



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

MEMORANDO No. 118-2016-132

De: Dra. OLGA MERCEDES CÓRDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica.

Para: Dra. MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora Técnica de Control Fiscal

Asunto: ADMINISTRACION, IMPREVISTOS Y UTILIDADES (AIU)
CONCEPTO

CONCEPTO No. 09	14 de Julio de 2016
Tema:	Administración, Imprevistos y Utilidades en el proceso de responsabilidad fiscal.
Problema Jurídico	¿Los imprevistos generan daño patrimonial?.
Fuentes formales	Ley 80 de 1993 Decreto 1082 de 2015. Ley 1437 CPACA Ley 1755 Estatutaria del Derecho de Petición
Precedente	Sentencia del consejo de Estado No. 14577 del 2003 Sentencia del Consejo de Estado No. 14043 del 2004 Sentencia del Consejo de Estado No. 20459 del 18 de enero de 2012. Sentencia del Consejo de Estado No. 21588 Sentencia del Consejo de Estado No. 20344

En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal solicita se emita concepto jurídico sobre si los imprevistos constituyen daño patrimonial.

Este concepto tiene como propósito definir la postura jurídica que debe adoptar La Contraloría Departamental del Tolima, cuando en los contratos de obra se pactan la AIU, frente a las posturas jurídicas adoptadas por El Consejo de Estado y la Oficina jurídica de la Contraloría General de la República.

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados se estudiarán los siguientes temas:

i) la postura adoptada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y por ii) La Contraloría General de la República, iii), La naturaleza de la jurisprudencia o Precedente emitido por las Altas Cortes, iv) La naturaleza de los conceptos jurídicos emitidos por las entidades del orden



administrativo v) las conclusiones de este Despacho y finalmente la vi) respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Problemas Jurídicos Planteados?

¿Los imprevistos generan daño patrimonial?.

i) POSTURAS JURIDICAS ADOPTADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO RELACIONADOS CON EL TEMA DE LOS IMPREVISTOS.

Sentencia del Consejo de Estado No. 21588 del 2002.

(...)

"Finalmente, en cuanto hace referencia a la afirmación hecha por el Tribunal en el sentido de que "los impuestos fijados por la ley no pueden constituir factor que altere la ecuación económica de los contratos", la Sala considera oportuno precisar lo siguiente:

Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que "la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas."¹ Se ha entendido que dicho equilibrio, implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a la ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables."²

Se ha sostenido también que dicho equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas³: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión).

La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.

La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.⁴

Precisamente sobre este tema, señaló el Doctor Hugo Palacios Mejía (1996) que:

"El "equilibrio" del contrato es parte de un asunto más amplio, a saber: el de la dificultad sobreviniente para cumplir un contrato.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En el derecho colombiano hay ciertas instituciones que facilitan al deudor la posibilidad de pedir a los jueces algún alivio cuando ocurre un hecho especial imprevisto que dificulta cumplir el contrato; o, especialmente, cuando la obligación a su cargo se ha hecho muy onerosa o difiere sustancialmente de las previsiones iniciales.

Estas instituciones están conformadas por las reglas legales sobre "fuerza mayor" o "caso fortuito"; "la imposibilidad de cumplir con el objeto; la "excesiva onerosidad sobreviniente" y, por supuesto, la "ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato...".

En tal sentido, ha sido claro el Consejo de Estado en el fallo del 31 de octubre de 2007, cuando señala que, previendo precisamente un posible desequilibrio económico del contrato, deben las partes remitirse al contrato estatal suscrito; entendido éste como un documento complejo, conformado tanto por su clausulado, como por los pliegos de condiciones y la propuesta:

"El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como "la relación aproximada entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar.

Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.

A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento la Sala, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que **ese acto se convierte en clausulado del contrato.**

En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista,... de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación.

Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual,...".

Las partes teniendo el compromiso contractual, y para ciertos contratos en especial, requieren para su conformación definitiva del mutuo análisis, pues esos dos documentos, como se indicó, constituyen la ley del contrato.

En igual sentido, se ha insistido en la importancia del pliego de condiciones, pues en él se plasma las posibles contingencias previsibles que puedan presentarse en desarrollo de la ejecución del contrato, y que en algunas oportunidades requieren ajustar precios, en especial en el contrato de obra, al ser éste de tracto sucesivo.

El rompimiento de dicho equilibrio ampliamente mencionado, obedece a varias circunstancias que ya se encuentran previstas. En efecto, el Consejo de Estado en el expediente No. 14043 del 26 de febrero de 2004 ha indicado que:

"...Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes contratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de



**CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA**

repararla ecuación financiera del contrato. Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del ius variandi) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio....”

Precisamente resulta importante resaltar, que previo a la suscripción del contrato y conforme a lo señalado en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, que trata sobre la distribución de los riesgos en los contratos estatales, es en los pliegos de condiciones o sus equivalentes donde se deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, las entidades y los oferentes revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

A propósito de lo anterior, el Consejo Nacional de Política Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación mediante documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, trató del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública. En el mencionado documento se conceptuó como riesgo previsible: *“Todas aquellas circunstancias que de presentarse en el desarrollo y ejecución del contrato, tiene la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”*.

Igualmente en el mencionado documento se identificó como riesgos no previsibles los siguientes:

- El incumplimiento total o parcial del contrato.
- Hechos derivados de la Responsabilidad Extracontractual.
- El hecho sobreviniente de inhabilidad e incompatibilidad del contratista.
- Lo que corresponde a la Teoría de la Imprevisión.

Cada uno de estos riesgos tiene un tratamiento especial, del cual solo abarcaremos el de la Teoría de la Imprevisión.

DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La Teoría de la Imprevisión, como se indicó, hace parte del alcance de la figura jurídica del equilibrio económico del contrato.

En efecto, tiene directa relación ya que constituye una forma de desequilibrio de las condiciones del contrato, con la connotación que proviene de causas externas y ajenas no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas.

Señala el Consejo de Estado en fallo del 26 de febrero de 2004 que las condiciones para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, son:

- a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
- b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.
- c) Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad. Y en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio.

No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración. Nota de Relatoría: Ver Exp. 14577 del 29 de mayo de 2003".

El mencionado documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, trajo a colación lo que el Consejo de Estado analizó sobre Riesgo Imprevisible o Teoría de la Imprevisión, entendida como se expresa en el Concepto del 13 de agosto de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la que:

"regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible".

Por tanto y según lo dicho por el Consejo de estado en sentencia del 7 de marzo de 2002 el "equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión)..."

Resulta en consecuencia oportuno concluir que la imprevisión, es ajena a todo riesgo previsible que las partes pactan a fin de tratar de mantener incólume las condiciones económicas del contrato inicial. Sobre el tema de la Teoría de la Imprevisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado en expediente del 9 de mayo de 1996 ha profundizado ampliamente, pero adicional de lo señalado con anterioridad, una pregunta obligada resulta ser, ¿qué obligaciones surgen para las entidades contratistas, cuando este evento se presenta? Este cuerpo colegiado da la respuesta en los siguientes términos.

"Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. El equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

Así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el sub judice, por cuanto que trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieren



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista.

Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales.

En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resaltaba cómo en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general, "... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. En este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato".

En consecuencia, es razonable establecer la premisa que cuando se presenta el hecho imprevisto, corresponde igualmente a la administración restablecer el equilibrio financiero a favor del contratista en un punto de no pérdida. Y vuelve y se repite, los casos en que lo previsible pasa a convertirse en imprevisible, son:

- Un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo.
- Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas.
- Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2011 que en aplicación de la teoría de la imprevisión, ninguno de los anteriores sucesos impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón al hecho imprevisible.

Resulta obligado cuestionar entonces, ¿en qué momento de la imprevisibilidad, la administración debe compensar al contratista?

"Al efecto, "Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que **la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación.** En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Y es que no puede ser de otra manera, en la medida que si los riesgos previsibles se estiman y cuantifican para poder ser reconocidos al contratista, resulta lógico que lo mismo suceda con los riesgos imprevisibles, los cuales deben ponerse en conocimiento de la administración, para que ella los evalúe, a fin de determinar que se traten de imprevisibles, y se estime su cuantía que restablezca el equilibrio económico del contrato.

Señala la Autora Hernández Silva, Aida (2008) que *"el fundamento de la Teoría de la Imprevisión, es evitar que el contrato se paralice y se posponga la satisfacción del interés público, que pende de la realización del objeto contratado. La teoría de la imprevisión evita que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal."*

Lo anterior resulta ser el punto neurálgico en el caso en estudio, pues se ha convertido en costumbre contractual, pactar dentro del A.I.U. un valor por imprevistos que se pagan al contratista, cáusese o no se causen.

Debe en consecuencia abordarse el tema del concepto de A.I.U., (Administración, Imprevistos y Utilidad) utilizado usualmente en la contratación estatal, y donde se pacta un valor por el concepto de imprevistos, el cual se paga al contratista, cáusese o no; el que obedece al acuerdo de las partes, y por costumbre contractual, más no porque exista una norma que así lo señale.

El Departamento Nacional de Planeación en concepto del 11 de octubre de 2011 analizó el tema del A.I.U., en concordancia con lo pronunciado tanto por la Contraloría General de la República como por el Ministerio de Hacienda y claramente señaló:

"1. A.I.U. en la Contratación Pública Dicho lo anterior, es clara la posibilidad que tienen las entidades sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para solicitar en las propuestas o incluir en los contratos el "A.I.U.". Sobre el particular, el concepto OJ.EE32493-04 de la Contraloría General de la República señala que:

"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 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".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Una vez incluido el A.I.U., respecto de su naturaleza, debe tenerse en cuenta, según lo previsto en el Concepto 017713 del 6 de julio de 2010 de la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que:

"la inclusión del A.I.U. en los procesos de contratación no obedece al cumplimiento de una disposición legal, corresponde más bien a la necesidad de discriminar en el total del costo de la obra, el de los costos directos e indirectos, principalmente con fines de evaluación de las propuestas, verificación de su ejecución y resolver posibles discusiones que surjan en torno, por ejemplo, del equilibrio contractual y las indemnizaciones.

El A.I.U. forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato.

En la doctrina se ha entendido que el concepto del A.I.U. corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde: Administración: comprende los gastos para la operación del contrato, tales como los de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.; Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista y Utilidad: la ganancia que espera recibir el contratista.

Siendo así, es claro que el A.I.U., hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe **"una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida"** (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, lo ha interpretado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2003 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, al establecer que: "Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato.

Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa **manera 'como defensa y garantía principio de riesgo y ventura'**, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrato. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios.

"El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el alea del contrato".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

"En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U.-administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste.

Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella".

Así, es posible concluir que los dineros recibidos por el contratista a título de pago del precio del contrato respectivo – como ocurre por ejemplo con el pago de un "precio anticipado"–, estos, pertenecen al contratista, quien en atención a los atributos de la propiedad previstos en la legislación civil, tiene plena disposición de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el A.I.U. puede ser pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que conforme a cada contrato sea procedente su inclusión acorde a las características de cada objeto contractual y su inclusión no contraríe los principios y postulados de la Contratación con recursos Públicos, los de la buena administración, función administrativa y gestión fiscal.

Nótese como el Consejo de Estado en la mencionada sentencia abrió la puerta interpretativa, señalando que a propósito del concepto de Imprevistos pactados dentro del A.I.U., estos hacen parte de los costos indirectos del contrato de obra.

Lo anterior sin lugar a discrepancia, en la medida que los costos directos tienen relación intrínseca con la labor a ejecutar.

Se reafirma que no existe normatividad alguna que imponga la utilización del A.I.U. en la contratación estatal, por lo que obligatoriamente debemos concluir que esa actividad se ha convertido en *costumbre*, y que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente.

Ahora, como bien lo ha indicado esta alta corporación, el A.I.U. corresponde a los costos indirectos, entendidos como los no relacionados directamente con la ejecución del contrato y que se constituyen en una garantía del riesgo y ventura que asume el contratista, al no poder ser indemnizado por estas eventualidades, pues no hay daño atribuible a ninguna de las partes.

Está claro que al presentarse el hecho imprevisto, igual el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos son asumidos por el contratista, convirtiéndose el **I**, en un resorte económico de libre disposición del contratista.

Evidentemente la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha tratado el tema del concepto de la Imprevisión, y del A.I.U.; mas no ha sido clara en señalar si a propósito de los imprevistos contenidos en ese A.I.U., debe justificarse por el contratista o no.

Solo sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado en Fallo No. 20459 del 18 de enero de 2012:

Así también vale la pena señalar, que en los contratos de obra dentro del precio pactado se suele incluir un porcentaje a costos indirectos bajo el nombre de imprevistos, pero ello es solo para los eventos en que se concretan aleas normales u



ordinarias que afectan la ejecución de los contratos y que son tasados en un valor determinado pero que no se cobijan allí los que tienen el carácter de extraordinarios o anormales, que de alguna manera desbordan lo calculado por este concepto y de contera impactan el equilibrio económico del contrato y por tanto deben ser reconocidos por la entidad.

Sobre este tema, debe advertirse que de acuerdo con algunos doctrinantes, el resultado de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es precisamente colocar al contratista en un punto de cero pérdidas, cero ganancias, y que en alguna ocasión la jurisprudencia de esta corporación permitió que se llevara al contratista a una situación que cubriera las expectativas del lucro que tenía al momento de celebración del contrato, es decir no solo se reajustan las pérdidas, sino que además conceder la utilidad esperada, este criterio fue abandonado y se retornó a la idea primaria de reconocer los mayores gastos o costos pero no las utilidades dejadas de percibir.

En efecto, en los eventos en que se presentan circunstancias que hacen muy oneroso el cumplimiento del contrato, la administración debe equilibrar el perjuicio económico sufrido por el contratista, ya que las otras sumas solicitadas por el demandante se consideran aleas normales a cargo del contratante.

En Sentencia 20344 del Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Entonces es al contratista a quien corresponde establecerlos y en la medida en que los mismos se presenten a él le toca asumirlos. Luego su tasación corresponderá a éste, de acuerdo en su experticia en el objeto contractual y por ende el porcentaje debe ser suficiente y de no serlo no impacta la ecuación económica del contrato a no ser que habiéndose previsto el riesgo el mismo se sale de sus condiciones normales, convirtiéndose en anormal, así lo dijo el Consejo de Estado:

"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, ha manifestado el Consejo de Estado que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos como suele suceder en los 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 esa resultó insuficiente superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato No. 13. El subrayado es del texto original y esta cita se hace en la sentencia No. 17001-23-31-0001996-05018-01 (20344), de 8 de febrero 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

ii) POSTURA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA RELACIONADA CON EL TEMA DE IMPREVISTOS. CONCEPTO JURIDICO DE LA CGR No. 2012EE0071253 DE OCTUBRE 12 DE 2012.

La contraloría General de la República también fundamenta su concepto en la Sentencia No. 20344, de 8 de febrero 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Aquí el Consejo de Estado adopta una cierta flexibilidad en la destinación o inversión de este rubro, por cuanto no es costumbre que el contratista rinda cuenta sobre él. Pues bien, al respecto se considera que si al contratista le corresponde responder por un alea que es normal y que la entidad aceptó su valor o porcentaje dentro del pacto remuneratorio del



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

contrato, no se considera que sobre el mismo deba rendirse cuenta y por tanto, no sería tampoco procedente su justificación.

Veamos, si el contratista en una mala planeación o mejor en un mal planteamiento de los costos del objeto contractual, calcula mal el I y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumírselos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación, pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso. Ahora bien, distinto es, que habiéndose calculado en debida forma, estos excedan lo planeado y los mismos superan cualquier cálculo previsible, demostrado ampliamente tal situación podría ser viable el equilibrio financiero.

Así las cosas, existen riesgos que son previsibles y como lo señala el Documento CONPES 3714 de 2011, en atención a la naturaleza participativa de los procesos contractuales, el artículo 4° de la Ley 1150 establece en el caso de la licitación pública un espacio de diálogo para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas. Este análisis permitirá evitar posibles reclamaciones de equilibrio contractual, pero también existen riesgos que el futuro contratista conoce en razón a la actividad que desarrolla y sabe de las probabilidades de su ocurrencia, razón por la cual el mismo lo plantea con su oferta.

Una de las preocupaciones de este Ente de Control Fiscal es que los contratos estatales no se funden en sanos principios y adecuados estudios que conlleven al cabal cumplimiento de los cometidos estatales y contrario sensu, se estructuren en la improvisación o negligencia de los gerentes públicos es por ello, que llama la atención a quien están investidos de la facultad de celebrar los contratos del Estado, de actuar con sumo cuidado y plantear el contrato estableciendo adecuadas matrices de riesgos de tal forma que se dé cumplimiento a los objetos contractuales.

De acuerdo con lo dicho, en el caso de la conformación de los costos del contrato y específicamente en la asignación de los riesgos, 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.

iii) PREPONDERANCIA DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES

El proceso de responsabilidad fiscal que se desarrolla en la Ley 610 de 2000, dentro de las posibilidades procesales, tiene como forma de terminación normal la expedición de Fallos con Responsabilidad Fiscal según el artículo 53 de la misma ley, situación que implica la certeza del daño y su cuantificación, la individualización y actuación del gestor fiscal y la relación de causalidad entre la actuación del agente con el daño ocasionado.

Las decisiones en firme proferidas por el ente de control que endilgan responsabilidad fiscal a una o varias personas, naturales o jurídicas a través de este proceso, pueden ser objeto de impugnación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto en base al artículo 59 de la Ley 610 de 2000.

La razón y justificación de lo anterior se encuentra sustentado por el mismo Consejo de Estado, quien en sentencia C-577 de 2001, señaló:

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos.

Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción.

Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas.

Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales.

Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye. Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada.

Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes:

- 1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales);
- 2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y,
- 3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

Por otra parte, la opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente.

Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.

Estas consideraciones son pertinentes para determinar si la interpretación de la norma propuesta por el demandante debe ser acogida por esta Corte. La respuesta es negativa. No sólo no es la que se impone de la simple lectura de la misma, sino que es contraria al derecho viviente conformado por la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente analizada y respaldada por la doctrina. Esta interpretación ha sido consistente y se ha consolidado; su relevancia para definir la cuestión que ocupa a la Corte es clara: la expresión "solamente" cuestionada no impide que los demás actos, generalmente de trámite o preparatorios, sean objeto de control judicial cuando sea demandado el acto definitivo mediante el cual termina el proceso.

Como se indicó, el Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, siendo sus decisiones línea de interpretación en decisiones judiciales.

Es el órgano técnico interpretativo, estando ellos sometidos al cumplimiento de sus decisiones y el seguimiento a las pautas de interpretación. Y que a fin de cumplir con el control de legalidad, las decisiones administrativas pueden ser objeto de estudio ante esta instancia contenciosa.

La razón de lo anterior, se funda en la misma naturaleza del llamado "*derecho viviente*" en la medida que son las decisiones de lo contencioso administrativo quienes permiten establecer líneas de interpretación, frente a problemas jurídicos que se presentan. Y situaciones que deben atender las diferentes autoridades, que debe ceñirse al cuerpo de legalidad colombiano, pues la toma de decisiones contrarias, se estarían afectando derechos de orden constitucional.

Ahora, en el caso que nos ocupa, frente a las decisiones del Consejo de Estado, las que se materializan en la jurisprudencia, se encuentran los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, los que no tienen el mismo nivel de jerarquía, pues mientras que a los primeros, conforme a lo señalado en artículo 230 de la Constitución Política: "Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial", se les da alcance de interpretación vinculante; a los conceptos emitidos por el mencionado órgano de control, solo el alcance que les atribuye da el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011: "Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".

En efecto, señaló el Consejo de Estado en Sentencia C-634 del 24 de Agosto de 2011 que:

"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.

Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la incertidumbre, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto.

Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción.

Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial.

Por ende, debe adelantarse un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios.

Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios.

Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.

Si bien es cierto, en el presente asunto solo se conoce un pronunciamiento del Consejo de Estado, se puede concluir que la decisión analizada, aunque no cuenta con los elementos para ser un precedente jurisprudencial, si es un parámetro de interpretación frente al Imprevisto pactado dentro del A.I.U.

Por último, el Consejo de Estado para reafirmar las decisiones de la administración, señaló:

La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia.

Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales.

A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad el ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.

En efecto, es responsabilidad de las autoridades judiciales, y en última instancia en sus Cortes, conservar y preservar, con la simetría de sus decisiones, la seguridad jurídica, estando incluso las decisiones de la administración, en directa consonancia con éstas.

iv) CONCLUSIONES

No hay norma que regule el tema del A.I. U., en la contratación estatal, y por el contrario, esta inclusión dentro de los costos indirectos, se ha presentado como costumbre contractual.

El contrato de obra pública, es de tracto sucesivo y una de las formas de pago, es por precios unitarios, siendo este valor lo correspondiente a costos directos del contrato. Por su parte, dentro de los costos indirectos, que también hacen parte de la totalidad del contrato, es donde se tasa el valor correspondiente al AIU.



**CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA**

A diferencia de los riesgos previsibles, la teoría de la imprevisión se funda en que se trata de hechos ajenos no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas y que se pueden presentar por:

- Un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo,
- Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y,
- Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Está claro que al presentarse el hecho imprevisible, igual el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos son asumidos por el contratista, convirtiéndose el **I**, en un resorte económico de libre disposición de éste.

Que dicha libertad, interpretando lo señalado por el Consejo de Estado, hace referencia a la necesidad en el momento de utilizar el rubro en imprevistos, y no un hecho diferente. Y si el imprevisto resulta ser económicamente mayor, el contratista asume el riesgo.

Si bien es cierto el concepto de *I* son recursos públicos, la administración, al igual que el contratista, asume un riesgo al momento de pactar el imprevisto, que en última, garantiza la no suspensión de la ejecución de la obra.

Se recalca que frente a la postura del derecho, es ésta la que debe ser acogida, pues como se indicó, el alcance de la jurisprudencia es vinculante, diferente a lo que sucede con los conceptos jurídicos emitidas por las demás autoridades, los cuales no son obligatorios.

No hay norma ni jurisprudencia vinculante del Consejo de Estado que obligue al contratista a justificarle a la administración, en que eventualidades invirtió los recursos asignados a Imprevistos. Y por el contrario, la Sala Tercera del Consejo de Estado, señaló que ese valor, es un alea de libre disposición y utilización del contratista y del cual no debe dar cuentas.

v) RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

¿La partida de imprevistos Constituye daño patrimonial?

No, La partida de imprevistos no constituye daño patrimonial por las consideraciones antes realizadas.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyecto:

Fior alba tipas alpala
Profesional universitario



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

MEMORANDO No. 118-2016-132

De: Dra. OLGA MERCEDES CÓRDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica.

Para: Dra. JOHANNA AZUCENA DUARTE OLIVERA
Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal

Asunto: ADMINISTRACION, IMPREVISTOS Y UTILIDADES (AIU)

CONCEPTO

CONCEPTO No. 09	14 de Julio de 2016
Tema:	Administración, Imprevistos y Utilidades en el proceso de responsabilidad fiscal.
Problema Jurídico	¿Los imprevistos generan daño patrimonial?.
Fuentes formales	Ley 80 de 1993 Decreto 1082 de 2015. Ley 1437 CPACA Ley 1755 Estatutaria del Derecho de Petición
Precedente	Sentencia del consejo de Estado No. 14577 del 2003 Sentencia del Consejo de Estado No. 14043 del 2004 Sentencia del Consejo de Estado No. 20459 del 18 de enero de 2012. Sentencia del Consejo de Estado No. 21588 Sentencia del Consejo de Estado No. 20344

En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal solicita se emita concepto jurídico sobre si los imprevistos constituyen daño patrimonial.

Este concepto tiene como propósito definir la postura jurídica que debe adoptar La Contraloría Departamental del Tolima, cuando en los contratos de obra se pactan la AIU, frente a las posturas jurídicas adoptadas por El Consejo de Estado y la Oficina jurídica de la Contraloría General de la República.

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados se estudiarán los siguientes temas:

i) la postura adoptada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y por ii) La Contraloría General de la República, iii), La naturaleza de la jurisprudencia o Precedente emitido por las Altas Cortes, iv) La naturaleza de los conceptos jurídicos emitidos por las entidades del orden



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

administrativo v) las conclusiones de este Despacho y finalmente la vi) respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Problemas Jurídicos Planteados?

¿Los imprevistos generan daño patrimonial?.

i) POSTURAS JURIDICAS ADOPTADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO RELACIONADOS CON EL TEMA DE LOS IMPREVISTOS.

Sentencia del Consejo de Estado No. 21588 del 2002.

(...)

"Finalmente, en cuanto hace referencia a la afirmación hecha por el Tribunal en el sentido de que "los impuestos fijados por la ley no pueden constituir factor que altere la ecuación económica de los contratos", la Sala considera oportuno precisar lo siguiente:

Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que "la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas."¹ Se ha entendido que dicho equilibrio, implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a la ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables."²

Se ha sostenido también que dicho equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas³: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión).

La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.

La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.⁴

Precisamente sobre este tema, señaló el Doctor Hugo Palacios Mejía (1996) que:

"El "equilibrio" del contrato es parte de un asunto más amplio, a saber: el de la dificultad sobreviniente para cumplir un contrato.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En el derecho colombiano hay ciertas instituciones que facilitan al deudor la posibilidad de pedir a los jueces algún alivio cuando ocurre un hecho especial imprevisto que dificulta cumplir el contrato; o, especialmente, cuando la obligación a su cargo se ha hecho muy onerosa o difiere sustancialmente de las previsiones iniciales.

Estas instituciones están conformadas por las reglas legales sobre "fuerza mayor" o "caso fortuito"; "la imposibilidad de cumplir con el objeto; la "excesiva onerosidad sobreviniente" y, por supuesto, la "ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato...".

En tal sentido, ha sido claro el Consejo de Estado en el fallo del 31 de octubre de 2007, cuando señala que, previendo precisamente un posible desequilibrio económico del contrato, deben las partes remitirse al contrato estatal suscrito; entendido éste como un documento complejo, conformado tanto por su clausulado, como por los pliegos de condiciones y la propuesta:

"El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como "la relación aproximada entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar.

Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.

A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento la Sala, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que **ese acto se convierte en clausulado del contrato.**

En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista,... de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación.

Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual,...".

Las partes teniendo el compromiso contractual, y para ciertos contratos en especial, requieren para su conformación definitiva del mutuo análisis, pues esos dos documentos, como se indicó, constituyen la ley del contrato.

En igual sentido, se ha insistido en la importancia del pliego de condiciones, pues en él se plasma las posibles contingencias previsibles que puedan presentarse en desarrollo de la ejecución del contrato, y que en algunas oportunidades requieren ajustar precios, en especial en el contrato de obra, al ser éste de tracto sucesivo.

El rompimiento de dicho equilibrio ampliamente mencionado, obedece a varias circunstancias que ya se encuentran previstas. En efecto, el Consejo de Estado en el expediente No. 14043 del 26 de febrero de 2004 ha indicado que:

"...Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes contratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de



**CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA**

repararla ecuación financiera del contrato. Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del ius variandi) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio...”

Precisamente resulta importante resaltar, que previo a la suscripción del contrato y conforme a lo señalado en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, que trata sobre la distribución de los riesgos en los contratos estatales, es en los pliegos de condiciones o sus equivalentes donde se deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, las entidades y los oferentes revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

A propósito de lo anterior, el Consejo Nacional de Política Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación mediante documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, trató del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública. En el mencionado documento se conceptuó como riesgo previsible: *“Todas aquellas circunstancias que de presentarse en el desarrollo y ejecución del contrato, tiene la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”.*

Igualmente en el mencionado documento se identificó como riesgos no previsibles los siguientes:

- El incumplimiento total o parcial del contrato.
- Hechos derivados de la Responsabilidad Extracontractual.
- El hecho sobreviniente de inhabilidad e incompatibilidad del contratista.
- Lo que corresponde a la Teoría de la Imprevisión.

Cada uno de estos riesgos tiene un tratamiento especial, del cual solo abarcaremos el de la Teoría de la Imprevisión.

DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La Teoría de la Imprevisión, como se indicó, hace parte del alcance de la figura jurídica del equilibrio económico del contrato.

En efecto, tiene directa relación ya que constituye una forma de desequilibrio de las condiciones del contrato, con la connotación que proviene de causas externas y ajenas no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas.

Señala el Consejo de Estado en fallo del 26 de febrero de 2004 que las condiciones para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, son:

- “a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
- b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.
- c) Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad. Y en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio.

No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración. Nota de Relatoría: Ver Exp. 14577 del 29 de mayo de 2003”.

El mencionado documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, trajo a colación lo que el Consejo de Estado analizó sobre Riesgo Imprevisible o Teoría de la Imprevisión, entendida como se expresa en el Concepto del 13 de agosto de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la que:

“regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible”.

Por tanto y según lo dicho por el Consejo de estado en sentencia del 7 de marzo de 2002 el “equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión)...”

Resulta en consecuencia oportuno concluir que la imprevisión, es ajena a todo riesgo previsible que las partes pactan a fin de tratar de mantener incólume las condiciones económicas del contrato inicial. Sobre el tema de la Teoría de la Imprevisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado en expediente del 9 de mayo de 1996 ha profundizado ampliamente, pero adicional de lo señalado con anterioridad, una pregunta obligada resulta ser, ¿qué obligaciones surgen para las entidades contratistas, cuando este evento se presenta? Este cuerpo colegiado da la respuesta en los siguientes términos.

“Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. El equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

Así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el sub judice, por cuanto que trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieren



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista.

Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales.

En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resaltaba cómo en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general, "... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. En este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato".

En consecuencia, es razonable establecer la premisa que cuando se presenta el hecho imprevisto, corresponde igualmente a la administración restablecer el equilibrio financiero a favor del contratista en un punto de no pérdida. Y vuelve y se repite, los casos en que lo previsible pasa a convertirse en imprevisible, son:

- Un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo.
- Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas.
- Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2011 que en aplicación de la teoría de la imprevisión, ninguno de los anteriores sucesos impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón al hecho imprevisible.

Resulta obligado cuestionar entonces, ¿en qué momento de la imprevisibilidad, la administración debe compensar al contratista?

"Al efecto, "Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que **la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación.** En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Y es que no puede ser de otra manera, en la medida que si los riesgos previsibles se estiman y cuantifican para poder ser reconocidos al contratista, resulta lógico que lo mismo suceda con los riesgos imprevisibles, los cuales deben ponerse en conocimiento de la administración, para que ella los evalúe, a fin de determinar que se traten de imprevisibles, y se estime su cuantía que restablezca el equilibrio económico del contrato.

Señala la Autora Hernández Silva, Aida (2008) que *"el fundamento de la Teoría de la Imprevisión, es evitar que el contrato se paralice y se posponga la satisfacción del interés público, que pende de la realización del objeto contratado. La teoría de la imprevisión evita que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal."*

Lo anterior resulta ser el punto neurálgico en el caso en estudio, pues se ha convertido en costumbre contractual, pactar dentro del A.I.U. un valor por imprevistos que se pagan al contratista, cáusese o no se causen.

Debe en consecuencia abordarse el tema del concepto de A.I.U., (Administración, Imprevistos y Utilidad) utilizado usualmente en la contratación estatal, y donde se pacta un valor por el concepto de imprevistos, el cual se paga al contratista, cáusese o no; el que obedece al acuerdo de las partes, y por costumbre contractual, más no porque exista una norma que así lo señale.

El Departamento Nacional de Planeación en concepto del 11 de octubre de 2011 analizó el tema del A.I.U., en concordancia con lo pronunciado tanto por la Contraloría General de la República como por el Ministerio de Hacienda y claramente señaló:

"1. A.I.U. en la Contratación Pública Dicho lo anterior, es clara la posibilidad que tienen las entidades sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para solicitar en las propuestas o incluir en los contratos el "A.I.U.". Sobre el particular, el concepto OJ.EE32493-04 de la Contraloría General de la República señala que:

"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 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".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Una vez incluido el A.I.U., respecto de su naturaleza, debe tenerse en cuenta, según lo previsto en el Concepto 017713 del 6 de julio de 2010 de la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que:

"la inclusión del A.I.U. en los procesos de contratación no obedece al cumplimiento de una disposición legal, corresponde más bien a la necesidad de discriminar en el total del costo de la obra, el de los costos directos e indirectos, principalmente con fines de evaluación de las propuestas, verificación de su ejecución y resolver posibles discusiones que surjan en torno, por ejemplo, del equilibrio contractual y las indemnizaciones.

El A.I.U. forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato.

En la doctrina se ha entendido que el concepto del A.I.U. corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde: Administración: comprende los gastos para la operación del contrato, tales como los de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.; Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista y Utilidad: la ganancia que espera recibir el contratista.

Siendo así, es claro que el A.I.U., hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe **"una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida"** (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, lo ha interpretado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2003 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, al establecer que: "Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato.

Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa **manera 'como defensa y garantía principio de riesgo y ventura'**, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrato. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios.

"El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el alea del contrato".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

"En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U.-administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste.

Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella".

Así, es posible concluir que los dineros recibidos por el contratista a título de pago del precio del contrato respectivo – como ocurre por ejemplo con el pago de un "precio anticipado"–, estos, pertenecen al contratista, quien en atención a los atributos de la propiedad previstos en la legislación civil, tiene plena disposición de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el A.I.U. puede ser pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que conforme a cada contrato sea procedente su inclusión acorde a las características de cada objeto contractual y su inclusión no contraría los principios y postulados de la Contratación con recursos Públicos, los de la buena administración, función administrativa y gestión fiscal.

Nótese como el Consejo de Estado en la mencionada sentencia abrió la puerta interpretativa, señalando que a propósito del concepto de Imprevistos pactados dentro del A.I.U., estos hacen parte de los costos indirectos del contrato de obra.

Lo anterior sin lugar a discrepancia, en la medida que los costos directos tienen relación intrínseca con la labor a ejecutar.

Se reafirma que no existe normatividad alguna que imponga la utilización del A.I.U. en la contratación estatal, por lo que obligatoriamente debemos concluir que esa actividad se ha convertido en *costumbre*, y que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente.

Ahora, como bien lo ha indicado esta alta corporación, el A.I.U. corresponde a los costos indirectos, entendidos como los no relacionados directamente con la ejecución del contrato y que se constituyen en una garantía del riesgo y ventura que asume el contratista, al no poder ser indemnizado por estas eventualidades, pues no hay daño atribuible a ninguna de las partes.

Está claro que al presentarse el hecho imprevisto, igual el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos son asumidos por el contratista, convirtiéndose el **I**, en un resorte económico de libre disposición del contratista.

Evidentemente la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha tratado el tema del concepto de la Imprevisión, y del A.I.U.; mas no ha sido clara en señalar si a propósito de los imprevistos contenidos en ese A.I.U., debe justificarse por el contratista o no.

Solo sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado en Fallo No. 20459 del 18 de enero de 2012:

Así también vale la pena señalar, que en los contratos de obra dentro del precio pactado se suele incluir un porcentaje a costos indirectos bajo el nombre de imprevistos, pero ello es solo para los eventos en que se concretan aleas normales u



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

ordinarias que afectan la ejecución de los contratos y que son tasados en un valor determinado pero que no se cobijan allí los que tienen el carácter de extraordinarios o anormales, que de alguna manera desbordan lo calculado por este concepto y de contera impactan el equilibrio económico del contrato y por tanto deben ser reconocidos por la entidad.

Sobre este tema, debe advertirse que de acuerdo con algunos doctrinantes, el resultado de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es precisamente colocar al contratista en un punto de cero pérdidas, cero ganancias, y que en alguna ocasión la jurisprudencia de esta corporación permitió que se llevara al contratista a una situación que cubriera las expectativas del lucro que tenía al momento de celebración del contrato, es decir no solo se reajustan las pérdidas, sino que además conceder la utilidad esperada, este criterio fue abandonado y se retornó a la idea primaria de reconocer los mayores gastos o costos pero no las utilidades dejadas de percibir.

En efecto, en los eventos en que se presentan circunstancias que hacen muy oneroso el cumplimiento del contrato, la administración debe equilibrar el perjuicio económico sufrido por el contratista, ya que las otras sumas solicitadas por el demandante se consideran aleas normales a cargo del contratante.

En Sentencia 20344 del Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Entonces es al contratista a quien corresponde establecerlos y en la medida en que los mismos se presenten a él le toca asumirlos. Luego su tasación corresponderá a éste, de acuerdo en su experticia en el objeto contractual y por ende el porcentaje debe ser suficiente y de no serlo ello no impacta la ecuación económica del contrato a no ser que habiéndose previsto el riesgo el mismo se sale de sus condiciones normales, convirtiéndose en anormal, así lo dijo el Consejo de Estado:

"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, ha manifestado el Consejo de Estado que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos como suele suceder en los 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 esa resultó insuficiente superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato No. 13. El subrayado es del texto original y esta cita se hace en la sentencia No. 17001-23-31-0001996-05018-01 (20344), de 8 de febrero 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

ii) POSTURA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA RELACIONADA CON EL TEMA DE IMPREVISTOS. CONCEPTO JURIDICO DE LA CGR No. 2012EE0071253 DE OCTUBRE 12 DE 2012.

La contraloría General de la República también fundamenta su concepto en la Sentencia No. 20344, de 8 de febrero 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Aquí el Consejo de Estado adopta una cierta flexibilidad en la destinación o inversión de este rubro, por cuanto no es costumbre que el contratista rinda cuenta sobre él. Pues bien, al respecto se considera que si al contratista le corresponde responder por un alea que es normal y que la entidad aceptó su valor o porcentaje dentro del pacto remuneratorio del



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

contrato, no se considera que sobre el mismo deba rendirse cuenta y por tanto, no sería tampoco procedente su justificación.

Veamos, si el contratista en una mala planeación o mejor en un mal planteamiento de los costos del objeto contractual, calcula mal el I y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumírselos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación, pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso. Ahora bien, distinto es, que habiéndose calculado en debida forma, estos excedan lo planeado y los mismos superan cualquier cálculo previsible, demostrado ampliamente tal situación podría ser viable el equilibrio financiero.

Así las cosas, existen riesgos que son previsibles y como lo señala el Documento CONPES 3714 de 2011, en atención a la naturaleza participativa de los procesos contractuales, el artículo 4° de la Ley 1150 establece en el caso de la licitación pública un espacio de diálogo para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas. Este análisis permitirá evitar posibles reclamaciones de equilibrio contractual, pero también existen riesgos que el futuro contratista conoce en razón a la actividad que desarrolla y sabe de las probabilidades de su ocurrencia, razón por la cual el mismo lo plantea con su oferta.

Una de las preocupaciones de este Ente de Control Fiscal es que los contratos estatales no se funden en sanos principios y adecuados estudios que conlleven al cabal cumplimiento de los cometidos estatales y contrario sensu, se estructuren en la improvisación o negligencia de los gerentes públicos es por ello, que llama la atención a quien están investidos de la facultad de celebrar los contratos del Estado, de actuar con sumo cuidado y plantear el contrato estableciendo adecuadas matrices de riesgos de tal forma que se dé cumplimiento a los objetos contractuales.

De acuerdo con lo dicho, en el caso de la conformación de los costos del contrato y específicamente en la asignación de los riesgos, 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.

iii) PREPONDERANCIA DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES

El proceso de responsabilidad fiscal que se desarrolla en la Ley 610 de 2000, dentro de las posibilidades procesales, tiene como forma de terminación normal la expedición de Fallos con Responsabilidad Fiscal según el artículo 53 de la misma ley, situación que implica la certeza del daño y su cuantificación, la individualización y actuación del gestor fiscal y la relación de causalidad entre la actuación del agente con el daño ocasionado.

Las decisiones en firme proferidas por el ente de control que endilgan responsabilidad fiscal a una o varias personas, naturales o jurídicas a través de este proceso, pueden ser objeto de impugnación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto en base al artículo 59 de la Ley 610 de 2000.

La razón y justificación de lo anterior se encuentra sustentado por el mismo Consejo de Estado, quien en sentencia C-577 de 2001, señaló:

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos.

Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción.

Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas.

Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales.

Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye. Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada.

Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes:

- 1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales);
- 2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y,
- 3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

Por otra parte, la opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente.

Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.

Estas consideraciones son pertinentes para determinar si la interpretación de la norma propuesta por el demandante debe ser acogida por esta Corte. La respuesta es negativa. No sólo no es la que se impone de la simple lectura de la misma, sino que es contraria al derecho viviente conformado por la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente analizada y respaldada por la doctrina. Esta interpretación ha sido consistente y se ha consolidado; su relevancia para definir la cuestión que ocupa a la Corte es clara: la expresión "solamente" cuestionada no impide que los demás actos, generalmente de trámite o preparatorios, sean objeto de control judicial cuando sea demandado el acto definitivo mediante el cual termina el proceso.

Como se indicó, el Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, siendo sus decisiones línea de interpretación en decisiones judiciales.

Es el órgano técnico interpretativo, estando ellos sometidos al cumplimiento de sus decisiones y el seguimiento a las pautas de interpretación. Y que a fin de cumplir con el control de legalidad, las decisiones administrativas pueden ser objeto de estudio ante esta instancia contenciosa.

La razón de lo anterior, se funda en la misma naturaleza del llamado "*derecho viviente*" en la medida que son las decisiones de lo contencioso administrativo quienes permiten establecer líneas de interpretación, frente a problemas jurídicos que se presentan. Y situaciones que deben atender las diferentes autoridades, que debe ceñirse al cuerpo de legalidad colombiano, pues la toma de decisiones contrarias, se estarían afectando derechos de orden constitucional.

Ahora, en el caso que nos ocupa, frente a las decisiones del Consejo de Estado, las que se materializan en la jurisprudencia, se encuentran los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, los que no tienen el mismo nivel de jerarquía, pues mientras que a los primeros, conforme a lo señalado en artículo 230 de la Constitución Política: "Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial", se les da alcance de interpretación vinculante; a los conceptos emitidos por el mencionado órgano de control, solo el alcance que les atribuye da el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011: "Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".

En efecto, señaló el Consejo de Estado en Sentencia C-634 del 24 de Agosto de 2011 que:

"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.

Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la incertidumbre, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto.

Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción.

Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial.

Por ende, debe adelantarse un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios.

Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios.

Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.

Si bien es cierto, en el presente asunto solo se conoce un pronunciamiento del Consejo de Estado, se puede concluir que la decisión analizada, aunque no cuenta con los elementos para ser un precedente jurisprudencial, si es un parámetro de interpretación frente al Imprevisto pactado dentro del A.I.U.

Por último, el Consejo de Estado para reafirmar las decisiones de la administración, señaló:

La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia.

Elo en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales.

A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad el ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.

En efecto, es responsabilidad de las autoridades judiciales, y en última instancia en sus Cortes, conservar y preservar, con la simetría de sus decisiones, la seguridad jurídica, estando incluso las decisiones de la administración, en directa consonancia con éstas.

iv) CONCLUSIONES

No hay norma que regule el tema del A.I. U., en la contratación estatal, y por el contrario, esta inclusión dentro de los costos indirectos, se ha presentado como costumbre contractual.

El contrato de obra pública, es de tracto sucesivo y una de las formas de pago, es por precios unitarios, siendo este valor lo correspondiente a costos directos del contrato. Por su parte, dentro de los costos indirectos, que también hacen parte de la totalidad del contrato, es donde se tasa el valor correspondiente al AIU.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

A diferencia de los riesgos previsibles, la teoría de la imprevisión se funda en que se trata de hechos ajenos no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas y que se pueden presentar por:

- Un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo,
- Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y,
- Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Está claro que al presentarse el hecho imprevisto, igual el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos son asumidos por el contratista, convirtiéndose el **I**, en un resorte económico de libre disposición de éste.

Que dicha libertad, interpretando lo señalado por el Consejo de Estado, hace referencia a la necesidad en el momento de utilizar el rubro en imprevistos, y no un hecho diferente. Y si el imprevisto resulta ser económicamente mayor, el contratista asume el riesgo.

Si bien es cierto el concepto de *I* son recursos públicos, la administración, al igual que el contratista, asume un riesgo al momento de pactar el imprevisto, que en última, garantiza la no suspensión de la ejecución de la obra.

Se recalca que frente a la postura del derecho, es ésta la que debe ser acogida, pues como se indicó, el alcance de la jurisprudencia es vinculante, diferente a lo que sucede con los conceptos jurídicos emitidas por las demás autoridades, los cuales no son obligatorios.

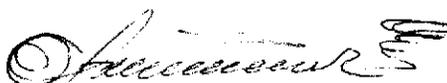
No hay norma ni jurisprudencia vinculante del Consejo de Estado que obligue al contratista a justificarle a la administración, en que eventualidades invirtió los recursos asignados a Imprevistos. Y por el contrario, la Sala Tercera del Consejo de Estado, señaló que ese valor, es un alea de libre disposición y utilización del contratista y del cual no debe dar cuentas.

v) RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

¿La partida de imprevistos Constituye daño patrimonial?

No, La partida de imprevistos no constituye daño patrimonial por las consideraciones antes realizadas.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyecto:

Flor alba tipas alpala
Profesional universitario