FORMATO		
RADICACIÓN WEB		
CÓDIGO	**PROCESO**	**VERSIÓN**
FO-DO-42	Gestión Documental	1

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

www.idu.gov.co
Calle 22 No. 6 - 27 Tel.: 3386660

Radicado No:

202352601820312

Fecha de Radicado:	10-10-2023	**Canal de Recepción**	Virtual - Formulario WEB

Remitente:	CONSORCIO MAHFER	**Documento No.: (cc, ce, nit, pass.)**	901424652
Dirección:	KR 87 A 6 33	**Teléfono / Celular:**	3135710685 / 3135710685
Departamento:	Bogotá DC	**Municipio:**	Bogotá
Correo electrónico:	correspondencia@mahfer.com.co	**No Contrato / Convenio:**	1670
Asunto:	Respuesta al Comunicado IDU- STEST-202334601449251 del 23-ago-23 y oficio de traslado comunicado interventoría 1670-20-OBR-01/02-3013 del 04-oct-23.		
Anexos:	Hay 1 archivo(s) anexos a parte del radicado principal		

Bogotá, 05 de octubre de 2023.

Señores:
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO
Atn. Claudia Tatiana Ramos Bermúdez
Subdirectora General de Infraestructura
Calle 22 No. 6 – 27
Bogotá D.C

CONSORCIO AIRUG 2020
Atn. Ing. GLORIA REYES
Directora Contrato de Interventoría
correspondencia.airug.2020@gmail.com

REFERENCIA: *Contrato No. 1670 de 2020, Construcción para la adecuación al sistema Transmilenio de la troncal avenida ciudad de Cali tramo 1 -entre la avenida circunvalar del sur y la avenida Manuel Cepeda Vargas y obras complementarias en Bogotá D.C – Grupo 4- En la intersección de la Avenida Manuel Cepeda Vargas y obras complementarias en Bogotá D.C.*

ASUNTO: *Respuesta al Comunicado IDU- STEST-202334601449251 del 23-ago-23 y oficio de traslado comunicado interventoría 1670-20-OBR-01/02-3013 del 04-oct-23.*

Respetados señores:

Por medio del presente oficio, El Consorcio Mahfer se permite pronunciarse respecto los oficios de la referencia en los cuales se está requiriendo a la firma interventora a efectuar descuentos sobre los pagos realizados a este contratista en lo que respecta a las estampillas distritales (Universidad Distrital, Pro cultura y Pro personas mayores), en los siguientes términos:

En principio y previo al desarrollo del tema, este Consorcio manifiesta su **OPOSICIÓN EXPRESA** a la solicitud del IDU y de la Interventoría, toda vez y tal como se procede a desarrollar en el presente comunicado, no existe fundamento legal ni contractual que faculte a la Entidad Contratante ni a la

Interventoría para proceder con la solicitud realizada, constituyendo la misma un grave incumplimiento de la ley y del contrato teniendo en cuenta lo siguiente:

I. **FORMA DE RECAUDO DE LAS ESTAMPILLAS:**

En primera instancia conviene exponer que el recaudo de las Estampillas se realiza exclusivamente mediante la figura de **retención en la fuente**, de tal forma que corresponde al pagador, en el Hipotético evento que se cause la estampilla retener o deducir los valores correspondientes y presentar las declaraciones de pago.

Es así como respecto de cada una de las estampillas tenemos:

ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Mediante el Acuerdo Distrital 696 de 2017 se ordenó la emisión y cobro de la estampilla correspondiente.

A renglón seguido, el Acuerdo Distrital 696 fue reglamentado por el Decreto 250 de 2018, mediante el cual se ordenó la obligación de recaudo de la estampilla en las siguientes entidades:

> *"ARTÍCULO 1°. RESPONSABLES. Los organismos y entidades de la Administración Central, los Establecimientos Públicos del Distrito Capital de Bogotá y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas serán responsables de la "Estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años" por lo cual deben descontar, el uno punto uno por ciento (1.1%) del valor del pago anticipado, si lo hubiere y de cada cuenta que proceda, sin incluir el IVA; que se le pague al contratista, salvo en los convenios interadministrativos celebrados entre ellas.*
>
> *ARTÍCULO 2°. REGISTROS DEL DESCUENTO DE LA ESTAMPILLA. Las entidades responsables de la Estampilla "Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años" deberán liquidar y efectuar los registros a que haya lugar de los montos a descontar por concepto de la misma al momento de diligenciar y aprobar cada orden de pago.*
>
> *ARTÍCULO 3°. DECLARACIÓN TRIBUTARIA DEL RECAUDO POR CONCEPTO DE LA ESTAMPILLA. Los Establecimientos Públicos, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría Distrital de Hacienda a nombre de los organismos de la Administración Central, deberán presentar una declaración mensual del recaudo de los descuentos practicados por concepto de la Estampilla" Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años"* (subrayas fuera del texto original)

correspondencia@mahfer.com.co

ESTAMPILLA DE PRO CULTURA DE BOGOTÁ

Mediante el Acuerdo 187 de 2005 se ordenó la emisión la estampilla Pro Cultura de Bogotá y sobre su recaudo se estableció:

> *"ARTÍCULO QUINTO. CAUSACIÓN. Las entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital de Bogotá serán agentes de retención de la Estampilla "PRO CULTURA", por lo cual descontarán, al momento de los pagos y de los pagos anticipados de los contratos y adiciones que suscriban, el 0,5% de cada valor pagado, sin incluir el impuesto a las ventas."*

ESTAMPILLA PARA EL BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR

Mediante el Acuerdo 188 de 2005 se regula la forma de recaudo de la estampilla así:

> *"ARTÍCULO 4. MODIFICADO POR EL ACUERDO 669 DE 2017, ARTÍCULO 3º. CAUSACIÓN. Las entidades que conforman el presupuesto anual de Distrito Capital de Bogotá serán agentes de retención de la "Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor", por lo cual descontarán, al momento de los pagos y de los pagos anticipados de los contratos y adiciones que suscriban, el dos por ciento (2%) de cada valor pagado, sin incluir el impuesto a las ventas de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1276 de 2009."*

Lo anterior es relevante por dos razones: (i) No es la interventoría ni el IDU las facultadas conforme los Acuerdos Distritales en comento a retener presuntos valores por concepto de las estampillas lo cual, para este evento no causan las estampillas mencionadas, solo podría ser realizado por el pagador, que para el presente caso es TM S.A.(ii) El pagador de este contrato ya ha indicado reiterativamente que no está en la facultad de realizar la retención en comento en los siguientes términos:

> *"Del análisis de la normatividad en los temas presupuestales y tributarios TRANSMILENIO S.A. concluyó que, por ser una Entidad del sector descentralizado no es responsable de practicar el recaudo exigido en el Acuerdo 53 de 2002, por ende,* ***los pagos derivados de los Contratos IDU no son sujetos de la aplicación del descuento por Estampillas de****: 1. Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años (Acuerdo 696 de 2017), 2. Estampilla pro cultura (Acuerdo 187 20 dic 2005) y 3. Estampilla pro personas Mayores (Acuerdo 645 de 9 de junio de 2016), teniendo en cuenta que la regulación de las estampillas: Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años, Pro-cultura y Pro Personas Mayores,* ***se concluyó que al ser TRANSMILENIO S.A. una Empresa Industrial y Comercial del Estado que no forma parte del Presupuesto Anual del Distrito Capital no ostenta la calidad de agente retenedor de las mismas."*** *(negrillas y subrayas nuestras)*

Esto es además reiterado por el propio IDU en el oficio del asunto donde reitera que, en virtud del acuerdo entre TRANSMILENIO y el IDU, este negocio jurídico no puede estar gravado, pues el pagador es Transmilenio, que es una entidad descentralizada por servicios, que no hace parte del presupuesto anual del Distrito y que no está facultado normativamente para realizar la retención.

correspondencia@mahfer.com.co

Nótese, que incluso el mismo IDU en el oficio del asunto, señala que solicitó concepto a la Secretaría Distrital de Hacienda sobre si dichas estampillas se generaban, la cual conceptuó que NO, en los siguientes términos:

> *"No obstante, y a partir del hallazgo del ente de control, se requirió el estudio y pronunciamiento por parte la Secretaría Distrital de Hacienda al respecto, concluyendo que aun cuando los contratos de obra que celebren los establecimientos públicos distritales están gravados con estampillas, el contrato bajo estudio presenta una particularidad, esto es que, fue celebrado en virtud del convenio 612 suscrito entre TM S.A. y el IDU, y en consecuencia,* ***la financiación de este no corre por cuenta del presupuesto anual del Distrito, sino de entidades que no hacen parte de dicho presupuesto anual, entonces, este negocio jurídico no puede estar gravado con las estampillas Pro - Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años, Pro - Bienestar del Adulto Mayor y Pro – Cultura de Bogotá.*** *Lo anterior, justamente porque su fuente de financiación proviene del presupuesto de Transmilenio S.A., que es una entidad descentralizada****". (neg y sub nuestro).***

De esta manera, es claro, y así ha sido reconocido por Transmilenio, la Secretaría Distrital de Hacienda y el mismo IDU, que para el contrato que nos ocupa, las estampillas Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años, Pro-cultura y Pro Personas Mayores no se generan a los recursos administrados por Transmilenio S.A, y, por ende, no hay lugar a deducir ningún valor al Contratista por este concepto.

Por tanto, cualquier deducción que se pretenda realizar por concepto de estas estampillas por parte del IDU o del interventor, constituye un incumplimiento a lo establecido en los Acuerdos Distritales indicados, con las consecuencias disciplinarias y penales a que haya lugar, así como un incumplimiento grave del Contrato de Obra.

II. LA CLÁUSULA CITADA POR EL IDU NO LA FACULTA UNILATERALMENTE PARA DEDUCIR PAGOS AL CONTRATISTA.

En el oficio del asunto el IDU pretende que el interventor deduzca unilateralmente los pagos del contratista con base en la siguiente cláusula contractual:

> *"(…) 20.5. CORRECCIÓN DE ERRORES Cuando, por error del IDU, el Interventor y/o el Contratista, o, en general, por la necesidad de dar cumplida y estricta aplicación a las estipulaciones de este Contrato, se establezca que en un Acta Mensual de Verificación se definieron montos superiores o inferiores a los que correspondían o en general información que no corresponda con la realidad de la ejecución del Contrato, los valores en exceso serán descontados, los valores en defecto serán incluidos, y la información errónea será corregida en el Acta Mensual de Verificación inmediatamente posterior al momento en que se haya advertido el error. (…)"*

correspondencia@mahfer.com.co

Al respecto, como quedó demostrado en el capítulo anterior, no existe ningún error en los pagos realizados al contratista a la fecha. El pagador, Transmilenio S.A, ha reiterado que no procede hacer ninguna retención en la fuente de las estampillas, por no tener la facultad para ello en el marco de la normatividad en la materia, lo cual fue reiterado por la misma Secretaría Distrital de Hacienda.

La forma de pago del contrato de obra, establece que a este contratista solo se le pueden hacer las deducciones previstas expresamente en la ley.

Es así como la sección 15.1 indica:

> *"Además de los otros descuentos previstos en este **Contrato** y en las normas vigentes, del valor de los pagos que adeude el **IDU** al **Contratista** se harán todas las deducciones y retenciones **previstas en las normas tributarias** que sean aplicables durante la vigencia del **Contrato."*** (negrillas y subrayas nuestras)

Así entonces, es claro que conforme el contrato las únicas deducciones y retenciones que en materia tributaria puede hacer el IDU, son aquellas previstas en las normas tributarias, normas que, se insiste, no obligan a Transmilenio S.A, como pagador a efectuar retención en la fuente de las estampillas ni obligan al Contratista a pagarlas.

Conforme lo anterior, hacemos constar que cualquier deducción que se pretenda realizar al contratista amparados en la cláusula 20.5 constituye un incumplimiento de la ley y de la obligación de pago del IDU bajo el contrato de obra, con las consecuencias financieras y legales a que haya lugar.

III. CONSIDERACIONES ADICIONALES:

Comentario IDU:

> *"es claro que existió la estimación de un valor por concepto de estampillas distritales, que para el contrato de marras resultan no aplicables. Por lo que, su cobro y recibo carecería de una causa jurídica (fuente de derecho) para que se esté pagando al contratista una suma que fue estructurada con fundamento en una disposición legal en materia tributaria pero que a partir de los presupuestos fácticos particulares del caso no es aplicable"*

Respuesta del Consorcio:

La información general del pliego de condiciones relacionada con los componentes del A.I.U fue suministrada como información de referencia en el cuarto de datos, pero bajo la premisa de que pagarán un porcentaje fijo e invariable del AIU ofertado en la propuesta y aceptado expresamente por la entidad, en los que las partes asumen la consecuencia de los riesgos del alea normales que se presenten en la ejecución del contrato.

correspondencia@mahfer.com.co

Se reitera que conforme el Pliego de Condiciones el único AIU ofertable era el relativo a las actividades que se pagan por precios unitarios y no sobre el global de las Obras de Construcción.

NO es cierto que el pago del AIU al contratista careza de causa jurídica. El pago de dicho valor constituye una obligación contractual del IDU que se desprende de la sección 4.1.1 del pliego de condiciones.

Nótese, además, que como se estructuró en el pliego de condiciones y quedó reflejado en el Contrato de Obra, el AIU se aplica por el costo directo. Es decir,

i) El valor del Contrato de Obra está determinado por el componente de Costo Directo y el AIU, compuesto por la Administración, la Utilidad y los Imprevistos.
ii) Los componentes del AIU están determinado por un porcentaje fijo e invariable del Costo Directo.
iii) El valor del Contrato se paga al Contratista mediante las actas mensuales de obra o actas de recibo parcial
iv) Sobre el valor de cada acta (Costo Directo), se deben aplicar los porcentajes fijos e invariables de AIU.
v) En consecuencia, el valor del componente de AIU es el que resulta de aplicar el porcentaje fijo e invariable al valor de cada acta (costo directo), sin que el Contratista tenga que rendir cuentas o demostrar que incurrió en dichos costos y sin que el Interventor tenga que verificar el pago efectivo de estos.

De esta manera, es claro que cuando el Contratista presentó su oferta económica, determinó el AIU con base en un porcentaje fijo e invariable sobre el costo directo y no con base en ítems del AIU.

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República emitió el concepto No. CGR-0J-PI-083-2022 "A/U – IMPREVISTOS – JUSTIFICACIÓN – RESPONSABILIDAD FISCAL.", el cual fue expedido en ejercicio de las facultades señaladas en el numeral 16 del artículo 43 del Decreto-Ley 267 de 2000, que señala que son funciones de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República "*Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica* ***que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República*** *en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden*".

De ahí la importancia del contenido de este concepto que, entre otras cosas, se pronuncia sobre la verificación y forma de pago del AIU, es expedido por la misma Contraloría General de la República y refleja la posición institucional de dicha entidad.

Veamos lo que dijo la Contraloría General de la República al respecto:

> "*5.2. La determinación del valor de los contratos estatales- el A.I.U. como elemento integrador del valor los contratos a precios unitarios:*

correspondencia@mahfer.com.co

En los términos del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es un negocio jurídico creador de obligaciones, que generalmente es conmutativo y que, por lo mismo, en el momento de su celebración debe haber certeza sobre las prestaciones a ejecutar por el contratista y el precio que la entidad estatal ha de pagar, el cual debe estar determinado o ser determinable.

***El precio del contrato estatal comprende los costos directos e indirectos, los primeros son los recursos que se van a utilizar para la ejecución del objeto contractual y lo segundos, son aquellos gastos que, si bien no inciden en forma directa, sí afectan su valor**.*

*En un contrato estatal son costos directos, todos aquellos que pueden identificarse en la fabricación de un producto terminado, fácilmente se asocian con éste y representan el principal costo de recursos en la elaboración de un producto. **Por el contrario, los costos indirectos están involucrados en la elaboración del producto, pero tienen una relevancia relativa frente a los costos para su producción**.*

***Así, se puede afirmar que los costos directos son aquellos en los que incurre el contratista para la ejecución del objeto contractual. Son costos indirectos del contrato estatal todos los que no correspondan exclusivamente a mano de obra, materiales o insumos y a la producción del objeto contractual**.*

(…)

*"En efecto, sobre el denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad que se introduce en el valor total de la oferta y **de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como, por ejemplo, en los de obra**, si bien la legislación contractual no tiene una definición de este concepto, ello no ha sido óbice para que en torno a los elementos que lo integran se señale lo siguiente:*

*"… la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y **por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista**; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato. 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.*

(...)

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–

correspondencia@mahfer.com.co

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"..".

(…)

Sobre el particular, resultan procedentes las siguientes consideraciones de Colombia Compra Eficiente"

"2.1. Autonomía para incluir el AIU -Administración, Imprevistos y Utilidad-, como metodología para calcular el precio en los contratos estatales

*La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el AIU en los contratos estatales; entre ellas, en respuesta a las consultas con radicado No. 4201714000005136 del 14 de noviembre de 2017; 4201714000006401 del 23 de noviembre de 2017; 4201813000004155 del 9 de mayo de 2018; 4201814000008069 del 27 de septiembre de 2018; 4201814000007383 del 18 de octubre de 2018; 4201814000008069 del 13 de noviembre de 2018; 4201912000004214 del 26 de junio de 2019; 4201912000006455 y 4201912000006463 del 19 de septiembre de 2019; 4201912000007375 del 28 de octubre de 2019; 4201912000007092 del 29 de noviembre de 2019; 4202012000000093 y C- 037 del 28 de enero de 2020; y 4202012000000664 del 30 de enero de 2020. En estos conceptos la Agencia ha precisado que el AIU -Administración, Imprevistos y Utilidad- **no está definido normativamente**, **sino que es una figura empleada en la práctica de los negocios**. Tal idea se reitera a continuación.*

(…)

Pues bien, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos -es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto-, de los costos indirectos -que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia-.

En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios -APU-, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU -Administración, Imprevistos y Utilidad-, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos directos.

correspondencia@mahfer.com.co

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018 que «el concepto del A.I.U. comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente al valor de la obra y como un porcentaje de la misma, sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios».

Así pues, ni el sistema de precios unitarios -como metodología de estipulación del valor contractual-, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo -es decir, su porcentaje-, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado*. «La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, [...]»14. De otro lado, quien define el valor de cada letra -AIU- es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta.*

(...) Ahora bien, nada obstaría para que las partes le dieran otros efectos particulares a la forma en que pagan el precio estructurado con AIU; de manera que podrían incluir cláusulas o reglas bajo las cuales se estableciera que el valor de alguno o de todos los componentes de la Administración o los Imprevistos solo se pagan si el contratista demuestra que incurrió en algunos costos específicos. Así, podrían pactar que algunos de los ítems o costos que conforman la Administración solo se paguen si el contratista acredita que incurrió en ellos y bajo el monto que este logre demostrar.

Sin embargo, una regulación como la anterior no es la que suele emplearse en los contratos estatales. Lo usual, que se advierte en la práctica de las entidades estatales, es que acuden al AIU con la finalidad de establecer un precio más estable, de manera que el valor del contrato consistirá en lo que resulte de afectar los costos directos por el porcentaje, en principio, invariable del AIU, de manera que a aquel valor se le suma este.

Así las cosas, las partes asumen los riesgos inherentes a esta forma de pactar el precio, entendiendo aceptados los aleas normales que se presenten en la ejecución del contrato, de manera que aunque el contratista incurra en mayores costos de los ítems incluidos en la Administración al presentar su oferta, o que estos disminuyan, aparezcan algunos nuevos o desaparezcan algunos de ellos, el valor se mantenga invariable; de forma que las partes optan por darle estabilidad al negocio, asumiendo cada una de ellas lo que le favorezca o desfavorezca, lo que evita, además, incurrir en costos de transacción relacionados con la necesidad de acreditar y verificar cada costo específico asociado a la Administración, lo que generaría más gastos tanto para la entidad como para el contratista.

correspondencia@mahfer.com.co

En este sentido, como se indicó en el acápite anterior, cuando las entidades estatales incluyen esta forma de desglosar el precio, en los últimos términos indicados, que es como usualmente lo hacen, al realizar el estudio de mercado elaboran un presupuesto estimado del valor de la ejecución del contrato, incluyendo los costos genéricos indirectos en que incurren los contratistas, entre ellos, los de la Administración, para efectos de definir el porcentaje con el que calculan el presupuesto, pese a que el monto de este componente varía ostensiblemente de un proponente a otro, pues el valor real de la Administración depende de circunstancias particulares de los proponentes. De manera que las entidades calculan un valor estimado que, a su vez, sirve de guía para que los proponentes formulen sus ofertas; ***pero bajo la premisa de que pagarán un porcentaje fijo incluido por los interesados en sus propuestas, dado lo variable que resulta este valor, y lo complejo y gravoso de realizar un seguimiento minucioso a los costos en que incurren los contratistas por este componente en particular. Además, que estos podrían ser mayores a los inicialmente pactados con el contratista, de manera que la fijación de un porcentaje fijo y estable también resulta favorable a la entidad estatal, pues su contraparte no le podrá exigir un monto superior, bajo el argumento de que incurrió en costos adicionales asociados al componente Administración.***

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este —es decir, las que tienen un régimen especial— ***gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación****, respetando los límites previstos en el ordenamiento.* ***En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra.*** *"…)"*

(…)

Así mismo, dentro de su autonomía y al pactar las estipulaciones del contrato pueden establecer diferentes metodologías para el pago de los rubros que integran el A.I.U., aunque, lo usual y más conveniente para la buena gestión contractual, es que no se exija al contratista que demuestre los costos correspondientes a estos rubros (Administración-Imprevistos-Utilidad).

6.4.2. (…2. Respuesta a los interrogantes formulados por la Cámara Colombiana de Infraestructura

(…)

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, en su condición de ente rector en materia de contratación estatal, ha insistido en sus conceptos en que se trata de una figura no regulada por la ley, cuyo alcance se ha definido por la doctrina y la jurisprudencia con base en su uso recurrente y que, ***es costumbre no exigir al contratista que rinda cuentas sobre la ejecución***

correspondencia@mahfer.com.co

de las partidas de administración e imprevistos, *lo cual no es óbice para que, en casos particulares, la Administración y su contratista pacten la obligación explícita de rendir cuentas sobre dicho rubro. (…)*

Cuando las entidades públicas deciden incluir en el valor de los contratos los costos de administración, imprevistos y utilidad, A.I.U. tienen autonomía para pactar las condiciones para su reconocimiento y pago. *En ejercicio de dicha autonomía, las entidades pueden decidir que no se exigirá al contratista que rinda cuentas sobre la partida de imprevistos o que lo haga, en casos particulares; en tal evento, deberá quedar pactado explícitamente en el contrato suscrito por las Partes. (…)*

6. CONCLUSIONES

(…)

6.3. ***Durante la ejecución de los contratos estatales en cuyo valor se ha incluido el rubro de AIU, las entidades estatales y el contratista estarán sometidos a las condiciones fijadas para su reconocimiento y pago, en el pliego de condiciones y en el respectivo contrato****.*

6.4. Los funcionarios que tienen a su cargo el ejercicio del control fiscal en relación con la gestión de vigilancia y seguimiento de los contratos estatales, deberán analizar las condiciones particulares de ejecución que se acrediten en un caso determinado y la información obtenida durante la fase de planeación para la determinación del valor del respetivo contrato, sus componentes y su pago."

Como se pudo advertir, este concepto resulta clave y fundamental para demostrar que los costos de AIU no deban ser verificados por el Interventor de una forma particular, de manera explícita en el contrato el AIU se pactó contractualmente como un porcentaje fijo e invariable

Así las cosas, el IDU no tiene el derecho de disminuir el AIU o hacer deducciones o descuentos por estas estampillas, pues se reitera, el AIU se pactó contractualmente como un porcentaje fijo e invariable y, por ende, el IDU está obligado a pagarlo.

Comentario IDU:

"constituye no sólo una práctica que contraviene la ética, la transparencia y la moral, sino que además, atenta contra el principio de buena fe contractual, a título de dolo; pues la entidad estimó un valor en consideración a unos costos que no se han causado, dando lugar a un incremento patrimonial del contratista injustificado, -enriquecimiento sin causa- lo que además constituye un detrimento al patrimonio del estado, que puede dar lugar a sanciones de naturaleza fiscal, no sólo para la entidad sino contra el propio contratista de obra y el Interventor por omisión."

Respuesta del Consorcio:

correspondencia@mahfer.com.co

BOGOTÁ- COLOMBIA

Oficina Consorcio MAHFER
Carrera 87 #1-53

Con contundencia, pero respetuosamente manifiesto que no acepto la afirmación del IDU, que constituye a todas luces vías de hecho, sin sustento legal, afirmación que respetuosamente solicito se rectifique; y así mismo solicito invocando el art. 23 Constitucional en concordancia con la ley 1755 de 2015, art 13 y siguientes, se me entregue copia autentica del soporte y documento legal de tal afirmación.

Por otro lado, llama poderosamente la atención el doble racero que presuntamente parece manejar el IDU sobre la buena fe contractual, cuando por un lado se ha negado sin mayores justificaciones a reconocer a este contratista sobrecostos administrativos por mayores permanencias en pre-construcción, construcción**,** variación del precio del acero , entre otros; y por otro lado, pretende alegar un supuesto enriquecimiento sin causa del contratista, a pesar de ella misma alega la existencia de un riesgo contractual en cabeza del contratista, como si el AIU se tratara de un presupuesto por ítems unitarios, y se pudieran modificar extemporáneamente las condiciones de licitación, pretendiendo presunciones unilaterales sin fundamento legal

Sobre este particular, se reitera que ya la Contraloría ha adoptado una posición en relación con el alcance del AIU, tal como se prevé en el concepto emitido por Oficina Jurídica la Contraloría General de la República, con radicado CGR-OJ-153-2018 en el que indicó:

> *"Si al estructurarse la relación negocial, el contratista ….plantea una partida de AIU insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumirlos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación,* ***pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso****, ni podrá exigir al contratista justificaciones o soportes de la inversión realizada en este concepto.*
>
> *Siendo así, es claro que el AIU, hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal… existe una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida.*
>
> *El concepto de A.I.U., corresponde al valor de los costos indirectos de un determinado negocio jurídico, los cuales hacen parte de la estructuración del precio total del mismo, en el que el componente de imprevistos está destinado a cubrir todas aquellas circunstancias ordinarias y de probable ocurrencia en el contrato, las que constituyen su aleas normal y que son trasladas por la administración al contratista, razón por la que en virtud de la equivalencia de prestaciones predicada de los contratos conmutativos, se le debe reconocer el valor estimado en este concepto, independientemente de que se presenten o no hechos inciertos ordinarios."*

En adición a lo anterior, la misma Contraloría Distrital señaló, en el auto por el cual se resuelve en grado de consulta el fallo de responsabilidad fiscal del 20 de julio de 2017 No. 170100-0200/16, respecto de otro caso de un contrato suscrito por el IDU en el marco del Convenio 020, lo siguiente:

> *"Significa lo anterior, que el IDU contrato con Transmilenio, para que actuara como agente pagador de ésta, en desarrollo del Convenio interadministrativo No. 20 de 2001, cuyo objeto fue la contratación y pago de las inversiones requeridas para la infraestructura del Sistema*

correspondencia@mahfer.com.co

Transmilenio, de igual forma, Transmilenio no estaba obligado a pagar lo correspondiente a las estampillas Universidad Distrital, Adulto Mayor y Cultura, En ese sentido; el instituto de Desarrollo Urbano no tiene la obligación jurídica de retener los valores correspondientes a la obligación tributaria de las estampillas, de conformidad con los Decretos Distritales 93 de 2003 y 479 de 2005.

(…)

Ahora bien, para que a un servidor público se le pueda endilgar una responsabilidad fiscal, es necesario, establecer que el mismo violó la Ley o la Constitución u omitió ejercer sus funciones, adicionalmente ésta debía ser por dolo ó6 culpa grave, lo cual en el presente caso no se presentó.

(…)

Así las cosas, en el caso que nos ocupa quedó demostrado con lo expuesto precedentemente y conforme al caudal probatorio arrimado al proceso, que no se presenta como cierto, real, el daño patrimonial a las arcas del Estado, siendo considerado el elemento más importante de la responsabilidad fiscal, esta instancia procederá a confirmar el Auto No. 070 del 10 de mayo de 2017, toda vez, que se dan los presupuestos consagrados en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000"

Por tanto, es evidente que la posición del IDU carece de sustento.

Ahora bien, si lo que pretende el IDU es abrir el AIU y determinar que valores se causaron y cuáles no, entonces tal ejercicio debe reconocer al contratista todos aquellos costos reales que superaron la estimación de la entidad, tanto en condiciones normales como en condiciones imprevistas. Se advierte que en todo caso será el IDU y la Interventoría, o quien en ultimas ordene modificar o aperturar la composición del AIU, así como el ofrecimiento global inmodificable de la oferta económica, quien deberá asumir las consecuencias de orden penal, así como los perjuicios materiales e inmateriales que se llegaren a causar al contratista y sus integrantes.

Por otro lado, se hace necesario mencionar los pronunciamientos de la entidad en la fase precontractual del proceso fruto del cual resultó el presente contrato (IDU – LP – SGI – 004 – 2020), cuando se indaga por los proponentes respecto las estampillas a retener durante la ejecución del contrato, donde el IDU indicó:

"(…) Se aclara al posible oferente que, esta información no es publicada en el presente proceso, ya que la ley establece que es responsabilidad de cada posible oferente hacer una revisión técnica, económica, financiera, legal etc., para la presentación de su oferta, luego es cada oferente el encargado de hacer el análisis de las cargas tributarias que le sean aplicables a este tipo de contrato (…)"

correspondencia@mahfer.com.co

Así las cosas, el A.I.U. ofertado por el Consorcio durante la etapa precontractual, se pactó contractualmente como un porcentaje fijo e invariable de los Análisis de Precios Unitarios publicados por la Entidad y sin superar el porcentaje total del A.I.U. establecido en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial, en los parámetros establecidos por parte del IDU en el pliego de condiciones y anexos de la licitación pública No. IDU-LP-SGI-004-2020 y el mismo es inmodificable.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Consorcio no accede a la solicitud traslada por la Interventoría, aún cuando del oficio de la misma se puede ver su inconformidad respecto la solicitud realizada por el IDU, cuando menciona *"Se solicita al Consorcio MAHFER que, de acuerdo con el contenido de la Comunicación IDU-STEST- 202334601449251 del 23-ago-23, emita pronunciamiento, incluyendo el estimativo de las deducciones no aplicadas y que incluya dichas deducciones en las actas de pago que correspondan,* ***para subsanar el supuesto error de cobro que se presenta".***

Conforme lo expuesto, este consorcio hace constar expresamente que cualquier deducción que se pretenda hacer al consorcio sobre el particular es ilegal y constituye un grave incumplimiento al contrato de obra, que conllevará a la paralización del contrato, en tanto este consorcio no está obligado a ejecutar el mismo, en el evento que la entidad incumpla sus obligaciones de pago. Esto sin perjuicio de las medidas penales y administrativas a que haya lugar ante presuntas conductas de servidores públicos manifiestamente contrarias a la ley.

Cordialmente,

CAÑETE BERENGUER ANTONIO - 33952805K

Digitally signed by CAÑETE BERENGUER ANTONIO - 33952805K
Date: 2023.10.10 13:44:29 -05'00'

ANTONIO CAÑETE BERENGUER
REPRESENTANTE LEGAL
CONSORCIO MAHFER

Con copia a:
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO
Atn. Ing SANDRA PORTILLA
SUPERVISORA DE CONTRATO
sandra.portilla@idu.gov.co

correspondencia@mahfer.com.co

BOGOTÁ- COLOMBIA
Oficina Consorcio MAHFER
Carrera 87 #1-53