CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S
NIT. 900.452.410-0

bosa336.2022@gmail.com
+57 313 318 8346
+57 321 206 2337
Carrera 96 No. 72-49 Bogotá D.C

FDLB-336-0177

Bogotá D.C., 31 de enero de 2022

CORRESPONDENCIA RECIBIDA
Nº Radicado: 0021
Centro de Costos: 104-Bosa
Recibido Por: Jesús Durango
Destinatario: Ricardo Tafur Tafur
Anexos: Sin Anexos
Fecha: 03/02/2023
AYM CONSULTORÍA S.A.S

Señor:
ING. RICARDO TAFUR
Director de Interventoría
AYM CONSULTORIA S.A.S
Carrera 15A #121-12 Oficina 318
Bogotá D.C.

Ref.: FDLB-336-2022 "EJECUTAR POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE Y A MONTO AGOTABLE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE MALLA VIAL Y ESPACIO PUBLICO ASOCIADO DE LA LOCALIDAD DE BOSA, DE ACUERDO CON LA DESCRIPCIÓN, ESPECIFICACIONES, ESTUDIOS, DISEÑOS Y DEMÁS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL ANEXO TÉCNICO"

Asunto: Respuesta a la solicitud de justificación de imprevistos.

Cordial Saludo,

En atención a la solicitud realizada por la Alcaldía Local de Bosa durante el comité de seguimiento No. 21, el día 17 de enero de 2023, en el sentido de entregar los soportes de los imprevistos contemplados en el A.I.U., del contrato de obra No. FDLB-336-2022, nos permitimos dar respuesta a su solicitud en los siguientes términos:

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

En tal sentido, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estipula:

> *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales,* ***o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad****, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

bosa336.2022@gmail.com
+57 313 318 8346
+57 321 206 2337
Carrera 96 No. 72-49 Bogotá D.C

A su vez, el artículo 40 de la citada Ley, dispone:

> ***"ARTÍCULO 40.- Del Contenido del Contrato Estatal.*** *Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
>
> ***Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.***
>
> *En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En ese sentido, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las entidades estatales y sus contratistas, usualmente han incluido dentro de la estructura del presupuesto oficial y la propuesta económica, un porcentaje destinado a cubrir los costos indirectos, denominados A.I.U, los cuales no encuentra regulación normativa específica, y han sido normalmente empleados en contratos de obra.

Concretamente en materia de imprevistos, la doctrina ha señalado, que deben incorporarse dentro de la estructuración del valor del contrato, con el fin de cubrir aquellas fallas técnicas o humanas, que normalmente se presentan en un proceso constructivo, y no pueden cargarse a otro concepto o reclamarse o abonarse como indemnización, los cuales aunque es imposible predecirlos con exactitud, en tanto son inciertos pero altamente probables, se pueden valorar ante la certeza de que su ocurrencia ocasionará sobrecostos.

En nuestro ordenamiento jurídico, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos, y la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 efectos de indemnizar los perjuicios reclamados por este.

Existe 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 ellas.
De la jurisprudencia del Consejo de Estado se extrae un elemento adicional y es que los imprevistos al constituir el alea normal del negocio son del resorte del contratista, quien debe asumirlos, y por tanto estimarlos en la estructuración del valor a ofertar por los bienes o servicios,

bosa336.2022@gmail.com
+57 313 318 8346
+57 321 206 2337
Carrera 96 No. 72-49 Bogotá D.C

razón por lo que es posible que en algunos casos el valor estimado cubra más o menos, sin embargo, no es posible que el contratista realice reclamación alguna a la administración contratante por ese concepto.

Ahora bien, respecto al tema del A.I.U., la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de octubre de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 20.811, señaló lo siguiente:

> *…"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…". De acuerdo con la jurisprudencia el AIU propuesto para el contrato, corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el alea normal del contrato: I; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U. Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado."*

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

POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República emitió pronunciamiento respecto al porcentaje de imprevistos establecidos en el A.I.U., mediante oficio con radicado CGR-OJ-153-2018, en el cual fija una posición concordante con las antes expuestas, expresando lo siguiente:

bosa336.2022@gmail.com
+57 313 318 8346
+57 321 206 2337
Carrera 96 No. 72-49 Bogotá D.C

"… es procedente y común que en los contratos de obra se pacte el pago de imprevistos, cuyo valor se tasa, según su experiencia, de forma anticipada por el contratista y que durante la ejecución del contrato se pague al contratista las sumas acordadas por dicho concepto, ***sin que se requiera para el efecto que el contratista rinda cuenta de la ocurrencia de imprevistos y de su valor.*** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

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

(…)"

Concluye:

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

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

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

5.4*Como quiera que el porcentaje de imprevistos corresponde a una tasación anticipada de los costos adicionales asociados a hechos imprevistos que la entidad traslada al contratista, según su oferta, no puede considerarse que existe detrimento al patrimonio público si se estipula este reconocimiento, como*

CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S
NIT. 900.452.410-0

bosa336.2022@gmail.com
+57 313 318 8346
+57 321 206 2337
Carrera 96 No. 72-49 Bogotá D.C

tampoco si se paga conforme a los valores previstos para el efecto, en la oferta seleccionada por la Entidad."

Por todo lo anterior, existe autonomía de la voluntad en la relación contractual, y como quiera que las partes no pactaron en el contrato el deber del contratista de rendir cuentas sobre los imprevistos, se entiende que no deben entregarse a la entidad, pues existe libertad del contratista en la destinación o inversión del rubro dispuesto para Imprevistos, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre este.

Finalmente es preciso indicar que el contratista asume un riesgo en la ejecución de la obra frente a los imprevistos, los cuales se pactan desde el inicio del contrato. En consecuencia, la presentación de dichas eventualidades, serán cargadas a este rubro designado en ello, y si el imprevisto resulta ser económicamente mayor al pactado, el contratista deberá demostrarlo a fin de evitar algún tipo de desequilibrio económico.

Siendo en consecuencia un riesgo, entendido éste como ganancia o pérdida en un negocio jurídico, es que el rubro del Imprevisto representa una garantía a favor del contratista.

La realidad que se presenta en la contratación estatal, a propósito de los contratos de obra pública, es que cuando se pacta un valor al Imprevisto dentro del A.I.U., el contratista no le prueba a las entidades públicas y/o administraciones, en qué hechos imprevistos utilizó ese rubro y de igual forma, las administraciones no deben exigir a los contratistas que pruebe ese gasto.

Por todo lo anterior, el contratista no entregará lo solicitado por la entidad, respecto al rubro de imprevistos contemplado dentro del A.I.U. del contrato objeto de estudio, por las razones expuesta en este documento.

Sin Otro en Particular,

LUIS FELIPE CASTRO MARTÍNEZ
REPRESENTANTE LEGAL
CONSTRUCTORA CAMACON SAS

Elaboró: JAR
Revisó: JOVC