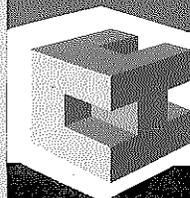


# Infraestructura

&

# DESARROLLO



**CÁMARA COLOMBIANA  
DE LA INFRAESTRUCTURA**

REVISTA No. 60 BOGOTÁ, D.C. Julio - Agosto de 2014 ISSN1794-3213

## La contratación pública: su impacto en el sector de obras civiles



**Entrevista con el Director del IDU William Camargo**

# Del **A.I.U** hacia el **A.U** en los **contratos de obra**: una **solución necesaria**

Por Jorge H. Beltrán Pardo  
**Experto en compras públicas**  
 jorge@beltranpardo.com  
 @jorgebeltranp

Como bien lo anota la doctrina calificada "El celo del Derecho y de la Ley de preservar la equivalencia económica del contrato, constituye uno de los rasgos más característicos de la contratación estatal"<sup>1</sup>. Lo anterior, nos permite entender la cláusula de Administración, Imprevistos y Utilidades, mejor conocida como A.I.U, como una forma para cumplir con los principios de la contratación estatal consolidándose como un mecanismo que, según el Consejo de Estado, "juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios"<sup>2</sup>.

En la actualidad se identifica una discusión acerca de los imprevistos que se tienen en cuenta en la cláusula de A.I.U, incluida en los contratos de obra, por lo que me propongo en estas líneas establecer una salida a este aspecto tan sensible y neurálgico en este tipo de contratación, que satisfaga tanto a entidad contratante como al contratista y mantenga la ecuación contractual.

## 1. Concepto y alcance

Conforme lo ha indicado la Contraloría General de la República, 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. 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"<sup>3</sup>. En pocas palabras, podríamos decir que tal y como tradicionalmente es conocido, el A.I.U se refiere a los costos de administración, los imprevistos y a la utilidad que pretende percibir el contratista<sup>4</sup>, haciendo parte de los costos indirectos del contrato de obra.

Sobre el particular, en el contrato de obra, se distinguen dos tipos de costos:

los **directos**, referentes a aquellos gastos en que debe incurrir el contratista para la ejecución del contrato y que usualmente se presentan en una tabla en la que se establecen las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto contractual (por lo general denominado formulario de cantidades de obra), cuyo alcance es definido en los Análisis de Precios Unitarios (APU), principalmente en contratos pactados a precios unitarios, en los que se discriminan los precios de los materiales, mano de obra, fletes, etc.; y los **indirectos**, relacionados con aquellas erogaciones en que debe incurrir el contratista para ejecutar adecuadamente el contrato, la administración del mismo, los honorarios del contratista y los riesgos que este debe asumir para el cumplimiento del contrato.

Tradicionalmente en lo que respecta a los costos indirectos, se ha diseñado la cláusula de A.I.U bajo el precepto legal de la autonomía de la voluntad de las partes, que recoge los costos del contrato que antes referimos, y que en el ámbito tributario ha servido para dar algunos tratamientos fiscales en lo que respecta con la determinación de la base gravable de los impuestos a calcular en los contratos de obra pública<sup>5</sup> y que por lo general se presenta así:

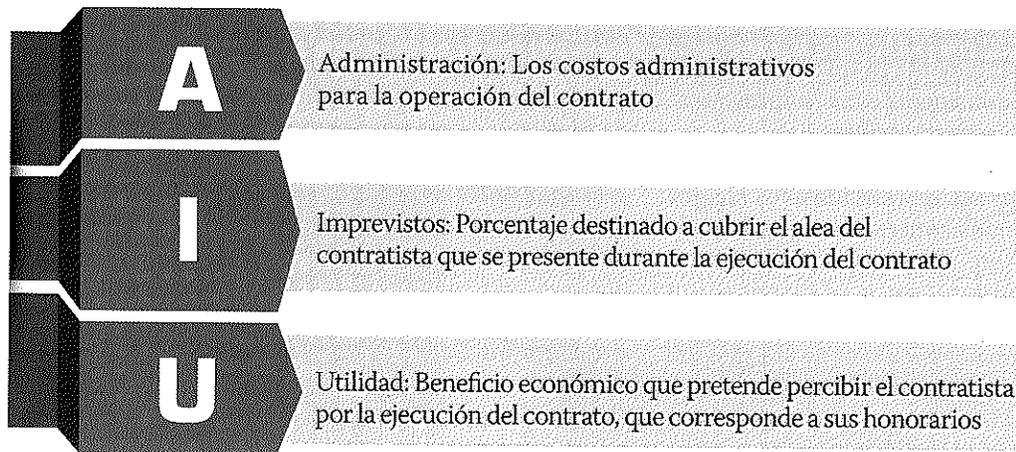
<sup>1</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los contratos de la Administración Pública. Primera Edición. Legis. Pág. 479

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado número 0500123260001997103201 (20811), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. 14 de octubre de 2011.

<sup>3</sup> Contraloría General de la República. Concepto 80112-EE75841. 29 de septiembre de 2011.

<sup>4</sup> Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado número 66001-23-31-000-1995-03254-02 (15963), C.P. Ramiro Saavedra Becerra. 21 de mayo de 2008.

<sup>5</sup> DIAN. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Concepto 100208221 N° 000045.



La definición y alcance del A.I.U ha sido desarrollado básicamente en los pronunciamientos del Consejo de Estado y en conceptos -en particular de reciente expedición- de la Contraloría General de la República, los cuales, si bien han contribuido a la definición, naturaleza, desarrollo y elementos de esta figura, han generado gran controversia acerca de la naturaleza de ese costo indirecto y del deber de su reembolso o no a la administración, todo lo cual se da en el marco de una ausencia sentida de regulación al respecto a pesar de la abultada normativa que hoy por hoy regula la contratación estatal (leyes, decretos, circulares, guías y manuales) que sirve de caldo de cultivo para que distintas entidades se pronuncien y se manifiesten de distinta forma, generando confusión y dificultades a la hora de hacer el examen práctico de esos contratos, pues bien lo anotaba Napoleón Bonaparte *"hay tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado"*.

## 2. La "I" ¿un riesgo imprevisible o previsible?

Ahora bien, respecto al concepto de la "I" (imprevistos) se ha generado recientemente una controversia relativa a si los mismos deben entenderse como **riesgos imprevisibles** o **previsibles**.

Si se acepta que la "I" corresponde a los primeros, se concluiría que el pago que se hace por ese concepto es anticipado, caso en el cual habría que justificar su gasto conforme a las reglas de la teoría de la imprevisión (ar-

tículo 27 de la Ley 80), según las cuales debe acreditarse la causación del riesgo y el cumplimiento de los requisitos de imprevisibilidad y externalidad del riesgo, materializado a las partes en la ejecución del contrato, esto implica por parte de la administración un pago de lo no debido; pero si se concluye que, a pesar del significado de la palabra "imprevisto"<sup>6</sup>, en realidad la voluntad de las partes era reconocer aquellos **riesgos del contratista que son previsibles** y hacen parte de su alea contractual, no habría discusión acerca de su reembolso o acreditación de la causación antes referida. Cabe precisar que esta diferenciación no es minúscula, dado que los riesgos imprevisibles se reclaman por el contratista una vez estos han acaecido, mientras que los riesgos previsibles, siempre que hayan sido asignados en el contrato al contratista, impiden reclamación económica alguna por ese concepto<sup>7</sup>.

En efecto, como lo establecen las reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil que resulta aplicable a la contratación estatal, por expresa remisión normativa del artículo 13 de la Ley 80, según las cuales, más allá del tenor literal de las palabras hay que estarse al espíritu de la voluntad de las partes<sup>8</sup>, es importante señalar que en el tráfico mercantil en materia de obra acerca del A.I.U, la "I" había sido utilizada para incluir los gastos del alea del contratista, vale decir, los riesgos propios del ejecutor de la obra, pero de manera alguna se referían al concepto que tenemos hoy de los riesgos

<sup>6</sup> Según la RAE, Imprevisto es: "imprevisto, 1. adj. No previsto. U. t. c. s. 2. m. pl. En la Administración, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado." Tomado de <http://lema.rae.es/drae/?val=imprevisto>

<sup>7</sup> CONPES 3714 de 2011.

<sup>8</sup> Código Civil artículo 1618. Prevalencia de la Intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

imprevisibles, pues cuando éstos se presentan, los contratistas formulan usualmente la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato al punto de no pérdida, conforme a las reglas previstas en los artículos 4 y 27 de la Ley 80, lo que evidencia la intención de las partes de considerar esos "imprevistos" como riesgos previsibles y no imprevisibles.

En consecuencia, la cláusula del "I" en el A.I.U., se refiere en realidad y siempre se ha referido a los *riesgos previsibles* asumidos por el contratista, que bajo la normativa actual se refiere a aquellos que se hayan asignado al contratista conforme a la distribución realizada en el contrato. En este punto, resulta relevante señalar, que de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 1150 y en el documento CONPES 3714 de 2011, las entidades estatales y los proponentes deben hacer una distribución de los riesgos previsibles a cargo de cada una de las partes, motivo por el cual, la cláusula de la "I" como había sido concebida anteriormente -pues su origen data de mucho tiempo atrás a la nueva conceptualización de riesgos del contrato estatal- debe ser reformulada y entendida de una nueva manera a la luz de la nueva regulación legal.

### 3. Inclusión del riesgo previsible en el contrato de obra y traslado de la "I" de los costos indirectos a los directos

En efecto, a este respecto, resulta ilustrativa la reflexión establecida en el documento CONPES 3714 de 2011, en virtud de la cual, el riesgo previsible es un valor que debe ir implícito en el valor del contrato:

*"A manera de conclusión, la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual."* (negrillas fuera de texto)

Adicional a lo anterior, el mismo CONPES, a la hora de indicar la política de manejo presupuestal de los riesgos previsibles, señala que los mismos **se entienden incorporados con la oferta del contratista** en la medida en que hayan sido asignados a este en los estudios previos y pliegos de condiciones, salvo que hayan sido retenidos por la administración:

**"Si los riesgos previsibles son asignados al contratista, se deberán entender siempre incorporados en**

**la propuesta del mismo. Así, en caso de que el riesgo que se materialice haya sido aceptado por el contratista, no podrá alegarse por parte de este algún desequilibrio económico del contrato.**

*Si de acuerdo a la asignación realizada, el riesgo queda a cargo del contratante, la entidad en virtud de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 deberá constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios para atender las obligaciones derivadas de la asunción de los riesgos. Igualmente, deberá adoptar las medidas para el manejo de obligaciones contingentes de las Entidades Estatales, dispuestas en las Leyes 448 de 1998 y 819 de 2003, así como los Decretos que las reglamenten, con el fin de evitar volatilidades futuras en su presupuesto y al mismo tiempo, promover la disciplina y transparencia fiscal"*<sup>9</sup> (negrillas fuera de texto)

Así las cosas, bajo la normativa actual, carece de sentido discriminar la "I" en el A.I.U.; toda vez que, en gracia de discusión, si se tratase de riesgos imprevisibles, estos no podrían ser cancelados anticipadamente por la entidad contratante si no se acredita su causación, ya sea que los mismos sean externos a las partes y no hayan podido preverse; y por otra parte, si aceptamos que la "I" se refiere a los riesgos previsibles a cargo del contratista, igualmente carecería de sentido incorporar ese valor en ese rubro, dado que a la luz del documento CONPES 3714 de 2011 y la Ley 1150, **esos riesgos deben incorporarse en el valor de la oferta**, lo que indica que ya no hacen parte de los costos indirectos del contrato de obra, sino **de los directos de los precios unitarios en las respectivas cantidades de obra y APU**.

Por lo tanto, podríamos señalar a manera de conclusión, que en la actualidad y bajo la normativa vigente, no debemos hablar de A.I.U. Sino de A.U. (Administración y Utilidad) lo que resolvería de una parte la discusión sobre la naturaleza y alcance de la "I"; de otra parte, si deben o no reintegrarse los dineros cancelados al contratista por ese concepto, si esa "I" se ha convertido en una utilidad disfrazada que evade impuestos dada la forma de gravar tributariamente ese tipo de contratos.

Así las cosas, gana el contratista, porque al elaborar una propuesta sería en la que se incluyan los riesgos previsibles asumidos por este en el contrato, no correrían por su cuenta los no incluidos; gana la administración, que no paga un valor no causado y cuya destinación no es clara dada la confusión sobre su alcance y naturaleza; y ganan los entes de control en la medida en que se cierra esa discusión innecesaria. 

<sup>9</sup> <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=esPaTkJKJvo%3D&tabid=1260> pág. 10

<sup>10</sup> lbidem<sup>3</sup>