) (subrayado fuera de texto)

⁸⁰ CE. S3/sA. Fallo de 18-Jul-12 [Exp. 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

“3. Establecer una cláusula contractual donde se indique que, en el evento de que se presenten (I) Imprevistos durante la ejecución del contrato, el porcentaje que se destina a cubrir el costo serán amparados y reconocidos una vez sean demostrados por el contratista, con cargo al CDP que amparó el presupuesto oficial del proceso, en el entendido de que, si durante dicha ejecución no ocurren imprevistos, el porcentaje que se destinó para este concepto no se convierte en parte de la utilidad del contratista.” SNFT.

“El Departamento de Antioquia como entidad que administra recursos públicos, sólo puede pagar los (i) Imprevistos que el contratista acredite, porque la destinación de esta provisión es específica y no puede convertirse en la parte de la (U) Utilidad del contratista, ya que de permitirse el pago de (I) Imprevistos sin que estos hayan ocurrido, **SE CONFIGURARÍA EN UN DETRIMENTO PATRIMONIAL QUE SERÍA OBJETO DE ACCIÓN FISCAL** por parte del órgano competente.” SNFT.

Se itera que el Consejo de Estado⁸¹ en sentencia del 19 de julio de 2018, negó la nulidad de las circulares y entre las consideraciones destacamos las siguientes:

“Las circulares demandadas no transgreden el principio de equivalencia económica del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, dado que no impiden que los proponentes formulen un precio que incluya sus componentes esenciales (costos y utilidad), ni tampoco que estos tengan en cuenta el impacto financiero de las acciones necesarias para prevenir o administrar los riesgos previsibles que le corresponda asumir al contratista. SNFT.

(...)

Téngase presente que la carencia⁸² de una regulación legal sobre los componentes del presupuesto de un contrato que se encuentran desagregados en el A.I.U. no permite concluir que las circulares demandadas, por el hecho de que interpreten el alcance del componente “I” de dicho agregado con base en la jurisprudencia de esta Corporación, pero sin desconocer en todo caso el impacto financiero que tiene en el precio los riesgos distribuidos entre las partes, patrocine que los contratos se suscriban ab initio en condiciones de desequilibrio.

(...)

De conformidad con lo anotado en el acápite de esta providencia denominado “El objeto de las circulares demandadas”, se observa que el contenido de dichos actos se encuentra orientado a que en el precio de la oferta no sean considerados los riesgos imprevisibles, esto es, los que estén por fuera del alcance del deber contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de que sí se incluya una partida en el presupuesto oficial del proceso de selección que garantice su reconocimiento y pago, con cargo al saldo que quede en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Fallo del 19 de julio de 2018. Radicación 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576).

⁸² CE. S3. Fallo de 14-Oct-11 [Exp. 0500123260001997103201 (20811)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

Igualmente el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de mayo de 2018⁸³ en torno al álea del contrato manifestó:

*“En efecto, **no todo sobrecosto ni toda pérdida** implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende del grado de alteración de la ecuación contractual, en la cual suele incorporarse un álea o riesgo propio de la ejecución del contrato. Así, el rompimiento del **equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos** en la ejecución de sus obligaciones, **si estos son propios del álea normal del contrato**, sino que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera grave, desproporcionada y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato: (...)”.* SNFT.

Según la jurisprudencia reseñada la postura que ha tenido esta Contraloría desde el año 2009 inclusive, la conmutatividad del contrato se logra cuando la propuesta que contiene el precio del contrato (oferta) se estructura con base en los costos (directos) y la utilidad. Por el contrario cuando se pactan imprevistos y se reconocen sin haberse comprobado o acreditado se desequilibra la ecuación contractual, y el contrato deja de ser conmutativo, se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor del contratista, y en consecuencia estamos ante un daño fiscal.

De lo anterior y con fundamento en los anteriores criterios jurisprudenciales (en nuestro concepto vinculantes para esta Contraloría, y a todas luces una **ratio decidendi** ⁸⁴) vinculantes para el Despacho, es necesario predicar sin duda alguna, que la decisión de considerar que el imprevisto debe no sólo haber acaecido, **sino también acreditarse ante la instancia administrativa respectiva**, a efectos de poder ser objeto de reconocimiento contractual, está debidamente fundada en derecho; debe tenerse en cuenta que el fin que persigue el contratista en su calidad de colaborador del Estado no es otro más que el lucro entendido este como Utilidad, y no hacerse a recursos que no le son propios como aquellos dispuestos para asumir la **Administración (A) o Imprevistos (I)**.

Como se ha expuesto basamento de la presente **LÍNEA JURIDICA** es el carácter vinculante que tienen para todos los servidores públicos en general y gestores fiscales en particular lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional, que establecen los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y como aquellos modulan o limitan con las demás normas de derecho público los límites de la expresión de voluntad de las partes del contrato estatal.

Entonces por expresa obligación legal, y en virtud de que se trata de recursos públicos, no puede desconocerse principios que no son sólo orientadores, sino

⁸³ Consejo de Estado, Sección Terca. Fallo del 24 de mayo de 2018. Radicación número: 25000 23 26 000 2004 01977 01 (34157).

⁸⁴ **Ratio decidendi** es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente".

obligatorios en el ejercicio de la actividad contractual estatal **en donde se destinan recursos públicos**, solo se puede predicar el pago, cuando efectivamente exista certeza de la causación del mismo, lo anterior al tenor de lo establecido en el Artículo 11 de la Ley 42 de 1993, **que obliga que las operaciones administrativas de los sujetos de control, se soporten entre otros, en el principio de la economía, pues de contera, constituiría un enriquecimiento sin justa causa del respectivo contratista no exigir tal acreditación, y de manera consecuente, en una violación de los principios orientadores del control fiscal.**

Existen brocados que irradian la totalidad del ordenamiento jurídico, y ya no sólo el área administrativa, que ya hemos traído a colación, por ejemplo el que prohíbe el “*enriquecimiento sin justa causa*” (Artículo 1524 del Código Civil: “...no puede haber una obligación sin una causa real y lícita...”.) que impide la disminución del patrimonio de una persona natural o jurídica sin una causa material y legal congruente a aquella merma económica, sobra advertir que si ello es predicable en materia privada, ni se diga ya en materia del erario público.

El Artículo 355 de la Constitución Nacional, prohíbe a las entidades estatales realizar cualquier tipo de donación o auxilio a favor de terceros, ahora bien si se predicase la posibilidad de reconocer a favor de un tercero (llámese contratista) un pago o suma de dinero diferente a la utilidad a la que tiene derecho por causas desconocidas o no probadas (como se sugiere debe interpretarse la procedibilidad del reconocimiento de los imprevistos), es claro que estaríamos frente a una donación de recursos del Estado⁸⁵.

Un gestor fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano actuando con la responsabilidad y prudencia los negocios bajo su cargo, como si le fueran propios, no puede sostener ambigüedades o dudas respecto al no pago del factor **imprevistos (I)**, si estos no son debidamente soportados por el contratista, situación que sin asomo de duda genera la incursión en una **negligencia grave** ⁸⁶ o si se quiere, en un extremo descuido en el manejo de los recursos públicos bajo su tutela.

No es la administración o custodia de recursos públicos una labor mecánica de reconocimiento y autorización de pagos la misma está sustentada en el conocimiento y experiencia del gestor fiscal, y aquel debe contar con soportes y

⁸⁵ El Diccionario de la Real Academia Española, define el término donación en su acepción legal como: “Liberalidad de alguien **que transmite gratuitamente** algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta”.

⁸⁶ Sentencia 02240 de 2016 Consejo de Estado. “De esa manera, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público tuvieron ocurrencia con posterioridad a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y de culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, se acuda excepcionalmente al apoyo del Código Civil y a los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han edificado en punto de la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).”

fundamentos técnicos, fácticos y jurídicos; más aún cuando hemos sustentado y probado con suficiencia el reconocimiento y pago del concepto imprevistos de los costos indirectos de los contratos estatales, es un tema definido desde hace lustros por la jurisprudencia nacional, y en particular para lo que a las competencias particulares de esta Contraloría Territorial conlleva.

Para finalizar esta disertación sobre el ítem **Imprevistos (I)** como componente de los costos indirectos del contrato, es ideal traer a colación como aquel “*salvavidas de autoridad*” en el que se resguardaban los defensores de las tesis en contravía a la posición de esta contraloría territorial, a saber los conceptos emanados por la Contraloría General de la República, ha desaparecido el pasado 27 de marzo hogaño, cuando mediante concepto 2019EE0035850, la Oficina Jurídica de dicha entidad tuvo a bien reconocer la evolución jurisprudencial y jurídica existente sobre dicho tópico, y aseveró:

“En este panorama, y con el ánimo de contribuir a la seguridad jurídica, esta Oficina, en ejercicio de sus competencias estima procedente acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar y tener en cuenta la evolución del concepto de A.I.U. y sus elementos integradores en la jurisprudencia del Consejo de Estado y replantear la afirmación del concepto 2012EE0071253 del 2012, reiterado en los conceptos 20151E0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, según la cual no es exigible al contratista de un contrato en el que se pactó A.I.U., que rinda cuentas sobre la ejecución del rubro imprevisto.

En ese sentido, se precisa que el replanteamiento de dicha conclusión, encuentra sustento en las siguientes premisas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.4. Conclusiones:

Conforme a las consideraciones expresadas con anterioridad, es procedente responder a las preguntas formuladas en la consulta, de la siguiente manera:

(...)

4. Las reglas sobre el precedente judicial se aplican a las actuaciones judiciales y administrativas, de lo que se sigue que ante una decisión judicial que pudiera considerarse precedente, su carácter vinculante debe observarse en el proceso de responsabilidad fiscal, que también es una actuación administrativa.

(...)

6. Conforme a los criterios fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la ratio decidendi corresponde a la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa, esto es, los principios y reglas jurídicas que hacen parte de la razón de la decisión. Los obiter dicta se definen por la Corte como una parte de la sentencia que "no tiene poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de

interpretación". Estos son afirmaciones generales y abstractas, que **cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso.**

Los operadores jurídicos deben identificar estas dos partes en las sentencias de unificación del Consejo de Estado que son las únicas decisiones proferidas por este Alto Tribunal que, conforme al artículo 270 del C.P.A.C.A. tienen carácter vinculante, ya que solo la ratio decidendi de estas sentencias puede considerarse precedente.

7. En virtud del principio de legalidad que es obligatorio en toda actuación administrativa, entre éstas el proceso de responsabilidad fiscal, las decisiones deben fundarse en lo dispuesto en la ley. Además, deberán tenerse en cuenta las decisiones de Altas Corporaciones que pueden considerarse precedente judicial, conforme a la regulación legal contenida en el artículo 270 del C.P.A.C.A. y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las decisiones judiciales que no constituyan precedente judicial, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterio orientador podrán tenerse en cuenta por el operador jurídico como criterios auxiliares de interpretación.

8. Tal como se deriva de lo expresado en las consideraciones del concepto que aquí se rinde y de la conclusión n° 1, los conceptos de la Contraloría General de la República EE00712263 de 2012 y EE0126072 de 2018 que ratifica el anterior; no son vinculantes para las Contralorías Territoriales.

9. Los operadores jurídicos de un proceso de responsabilidad fiscal están obligados a acatar la ley en el cumplimiento de sus funciones. También se obligan a reconocer el carácter vinculante de los precedentes judiciales y a aplicarlos, cuando corresponda.

10. En tanto el rubro de utilidad en los contratos estatales, no lleva implícito el de los imprevistos, en cada caso, las entidades públicas, al liquidar los contratos que hubieran incluido en su valor este último rubro, deberán analizar las condiciones de ejecución de los mismos y con base en éstas, determinar si se concretaron o no los riesgos imprevisibles a los que estaba destinado dicho rubro y de ser así en qué proporción fue afectado. (Negrita y subrayas del Despacho)

De lo expuesto es de concluir que no existe duda alguna sobre la correspondencia y congruencia de la tesis que ha venido sosteniendo este Despacho con el derecho y la técnica contractual, las múltiples referencias jurisprudenciales y doctrinarias esbozadas a lo largo de este documento desdichan de la supuesta dubitación o falta de un criterio jurídico claro al respecto.

Así entonces, ratifica el Despacho de la Contraloría General de Medellín, la vigencia de la tesis jurídica que estructuró y ha venido sosteniendo durante cerca de diez (10) años, en el sentido de conceptuar que el componente **Imprevistos (I)** de los costos indirectos de los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, o de cualquier otro contrato estatal que lo contemple como forma de remuneración al contratista, **NO hacen parte de la utilidad del contratista y deben entenderse como una partida económica destinada al pago de los imprevistos**

(teoría de la imprevisión) que llegasen a causarse en la ejecución del contrato estatal, que no sean imputables al contratista, y que estén debidamente valorados; ello existiendo previamente prueba o evidencia que sustente lo anterior para su reconocimiento y pago por la entidad contratante.

4. Del componente Administración (A) de los costos indirectos del contrato estatal

El tercer componente tradicionalmente reconocido como integrante de los costos indirectos de los contratos estatales en general, y específicamente de los de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios es el de **Administración (A)**, a lo largo de esta **LÍNEA JURÍDICA** se han traído a colación diferentes doctrinas y jurisprudencias que hacen alusión sobre el mismo, y es de hacer hincapié que sobre aquel nunca ha existido duda alguna sobre el hecho de que no hace parte de la **Utilidad (U)** del contrato, y que su reconocimiento y pago sólo debe realizarse previa causación de los eventos que los soportan.

La **Administración (A)**, es el ejercicio presupuestal que contempla los diferentes factores o gastos en que debe incurrir el contratista para ejecutar el proyecto u objeto contractual a él encargado, y que no hacen parte de los costos directos del contrato, tales como:

- Arriendo.
- Gastos administrativos de oficina.
- Honorarios de personal administrativo o especializado, como Director de Obra, ingenieros residentes, contador, abogado, trabajador social, secretaria, mensajero, conductor, etc.
- Seguridad, vigilancia, monitoreo, etc.
- Instalaciones y Campamentos (dotación de estos).
- Servicios públicos y comunicaciones.
- Impuestos y tasas.
- Transporte.
- Pólizas.
- Costos relacionados con seguridad industrial y salud ocupacional.
- Control de calidad.
- Control ambiental.
- Ensayos y Laboratorios.

Aquellos gastos de administración por regla general, y así lo exige la correcta aplicación de la técnica de presupuesto debe estar detallados y presupuestados

tanto en la oferta que realiza la entidad (presupuesto oficial, estudios previos, etc.), como en aquella que es presentada por el contratista; así la administración al adjudicar el contrato se obliga con el contratista a asumir los conceptos por el generados a título de administración bajo los costos obrantes en la propuesta favorecida con aquella (Principio de Planeación de la Función pública y la Contratación estatal).

Se trata de recursos establecidos dentro del presupuesto oficial única y exclusivamente para asumir dichos costos, siempre y cuando los mismos se causen.

Como ya se ha explicado con suficiencia los eventuales ahorros o menores costos en que incurra el contratista, no acrecientan su patrimonio, ya que ello implicaría un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de las arcas públicas, configurándose de plano y sin dudas un daño fiscal. En el caso de ingeniero y arquitectos y profesiones afines, existe expresa prohibición legal al respecto.

Ahora bien, los conceptos en que se puede usar los dineros destinados para asumir la **Administración (A)**, son taxativamente aquellos presentes en la propuesta, y para poder adicionar, eliminar, mutar, o cambiar el valor de aquellos debe existir documento previo suscrito por las partes o sujetos contractuales autorizándolo; en caso de no existir estaremos bien **(i)** frente a costos que no hacen parte de la administración y por ende al contrato (extracontractuales) o **(ii)** que por ser mayores a los autorizados en el contrato, conocidos y permitidos por la entidad contratante, no será posible ser asumidos por esta última.

Así las cosas, si por ejemplo la entidad pública en el detalle de la **Administración (A)** de los costos indirectos la existencia de un Campamento y destina para ello un millón de pesos (\$1.000.000), si el contratista no establece dicho campamento no habrá lugar a la causación de dicho pago a su favor; y si lo hace por un menor valor aquel ahorro no ingresará a su patrimonio, sino que dejará de salir del de la entidad contratante a quien se trasladará el mismo.

Es factible adicionar o cambiar las condiciones del componente **Administración (A)**, más ello deberá hacerse de forma previa (a efectos de no estar ante el fenómeno de los hechos cumplidos) a la ejecución o pago de las actividades a cambiar o adicionar; ello implica también la posibilidad el cambio de los valores de los componentes de la **Administración (A)**, pero siempre previa reclamación del contratista, u orden de la entidad contratante debidamente soportada y probada técnica, fáctica y jurídicamente.

Es imposible entonces que exista destinación de recursos de la Administración (A), para factores no establecidos en ella o bajo supuestos económicos diferentes a los presentados por el contratista en su oferta económica, ni siquiera si dichos emolumentos son destinados para la ejecución del proyecto, y mucho menos cuando son destinados para fines disimiles a los del contrato respectivo como por ejemplo aumentar la utilidad o patrimonio del contratista.

Ya se expusieron en los precedentes análisis de la doctrina y jurisprudencia en torno a los costos indirectos del contrato de obra pública, como al igual que para el tema de los **Imprevistos (I)**, se exige o deprecia que para el reconocimiento y pago del componente **Administración (A)**, exista el debido soporte de aquel para su reclamo y posterior pago por la entidad contratante con el aval del supervisor y/o interventor respectivo.

Y comparte en esta ocasión esta Contraloría, la posición argüida por la Contraloría General de la República⁸⁷, la cual tomamos en esta ocasión como propia:

“En otras palabras, la administración es el costo que se debe tener en cuenta para que la obra funcione correctamente. En muchas ocasiones en las licitaciones se pide desagregar los valores del AIU y para efectos de la administración tales como arrendamientos, vigilancia y seguridad, nómina, servicios públicos, etc. De igual forma, se pueden incluir algunos impuestos que se toman en la administración como rete fuente, rete-Ica, impuesto de guerra, estampillas.

Finalmente, es preciso indicar que el valor de la administración acompaña toda la obra desde su iniciación hasta su terminación, durante todo su plazo.

Se concluye entonces que cada contrato es diferente y de acuerdo a sus condiciones particulares puede que se estipule o no el AIU, pues depende del objeto a contratar, el análisis de costos que haya precedido la modalidad de selección y la voluntad de las partes. No obstante, su excepcional procedencia siempre se debe preservar la debida destinación de los recursos públicos y cumplir con los principios que rigen la contratación.”

3.5 El control fiscal de la contratación pública.

El artículo 65 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece:

“De la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

⁸⁷ Concepto 2017IE0090605 del 7 de noviembre de 2017. Emanado de la Oficina jurídica de la Contraloría General de la República.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de Control Interno.

Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden".

Del examen de la norma citada se desprenden tres momentos, etapas o fases en los que debe desarrollarse el control fiscal, teniendo en cuenta desde luego, el carácter posterior y selectivo que la Constitución de 1991 le imprimió a esta función pública y según los lineamientos que vaya señalando la ley.

Primera Etapa: *El control fiscal en esta fase se realiza, una vez cumplidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones sobre selección del contratista, el perfeccionamiento del contrato y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución.*

Cabe advertir, que esta primera fase del control fiscal no se limita a un simple estudio de verificación mecánica de las disposiciones contractuales, sino que debe centrarse en el análisis del cumplimiento de los principios y reglas que gobiernen la contratación estatal como son la transparencia, la economía y la responsabilidad.

Segunda Etapa: *Corresponde al proceso de ejecución del contrato, cuando se ejerce un control posterior a las cuentas canceladas para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, para establecer su conformidad con las disposiciones presupuestales y contractuales y con las obligaciones derivadas del contrato, que es ley para las partes.*

Entonces, aquí el control fiscal se aplica básicamente al gasto generado en la obligación contractual.

Tercera Etapa: *El control fiscal en esta fase se cumple una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, incluyendo este control los análisis financieros, de gestión y de resultados, tal como lo indica el inciso segundo de la norma reseñada.*

De acuerdo con los planteamientos esbozados, se observa que la norma cobija los aspectos precontractuales, contractuales y postcontractuales de la contratación administrativa en lo relativo al control-fiscal.

Así mismo, con el fin de evaluar y calificar el grado de economía y eficiencia de la gestión pública, en la medida de la ejecución de las obligaciones contractuales, se constatará en términos de calidad y oportunidad, con ocasión de los avances y recibos de obras, bienes y servicios, la correspondencia existente entre los anticipos y las cuentas parciales de pago con el debido cumplimiento de las cláusulas y condiciones pactadas (estudio menores o mayores costos y/o beneficios a partir de las cotizaciones).

La evaluación no solo plantea los correctivos requeridos para un mejor manejo y ejecución de recursos, sino que sienta las bases y las apreciaciones para determinar las acciones de responsabilidad a que haya lugar.

A las Contralorías les corresponde en el proceso de ejecución del contrato, ejercer un control posterior a las cuentas canceladas para establecer su conformidad con las disposiciones presupuestales y contractuales y que estén acorde con las obligaciones generadas en el contrato.

4._CONCLUSION.

Cada contrato administrativo contempla un negocio jurídico en particular, por ende connota unas características especiales; en tal virtud la entidad contratante de acuerdo al objeto a contratar, el análisis de costos que haya precedido la modalidad de selección y la voluntad de las partes, puede determinar la viabilidad de pactar el AIU.

En cuanto al porcentaje de cada uno de los componentes del AIU, no existe disposición legal que lo regule, tal como lo indica en la consulta; su estipulación responde a la necesidad de desagregar el costo total de la obra, sus costos directos e indirectos, para seleccionar la oferta más favorable y evitar entre otras cosas el desequilibrio económico del contrato.

En los contratos de obra que se ejecuten por precios unitarios los costos directos e indirectos deben estar debidamente soportados, lo que incluye el factor de administración en el AIU...

Finalmente y para mayor ilustración se adjunta el concepto 2017EE0033153 donde se realiza el análisis de los costos directos e indirectos-AIU- y el daño patrimonial en los contratos estatales, especialmente en el contrato de obra por precios unitarios **y se concluye que ninguna de las formas de pago deben estar creadas para beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes en detrimento del patrimonio de la parte contraria...**

Y reza el concepto 2017EE0033153 de 2017, en lo que a complementar lo expuesto atañe:

“De igual manera, independientemente de la forma de pago establecida, el Decreto Reglamentario 1682 de 2015, reglamentario de la Ley 80 de 1993, modificada por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, establece en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. que los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato, deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener entre otros elementos, el valor estimado del contrato y la justificación del mismo.

Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Por lo anterior, la entidad debe tener claridad sobre el valor estimado del contrato y al momento de ofertar el proponente debe también haber determinado los costos directos e indirectos del mismo y las variables que pueden afectar éstos, de la misma manera una

vez adjudicado, suscrito y en ejecución el respectivo contrato, cualquier variación en el precio debe estar igualmente justificada con los análisis y documentos que lo soportan.

Es importante señalar que el Estatuto de Contratación Administrativa establece en el artículo 40 que "En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones..." que se consideren necesarias, siempre que no sean contrarias a la Constitución, a la ley, al orden público y a los principios y finalidades de la misma Ley 80 de 1993 o de la buena administración.

Significa lo anterior que el legislador dejó a las partes la facultad de regular la forma de pago del contrato, y ello conlleva a que el precio del contrato se constituya de distintas formas, más o menos discriminadas; pero ninguna de esas formas está creada para beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes, en detrimento del patrimonio de la parte contraria.

Dicho de otra forma, siempre debe existir esa igualdad entre el precio y la prestación, denominada ecuación económica del contrato, pues el contratista ha de realizar el objeto de contractual y la entidad pagar las sumas pactada desde el inicio de éste, salvo la ruptura del equilibrio económico por las causas ya establecidas en la ley.

Así las cosas, y para el caso en comento, si la entidad estatal gira recursos que están reconocidos y pagados en otros ítems, se generaría un doble pago, lo cual indudablemente generaría un daño al patrimonio público.

En consecuencia, en el caso puesto a consideración de este Despacho, si se reconocen ítems como el campamento y el cerramiento de obra y estos costos ya estaban determinados y definidos como tal, en la oferta presentada por el contratista y en tal sentido fueron pagados, no podrían reconocerse y pagarse de otra forma y de así procederse, ello constituiría un doble pago, lo que generaría un daño al patrimonio del Estado.

(...)

De acuerdo con lo dicho, en el caso de la conformación de los costos del contrato debe tenerse especial cuidado para que ello no conlleve a un mayor provecho del contratista, sino que el contrato se estructure bajo verdaderos pilares de justicia y equidad.

Expuesto lo anterior y bajo los mismos parámetros técnicos y jurídicos expuestos frente a los Imprevistos (I), concluye esta agencia fiscal que el reconocimiento y pago sin soportes de los emolumentos destinados para reconocer el concepto Administración (A), de los costos indirectos de los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, u otros contrato donde se incorpore o maneje de forma análoga dicho concepto implican un enriquecimiento sin justa causa a favor del contratista, y un correspondiente desmedro sin justa causa del erario público, configurándose por ende un daño fiscal.

5. Sobre el carácter NO VINCULANTE de los conceptos emanados de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República, u otras dependencias de dicha entidad

Conocedora esta agencia fiscal de las particulares competencias Constitucionales y legales a ella adscritas, así como de la autonomía administrativa y funcional inherente a su naturaleza; jamás ha sostenido que los criterios o conceptos emanados por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, le sean vinculantes y/u obligatorios; al respecto se trae a colación reciente pronunciamiento del Despacho, entre otras cosas justo sobre los conceptos que de los Imprevistos (I) manejaba hasta marzo de este año dicha entidad:

“Además es de resaltar que la múltiple jurisprudencia allegada al sumario, confirma en su totalidad la posición jurídica del *ad quem*, mientras que la tesis expuesta por el *ad quo* sólo encuentra algún refugio ya no en precedentes judiciales o jurídicos, sino en conceptos de facultades de ingeniería y arquitectura, que no logramos concluir si pretende traerla a colación como *ratio decidendi*, ni entendemos por qué no solicitó, si las consideraba tan oportunas a facultades de derecho, que la materia que presenta por segunda e inoportunamente a debate es de naturaleza jurídica, y no ingenieril. El carácter vinculante de la jurisprudencia en materia de responsabilidad fiscal, y el secundario no vinculante de la Doctrina, fue definido hace ya 17 años por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“**ACTO DE TRÁMITE**-Concepto según la doctrina / **ACTO ADMINISTRATIVO**-Distinción doctrinal según contenido de decisión y efectos/**ACTO DEFINITIVO**-Concepto según la doctrina/**ACTO DE TRAMITE**-Actos instrumentales

DOCTRINA-Procedimiento insuficiente por existencia de jurisprudencia

Acudir exclusivamente a la doctrina cuando el sentido de un concepto y los alcances de una institución han sido fijados por la jurisprudencia es un procedimiento insuficiente porque (i.) impide al juez constitucional apreciar cuál es el significado real de las normas juzgadas –dentro del proceso de adjudicación- y porque (ii.) no brinda elementos de juicio relevantes para analizar la función que éstas cumplen en el Estado y en la sociedad.”⁸⁸

Sobre este punto debe resaltarse que desde el año 2011 se vienen postulando a través de conceptos oficiales de este órgano de control, la tesis de que los imprevistos deben acreditarse; directriz que se ha mantenido incólume y vigente en el tiempo, y que incluso ha sido recogida por otras entidades como la Alcaldía de Medellín y la Gobernación de Antioquia. Ahora bien, si la Contraloría General de la República ha sido intermitente en su posición al respecto, ello deberá ser explicado por quien tenga conocimiento y competencia para ello, ya que su postura ambivalente, eventualmente podrá no ser garantista para sus sujetos de control, y procesados, que no son los mismo que los de esta contraloría territorial.

(...)

Como fue advertido anteriormente, no desconoce esta instancia administrativa las diferentes posiciones que han asumido otros órganos de control fiscal en disímiles pronunciamientos sobre

⁸⁸ Sentencia C-557 de 2001. Corte Constitucional.

la necesidad o no de acreditar la ocurrencia del imprevisto pactado para su reconocimiento. Sin embargo, también cabe reiterar que los mismos no son de obligatorio cumplimiento para nadie en la República, ni para los servidores de esta entidad, por tanto, el Despacho se separa de ellos, entre otras razones porque esta instancia los ha analizado ampliamente y ha tomado una postura clara e inequívoca al respecto; postura que contrario a la esbozada por los otros entes, sí es vinculante para nuestros servidores so pena de conculcar la obediencia y disciplina inherente al ejercicio de sus deberes y funciones públicas.”

Ahora bien, lo expuesto es además una posición reconocida unánime e históricamente por la Contraloría General de la República, mal haría entonces un operador fiscal sostener algo que ni siquiera predica la entidad que emana dichos criterios o conceptos; al respecto traemos a colación lo expuesto por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, justo sobre el carácter vinculante de los conceptos por ella emanados en materia de **Imprevistos (I)**⁸⁹:

4.1.1. Naturaleza de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y su alcance

Para resolver este problema jurídico, resulta pertinente remitirnos a lo expresado en el numeral 2 del presente documento, en el cual se hizo referencia de forma expresa a la naturaleza de los conceptos que emite esta oficina y a su alcance.

En ese sentido, se reitera lo expresado en dicho acápite, que encuentra fundamento en el alcance de las funciones que le asigna a esta Oficina el artículo 43 del Decreto 267 de 2000, por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

De lo expresado en el referido acápite es pertinente insistir en que:

i) Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República son orientaciones jurídicas.

ii) Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República no tienen carácter vinculante.

A lo expresado sobre la naturaleza y alcance de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, debe agregarse que en tanto entidad pública, este órgano autónomo de control, se somete a las reglas previstas en el la Ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A., respecto del cumplimiento de la función administrativa, entre cuyas tareas se regula expresamente la respuesta a las peticiones presentadas ante las Entidades Públicas, una de cuyas variantes son las peticiones de consulta, que son, precisamente, las que originan la emisión de conceptos, por parte de distintos organismos del Estado.

Sobre el particular debe resaltarse que el artículo 28 del C.P.A.C.A, dispone literalmente que, "salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas

⁸⁹ Concepto de la oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, calendado el 27 de marzo de 2019, y radicado con el número 2019EE0035850.

a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución", norma que interpretada con aquellas que consagran la función de atender consultas, a cargo de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, confirma que los conceptos de esta última no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

El carácter orientador de los conceptos se ha reconocido por el Consejo de Estado, en los siguientes términos [12]⁹⁰ :

*"...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (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 cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad "ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución" (Negritas fuera de texto).***

Así, la regla general, prevista en el C.P.A.C.A. y desarrollada en la sentencia citada, es que los conceptos emitidos por las entidades públicas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución. Dicha regla se exceptúa cuando existen disposiciones expresas que le otorgan tal carácter a determinados conceptos.

En el caso de la Contraloría General de la República, las normas que regulan el cumplimiento de la función de atender peticiones de consulta a cargo de la Oficina Jurídica, no consagran ninguna excepción a la mencionada generalidad; por consiguiente, sus conceptos son, como se dijo, orientaciones para la aplicación de las normas jurídicas sobre las cuales versa una consulta determinada y, en esa medida, el operador jurídico que los recibe, o que debe aplicar las normas en cuestión en un caso concreto, cuenta con absoluta libertad para apartarse de sus conclusiones si así lo estima procedente.

A todo lo dicho, debe agregarse que la Contraloría General de la República no es superior jerárquico de las Contralorías Territoriales, lo que significa que, en el ejercicio de sus competencias, estas últimas cuentan con autonomía para fijar los criterios generales conforme a los cuales ejercen su función de vigilancia y control fiscal y que la emisión de conceptos, a través de la Oficina Jurídica de la entidad, no forma parte del ejercicio de la competencia prevista en el numeral 12 del artículo 268 de la Constitución Política, según el cual, es función del Contralor General de la República, dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

(...)

4.1.4. Conclusiones:

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del diecinueve (19) de Mayo de dos mil dieciséis (2016). Ref.: Expediente N°: 25000233700020120032001. Número interno: 20392. Magistrado sustanciador: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Conforme a las consideraciones expresadas con anterioridad, es procedente responder a las preguntas formuladas en la consulta, de la siguiente manera:

1. Los conceptos emitidos por la Contraloría General de la República no tienen carácter vinculante frente a ninguna autoridad pública.

2. En ejercicio de las funciones previstas en el artículo 268 de la Constitución Política, el Contralor General de la República puede dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial. **Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República no constituyen normas ni se expiden en cumplimiento de dicha función.**

3. **En tanto los conceptos jurídicos de la Contraloría General de la República y las decisiones judiciales del Consejo de Estado que no sean sentencias de unificación no tienen carácter vinculante, los operadores jurídicos cuentan con total autonomía para el cumplimiento de sus funciones en relación con temas que hayan sido objeto de análisis en unos y otros. Ambos, pueden considerarse como orientaciones y dado que no son de obligatoria ejecución, los operadores jurídicos deben analizar en cada caso, cuál es la postura que adoptarán, según su criterio.**

En cualquier caso, como en todo tipo de decisión administrativa, los operadores jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal están obligados a exponer las razones que motivan su decisión.”

Expuesto el soporte fáctico, técnico y jurídico de la presente **LÍNEA JURIDICA**, el Despacho llegará a las siguientes conclusiones e impartirá las siguientes directrices a los servidores de la entidad

CONCLUSIONES

1. Sobre la Utilidad.

1.1. El Estado Colombiano no garantiza o asegura la utilidad a sus contratistas. Es más, no sólo no garantiza utilidad a aquellos, sino que incluso contempla la posibilidad de que este no la obtenga.

1.2. En los contratos de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, la única utilidad del contratista es aquella que se señale de forma específica en la propuesta por aquel presentada en el capítulo de costos indirectos; la misma regla opera para los otras modalidades contractuales donde se deje claro aquel capítulo de costos indirectos, como por ejemplo en los contratos de prestación de servicios de vigilancia o aseo.

1.3. Los ahorros o menores costos que se logren en los capítulos de costos indirectos, deben ser trasladados a la entidad contratante y no hacen parte de la utilidad del contratista.

1.4. La utilidad junto con los costos directos, son los integrantes esenciales del precio del contrato estatal.

1.5. Es diferente hablar de precio del contrato, costos del contrato, y utilidad del contratista.

2. Sobre los Imprevistos en el contrato de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, y contratos estatales con formas de pago análogas.

2.1. Los imprevistos hacen parte del precio del contrato, mas no por ello *per se* de los costos del mismo, **y nunca de la utilidad del contratista.**

2.2. La naturaleza del componente Imprevistos (I) de los costos indirectos del contrato de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios (así como de los otros contratos que pacten formas de pago análogas); es servir como fuente de recursos para el pago parcial o total de aquellos hechos que hayan podido causar durante la ejecución contractual, y que se enmarquen dentro de los criterios fijados por el Consejo de Estado para la procedencia de la Teoría de la Imprevisión en materia contractual estatal.

2.3. A efectos de poder hacerse uso parcial o total de los recursos destinados al acápite de imprevistos de los costos indirectos, deberá existir un documento que justifique el uso de aquellos emolumentos, y que pruebe (soporte) que **(i)** existe o acaecido un fenómeno encuadrado dentro de los parámetros fijados por el Consejo de Estado como génesis de la Teoría de la Imprevisión en materia contractual estatal, **(ii)** que el mismo no es imputable al contratista, **(iii)** la determinación exacta de las consecuencias contractuales que ello conllevó, y específicamente sobre el contratista, y **(iv)** la tasación de los perjuicios o daños causados al contratista.

2.4. No es obligatorio pactar el ítem de imprevistos dentro de los costos indirectos del contrato.

2.5. En caso de haberse pactado la existencia de un rubro dentro de los costos indirectos a título de imprevistos, pueden acaecer frente a su pago las siguientes hipótesis:

(i) que no se presente durante la ejecución contractual ningún fenómeno dentro del marco de la teoría de la imprevisión, y por ende no haya necesidad de usar los recursos allí presentes, debiéndose proceder a la liquidación del contrato a la liberación presupuestal de aquellos, y su consecuente reintegro al presupuesto de la entidad contratante;

(ii) que habiéndose presentado algún fenómeno que conlleve el uso de dichos recursos, la tasación del reconocimiento a realizarse al contratista sea menor a la partida económica fijada dentro de los imprevistos (I), caso en el cual al liquidar el contrato se debe proceder a la liberación presupuestal de aquellos recursos no usados, y su consecuente reintegro presupuesto de la entidad contratante; y

(iii) que la tasación del reconocimiento a realizarse al contratista sea mayor a la partida económica fijada dentro de los imprevistos (I), caso en el cual la entidad deberá proceder a incorporar nuevos recursos al contrato que le permitan asumir sus responsabilidades contractuales frente al contratista, por ejemplo haciendo uso de los recursos establecidos en rubro presupuestal enunciado en el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

2.6. Que es incongruente con el ordenamiento jurídico colombiano, los principios que reglan la función pública y la contratación estatal; y los principios de la gestión fiscal, la existencia de una cláusula contractual, o posición hermenéutica que entienda posible *beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes dentro de la relación negocial, en detrimento del patrimonio de la parte contraria, o para patrocinar la inequidad en la correlación cualitativa y cuantitativa que debe existir entre el precio y la prestación del objeto del contrato (ecuación económico-financiera).*

2.7. El pago de los recursos fijados a título de imprevistos (I) dentro de un contrato estatal de obra pública bajo precios unitarios sin la existencia de soporte o justificación válida, conlleva un enriquecimiento sin justa causa a favor del contratista, y por ende un daño o detrimento patrimonial al Estado.

3. Sobre la Administración (A) en el contrato de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, y contratos estatales con formas de pago análogas

3.1. Los recursos destinados dentro del componente Administración hacen parte del precio del contrato, **mas no por ello *per se* de los costos del contrato, y nunca de la utilidad del contratista**, habida cuenta que la

Administración (A) son los costos indirectos necesarios para el desarrollo transversal de un proyecto, como honorarios, impuestos, entre otros.

3.2. La razón de ser del componente Administración (A) de los costos indirectos del contrato de obra pública o aquellos que se pacten de forma análoga; es servir al pago de los diferentes factores o gastos en que debe incurrir el contratista para ejecutar el proyecto u objeto contractual a el encargado, y que no hacen parte de los costos directos del contrato, siendo por regla general transversales al desarrollo de las actividades contractuales y no imputables a alguna de ellas en particular.

3.3. A efectos de poder hacerse uso parcial o total de los recursos destinados al acápite de Administración (A) de los costos indirectos, deberá tenerse en cuenta el detalle de las actividades enunciadas por el contratista en su propuesta y los valores por el referenciados; en el infortunado evento de que aquellos no existan deberá acudir al detalle de los conceptos y valores tenidos en cuenta por la administración al elaborar el presupuesto oficial, cuando realizó el cálculo del valor de la Administración (A) (estudios previos, presupuesto oficial); y en el improbable caso de se halla faltado a los principios de planeación y selección objetiva, y no se cuente con ninguno de los dos documentos contractuales citados, deberá procederse por los contratantes a la fijación del detalle de los factores que han de causarse a título de Administración (A), previa causación, reconocimiento y pago de la misma.

3.4. Es posible modificar o cambiar el detalle y valores concertados dentro del componente Administración (A), de mutuo acuerdo entre las partes, o unilateralmente por la Administración; pero ello siempre deberá ocurrir de forma precedente a la causación de los factores a mutar.

3.5. Cualquier ahorro que se presente dentro de los costos de la Administración (A), no ingresarán al patrimonio del contratista, ya que no hacen parte de su utilidad, y deberán ser reintegrados al patrimonio de la entidad contratante.

3.6. Los interventores, supervisores y directores de contratación deberán realizar vigilia, control y seguimiento del uso adecuado de los recursos destinados a los costos de Administración (A), lo anterior en el marco de los deberes, funciones y obligaciones a ellos impuestos por principios de la función pública, los principios de la contratación estatal, y las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

3.7. Que es incongruente e incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano, los principios que reglan la función pública y la contratación estatal; la existencia de una cláusula contractual, o posición hermenéutica que entienda posible *beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes dentro de la relación negocial, en detrimento del patrimonio de la parte contraria, o para patrocinar la inequidad en la correlación cualitativa y cuantitativa que debe existir entre el precio y la prestación del objeto del contrato (ecuación económico-financiera).*

3.8. El pago de los recursos fijados a título de Administración (A) dentro de un contrato estatal de obra pública bajo precios unitarios, o aquellos que contemplen formas de pago análogas sin la existencia de soporte o justificación válida, conlleva un enriquecimiento sin justa causa a favor del contratista, y por ende la causación de daño detrimento patrimonial en disfavor del Estado.

4. Sobre el carácter NO VINCULANTE de los conceptos emanados de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República, u otras dependencias de dicha entidad.

Al respecto partiremos de las mismas conclusiones a las que llega la Contraloría General de la República en concepto 2019EE0035850, del 27 de marzo de 2019. Así:

4.1. Los conceptos emitidos por la Contraloría General de la República no tienen carácter vinculante frente a ninguna autoridad pública.

4.2. En ejercicio de las funciones previstas en el artículo 268 de la Constitución Política, el Contralor General de la República puede dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial. Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República no constituyen normas ni se expiden en cumplimiento de dicha función.

4.3. Los conceptos jurídicos de la Contraloría General de la República no tienen carácter vinculante, los operadores jurídicos cuentan con total autonomía para el cumplimiento de sus funciones en relación con temas que hayan sido objeto de análisis en aquellos. Pueden considerarse como **orientaciones** y dado que no son de obligatoria ejecución, los operadores jurídicos deben analizar en cada caso, cuál es la postura que adoptarán, según su criterio.

4.4. En cualquier caso, como en todo tipo de decisión administrativa, los operadores jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal están obligados y tienen el deber de exponer las razones técnicas, fácticas y jurídicas que motivan su decisión.

DIRECTRICES

PRIMERA: Todos los servidores de la Contraloría General de Medellín deberán conocer el contenido de la presente circular y garantizar su cabal cumplimiento.

SEGUNDA: Los parámetros técnicos y jurídicos expuestos son vinculantes en el ejercicio de sus deberes, obligaciones y funciones, para los servidores públicos de la entidad adscritos a las áreas administrativas y la Subcontraloría; lo anterior en desarrollo de la gestión contractual y administrativas propias de la entidad, y en el desarrollo de las labores de auditoría fiscal.

TERCERA: El contenido de esta circular deberá entenderse como doctrina administrativa, para la toma de decisiones dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que se desarrollan en la entidad.

CUARTA: Habida cuenta que la circular, no hace más que ratificar líneas jurídicas y de direccionamiento existentes en la Contraloría General de Medellín, mínimo desde el año 2009, y por la legislación y jurisprudencia nacional incluso desde el año 1964; las Contralorías Auxiliares de Auditoría Fiscal, bajo la dirección de la Subcontraloría de la entidad deberán revisar que no se hayan fenecido cuentas o descartado hallazgos fiscales desatendiendo los precedentes judiciales y los principios de la gestión pública y la gestión fiscal, conforme a los parámetros enunciados en esta circular.

En el caso de que se haya presentado fenecimiento o no configuración del hallazgo fiscal deberá procederse al levantamiento del mismo, y a continuación a la estructuración del hallazgo fiscal respectivo, y remitir el mismo a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal para lo de su competencia.

Reporte del cumplimiento de la anterior obligación deberá allegarse a la Dirección de Control Interno de la entidad dentro del plazo máximo de dos meses con posterioridad a la emanación de la presente circular. El incumplimiento de la obligación enunciada o la falta de reporte, implicaran una omisión funcional que evita el reporte de un hallazgo fiscal, y deberán tomarse las medidas administrativas pertinentes para dar a conocer lo anterior a la Dirección de Talento

Humano, para lo de su gestión en lo que a sus competencias disciplinarias concierne.

QUINTA: La Oficina Asesora Jurídica de la entidad deberá realizar dentro del mes siguiente a la expedición de esta circular la socialización de su contenido al equipo directivo de la entidad; a los líderes, profesionales especializados, profesionales que desarrollen labores jurídicas, y al personal de los niveles profesional o técnico que con ocasión a sus funciones deba tener conocimiento de ella (la selección de este personal -excepto el jurídico que lo deberá hacer en su totalidad- la determinara el jefe de cada dependencia, y de ello deberá pasar reporte dentro de la semana siguiente a la expedición de esta circular a la oficina jurídica; la asistencia a dicha socialización será obligatoria).

SEXTA: La presente Circular deroga la No.01 expedida el 08 de febrero de 2019.

SEPTIMA: Deberá divulgarse esta circular mínimo a través de los correos de los servidores adscritos a la misma, así como en la Intranet, y deberá publicarse en la página web de la entidad.

Atentamente,



PATRICIA BONILLA SANDOVAL
Contralor

Proyectó: Luis A. Barrera S. / Jefe O.A. Jurídica