	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	Código F-AC-DBL-007	Fecha 10-04-2012	Revisión A
	Dependencia DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	Aprobado SUBDIRECTOR ACADEMICO		Pág. 1(92)

RESUMEN - TESIS DE GRADO

AUTORES	BEATRIZ JANELLE BUSTOS DUQUE NOHORA BEATRIZ MEJÍA MORA
FACULTAD	DE INGENIERÍAS
PLAN DE ESTUDIOS	ESPECIALIZACIÓN EN INTERVENTORÍA DE OBRAS CIVILES
DIRECTOR	I.C. Esp. Msc. CARLOS PASTRÁN BELTRÁN
TÍTULO DE LA TESIS	LA INTERVENTORÍA FRENTE A LA EJECUCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y COBRO DEL PORCENTAJE DE IMPREVISTOS INCLUIDOS EN EL AIU DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

RESUMEN (70 palabras aproximadamente)

EN COLOMBIA, LA FINALIDAD DE LOS CONTRATOS DE OBRA QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS, ES LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES COLECTIVAS Y DE INTERÉS GENERAL, LO CUAL SE LOGRA A TRAVÉS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESTATALES, LA CONTINUA Y EFICIENTE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES QUE COLABORAN CON ELLAS EN LA CONSECUCIÓN DE DICHOS FINES; NO OBSTANTE QUE PRETENDAN OBTENER CON SU EJECUCIÓN UN BENEFICIO ECONÓMICO INICIALMENTE CALCULADO, PREVIAMENTE ESTIPULADO, RAZONABLE, PROPORCIONAL Y JUSTO

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 92	PLANOS:	ILUSTRACIONES: 2	CD-ROM: 1
-------------	---------	------------------	-----------



**LA INTERVENTORÍA FRENTE A LA EJECUCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y COBRO DEL
PORCENTAJE DE IMPREVISTOS INCLUIDOS EN EL AIU DE LOS CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA**

AUTORES

BEATRIZ JANELLE BUSTOS DUQUE

NOHORA BEATRIZ MEJÍA MORA

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Especialista en
Interventoría de Obras Civiles.**

Director

I.C. Esp. Msc. CARLOS PASTRÁN BELTRÁN

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE INGENIERÍAS

ESPECIALIZACIÓN EN INTERVENTORÍA DE OBRAS CIVILES

Ocaña, Colombia

Agosto de 2017

Índice

Capítulo 1. La interventoría frente a la ejecución, justificación y cobro del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obra pública.....	1
1.1 Planteamiento del Problema	1
1.2 Formulación del Problema	3
1.3 Justificación	3
1.4 Objetivos	4
1.5 Delimitaciones	5
Capítulo 2. Marco Referencial.....	7
2.1 Antecedentes Históricos	7
2.2 Marco Conceptual.....	10
2.3 Marco Teórico	20
Capítulo 3. Diseño Metodológico	25
3.1 Tipo de Investigación.....	25
3.2 Población	25
3.3 Muestra.....	26
3.4 Técnicas de Recolección de Información.....	26
3.5 Proceso metodológico	27
Capítulo 4. Desarrollo del proyecto	28
4.1 Tipos de Contratos de obras públicas según modalidad de pago	28
4.1.1 Administración delegada	28
4.1.2 Precio global alzado	29
4.1.3 Llave en mano.....	30
4.1.4 Precios unitarios.....	31
4.2 Los imprevistos según la modalidad de pago de los contratos de obras	32
4.3 Análisis comparativo de las sentencias del Consejo de Estado y de las conceptos de la Contraloría General de la República frente al pago justificado del valor de imprevistos incluidos en el AIU.....	35
4.4 Posturas del Consejo de Estado y de la CGR sobre el tema de análisis	44
4.5 Riesgos susceptibles de ser cubiertos por el ítem de imprevistos y cómo incorporarlos al contrato de obra.	49
4.6 Implicaciones legales de la interventoría en caso de autorizar el pago del valor de imprevistos sin justificación de su inversión.	64
5. Conclusiones	74
6. Recomendaciones.....	77
Referencias	78

Lista de tablas

Tabla 1. Riesgos en cantidades y precios y porcentaje de imprevistos por tipo de contrato de obras	33
Tabla 2. Presentación de las sentencias del Consejo de Estado consideradas para análisis del tema propuesto.....	35
Tabla 3. Presentación de los conceptos de la Contraloría General de la República consideradas para análisis del tema propuesto	41
Tabla 4. Imprevistos.....	44

Lista de figuras

Figura 1. Principales riesgos identificados en el desarrollo de proyectos de infraestructura.....	15
Figura 2. Riesgos contractuales	17

Introducción

En Colombia, la finalidad de los contratos de obra que celebran las entidades públicas, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general, lo cual se logra a través del cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administradores que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines; no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado, previamente estipulado, razonable, proporcional y justo. Es así, como la administración no puede desligarse de la forma como los contratistas ejecutan la obra y que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad.

Por lo tanto, es la retribución económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.

Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; y es en este punto, donde existen falencias que conllevan muchas veces en que las partes involucradas terminen en demandas; una de las principales causas es la inaplicación del principio de planeación; que es la concreción de los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución; adicionalmente rara vez se cumple con la norma legal de valorar los riesgos previsibles que puedan afectar los contratos. “Planear antes de ejecutar” es una frase que pareciera resumir el objeto de los principios enunciados.

En los contratos de obra, públicos o privados, hay un componente del precio que está determinado por un porcentaje correspondiente a los conceptos de Administración, Imprevistos y Utilidad llamado AIU. Este, junto con los precios unitarios multiplicado por las cantidades de obra ejecutadas, da como resultado el valor a pagar al contratista.

Tradicionalmente, los contratantes, públicos o privados, pagaban a sus contratistas el AIU sin entrar a discriminar o cuestionar la inversión de estos recursos por parte del contratista o la suficiencia de los mismos. Sin embargo, después de mucho tiempo de calma en la materia, en los últimos años se han generado cuestionamientos respecto del tratamiento que debe darse al componente “I” (imprevistos) del AIU en los contratos de obra pública. Este porcentaje corresponde a imprevistos, es una estimación del valor del contrato destinada a cubrir el riesgo propio, normal e inherente de todo contrato de construcción, es decir el álea del negocio y últimamente se ha venido presentando una polémica por el cobro de manera indiscriminada del porcentaje pactado para imprevistos en el AIU, es por ello que se estudia y analiza la postura que toma tanto la rama judicial en lo contencioso administrativo como los órganos de control en el control fiscal como la Contraloría General de la Republica.

Se inicia con un panorama general del tema a estudiar, antecedentes históricos, haciendo claridad de los términos utilizados para abordar el tema y las bases jurídicas que lo sustentan. En el capítulo tipos de contratos y determinación del porcentaje de imprevistos, se determina que el porcentaje de imprevistos tiene mayor incidencia en los contratos de obras a precios unitarios, y son estos contratos sobre los cuales el Consejo de Estado ha dictado jurisprudencias y la Contraloría General de la República sus conceptos, sobre la justificación de inversión del

porcentaje de imprevistos incluidos en el A.I.U del presupuesto, siendo estos tomados como fuente de interpretación; razón por la cual se hace una comparación entre las posturas jurídicas. Por otro lado, se describen los riesgos susceptibles de ser cubiertos por el ítem de imprevistos y cuáles serían las implicaciones legales de la interventoría si se reconoce el valor del porcentaje de imprevistos sin sus respectivos soportes.

Finalmente, se sugieren algunas recomendaciones para que los que actúen como interventores tengan en cuenta a fin de evitar inconvenientes a futuro, so pena de ser objeto de acciones fiscales por el órgano de control competente.

Capítulo 1. La interventoría frente a la ejecución, justificación y cobro del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obra pública

1.1 Planteamiento del Problema

El imprevisto es un ítem que se encuentra incluido en la figura del AIU, la cual reconoce los gastos de ejecución indirectos de un proyecto en la administración y hace reservas necesarias para garantizar los imprevistos que se presenten durante el desarrollo del proyecto cubriendo los riesgos inherentes a la obra.

Ante la controversia que viene generando el cobro de manera indiscriminada del porcentaje pactado para imprevistos en el A.I.U., al no causarse; convirtiendo este valor en parte de la utilidad, sin acreditación alguna: los contratistas no pueden sin fundamento legal y fáctico asumir como propios recursos públicos que tenían destinación específica; es por ello que la oficina jurídica de la Contraloría General de la República ha emitido diferentes conceptos donde expone las razones por la cual se debe justificar el pago de estos recursos que son sujeto de control fiscal por parte de esta entidad, y que por tratarse de dineros públicos trae consigo implicaciones contable y financiera ya que este dinero al ser cobrado y no utilizado para el cubrimiento de imprevistos; pasa a ser parte de la utilidad del contratista variando el monto sometido al impuesto a las ventas y la base de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta, convirtiéndose en una posible evasión de impuestos.

Por otro lado está la posición del Consejo de Estado que en diferentes sentencias ha plasmado su posición frente al significado, utilización y cobro de los imprevistos incluidos en el AIU, los cuales están destinados a cubrir los riesgos que asume el contratista para cumplir con su obligación de ejecutar el contrato, por lo tanto el Consejo de Estado aunque deja claro que si son recursos públicos, no comparte lo señalado por la oficina jurídica de la CGR, sobre la obligatoriedad de su justificación, que ante esto afirma:

“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. (Hoyos Duque R. , 2003) ()

A pesar que los conceptos emitidos por la CGR no tienen carácter vinculante y por lo tanto no son de obligatorio cumplimiento, mientras que las sentencias del Consejo de Estado sí son vinculantes y de rigurosa observancia, es la CGR quien realiza las auditorías a los contratos de obras que ejecutan todas las entidades públicas y tienen las facultades legales para iniciar procesos de responsabilidad fiscal.

Al ejercer el interventor una función pública en la ejecución de dichos contratos, la ley establece que responderán solidariamente de manera civil, penal, disciplinaria y fiscal, por cualquier daño antijurídico que se cause, por lo tanto se requiere conceptuar sobre la posición que debe asumir el interventor en la utilización, justificación por parte del contratista y la autorización de pagos por este ítem.

1.2 Formulación del Problema

¿Qué debe hacer la interventoría frente a la ejecución, justificación y cobro del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras pública?

1.3 Justificación

Una definición de la labor de Interventoría es: “actividad de control y vigilancia de un contrato estatal que tiene como objetivo verificar el cumplimiento integral de su objeto y de las obligaciones en él pactadas, coadyuvando a las partes contratantes para lograr una terminación exitosa del contrato”, lo que reviste a la interventoría de una responsabilidad emanada de la ley y por lo tanto debe responder civil, penal y disciplinariamente por los actos u omisiones que se deriven de su función en el desarrollo del contrato vigilado.

Al ser el AIU tres ítems pactados en el contrato, se encuentran incluidos en la factura de cobro del contratista, sus valores hacen parte de la base de liquidación de impuestos y por lo tanto requiere aprobación de la interventoría, es necesario el pleno conocimiento de la interventoría de las implicaciones legales a la que se ve expuesto en esta labor y asumir de manera responsable los riesgos propios de su actividad como interventor.

Además la claridad que se tenga sobre los riesgos asignados a las partes (contratante y contratista), los imprevistos e imprevisibilidades que podrían presentarse en la ejecución del contrato, las implicaciones económicas y el alcance en la ejecución de este ítem, permitirá a la

interventoría enriquecer su labor de colaborador especializado a la administración y un apoyo al contratista en favor del logro del objeto contractual.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general. Sugerir directrices desde la interventoría para el control en la ejecución, justificación y cobro del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas.

1.4.2 Objetivos específicos. Comparar los alcances de los conceptos de la CGR y las sentencias del Consejo de Estado frente al pago justificado del valor de imprevistos incluidos en el AIU.

Identificar qué clase de riesgos son susceptibles de ser cubiertos por el ítem de imprevistos.

Definir los controles técnicos, administrativos y legales en la ejecución y pago de estos recursos.

Implicaciones legales de la interventoría en caso de autorizar el pago del valor de imprevistos sin justificación de su inversión.

1.5 Delimitaciones

1.5.1 Operativa. Para el desarrollo del presente trabajo se hará una comparación entre los conceptos más relevantes emitidos por la oficina jurídica de la Contraloría General de la República y dos sentencias del Consejo de Estado sobre los Imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas.

1.5.2 Conceptual. Se establecerán alcances e implicaciones de las posiciones de estas dos entidades desde las labores de la interventoría, apoyados en los conceptos sobre distribución de los riesgos en la contratación, que son imprevistos e imprevisibilidades, que clase de imprevistos son susceptibles de ser asumidos por este ítem, de qué manera se deberían justificar de ser necesario hacerlo.

Se pretende ambientar con aportes propios de las autoras la manera de asumir este control dentro de las labores propias de la interventoría.

1.5.3 Geográfica. Aplica para todos los contratos de obra por la modalidad de Precios Unitarios ejecutados en las ciudades donde existan entidades estatales definidas en (Congreso de Colombia., 1993), Artículo 2º.- De la definición de Entidades, Servidores y Servicios públicos. Para los efectos de esta Ley:

“Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles (Congreso de Colombia, 1993, p. 2). Ver el art. 14, Decreto Nacional 855 de 1994, Ver los Conceptos de la Sec. General 140 y 390 de 1998.

El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. Literal b) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-374 de 1994.” (Congreso de Colombia, 1993, p. 2)

1.5.4 Temporal. El proyecto se desarrollara en un periodo que comprende dos meses después de la aprobación de la propuesta.

Capítulo 2. Marco Referencial

2.1 Antecedentes Históricos

Según estudio realizado por Betancur Vargas (2014), y publicado por la Cámara Colombiana de la Infraestructura seccional Antioquia “la inclusión de Porcentaje de Imprevistos en la contratación de obra pública se remonta a la Real Orden del año 1860, en España y que surge debido a que la administración hace la imputación unilateral al contratista de algunos riesgos, que son el áleas del contrato”

De este análisis histórico realizado por Betancur Vargas concluye “el escrito histórico hace hincapié en varias cosas, primero una aparente paradoja al hablar de prever los imprevistos, la cual queda resuelta pocas líneas después cuando concluye, que lo llamado porcentaje de «imprevistos» se refiere realmente a una cantidad estimativa de los riesgos ordinarios de los contratos de obra, y que como tal, como valor estimativo, unas veces cubrirá más y otras menos que los riesgos reales que se materialicen, los cuales pasan de ser riesgos a convertirse en siniestros, en lenguaje de las compañías de seguros. En segundo lugar aclara, la inconveniencia detectada hace más de 150 años, en 1860, de pagar indemnizaciones al contratista por la ocurrencia durante la ejecución de las obras, de eventos ordinarios inciertos previsibles en el momento de elaborar el presupuesto y antes de iniciar la construcción”.

Para rematar, el autor concluye refiriéndose al tema que: “Por lo demás, es evidente que con todas estas técnicas de apoyo a la equivalencia material de las prestaciones, no se persigue suprimir el álea propio de todo contrato o asegurar unos beneficios al contratista, pero si

regularlo, paliar en lo posible sus alteraciones más allá de lo normal y ordinariamente previsible.”

Al igual que hoy en día en nuestro medio, lo que buscaba esa reglamentación de 1860, desde el origen del concepto porcentaje de «imprevistos» en los contratos de obra, no es garantizar la utilidad del contratista, sino paliar las condiciones alteraciones normales y ordinarias a las que están sujetas este tipo de contratos. “La buena fe administrativa mira, sobre todo, al fin de interés general del contrato, más que al propio interés pecuniario de la Administración.”

En Colombia es tradicionalmente utilizado tanto en los presupuestos oficiales como en las propuestas para los contratos de obras públicas un valor de imprevistos dentro de los costos indirectos, sin que se tenga referencias sobre normatividad o cronología de su uso, este valor es facturado por el contratista como un porcentaje de los costos directos sin que para ello haya sido necesario la justificación de uso, sin embargo la Contraloría General de la República desde 2009 hasta la fecha ha emitido una serie de conceptos estableciendo su posición como organismo de control del estado colombiano sobre la necesidad y “obligatoriedad” de justificar la utilización de estos recursos para proceder a ser cancelados a los contratistas, teniendo ya evidencia de inicio de procesos de responsabilidad fiscal por el pago del valor de imprevistos sin justificación en las actas parciales de obra, derivados de hallazgos de las auditorías realizadas por este organismo a diferentes entidades estatales.

Desde el Consejo de Estado como fuente de interpretación normativa se tienen solo referencias superficiales, esto es, en las jurisprudencias no se ha profundizado teóricamente estos conceptos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los imprevistos son una cantidad estimativa de los riesgos ordinarios o normales en los que incurre el contratista con el desarrollo de la obra, se hace necesario revisar el desarrollo del concepto de “riesgo” en la legislación Colombiana, ya que si bien no existe una metodología definida para el cálculo o determinación del porcentaje de imprevistos en el AIU, si existe un desarrollo conceptual y legislativo de la manera de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles en la contratación pública. Aunque el concepto de riesgo se introduce en la legislación colombiana a partir de los contratos de concesiones que se remonta a la década de los 90, y se han expedido diferentes decretos y documentos CONPES que abordan el concepto de riesgo, en la práctica las entidades estatales se han limitado a identificar riesgos que son amparados con las garantías y no con los imprevistos del AIU. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4° aparece la obligación para las entidades estatales de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles involucrados en el contrato, siendo esta obligación legal un llamado a las entidades públicas a mejorar sus procesos de planificación de la actividad contractual y a los contratistas a conocer de manera cuidadosa los objetos contractuales y a desarrollar propuestas más detalladas que evidencien las particularidades de cada obras.

(Secretariassenado, 2007)

Con la expedición del documento CONPES 3714 de 2011 Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública, el cual propone una metodología para estimar,

tipificar y asignar los riesgos previsibles de que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente Colombia Compra Eficiente, máxima instancia rectora en materia de contratación pública, en septiembre de 2013 expide el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo (Versión 1), el cual fue modificado en diciembre de ese mismo año con la expedición del Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo, se tiene lo más reciente en cuanto a manuales y guías relacionados con el concepto de riesgo, sin embargo cabe resaltar que de este desarrollo normativo sólo el artículo 4° de la ley 1150 es de obligatorio cumplimiento por las entidades estatales.

2.2 Marco Conceptual

Definición del concepto AIU. El AIU 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 se conoce ordenamiento legal que lo regule. El AIU se refiere a los costos requeridos para la ejecución del contrato, donde:

- A, significa Administración, La Administración son los costos indirectos necesarios para el desarrollo de un proyecto, como honorarios, impuestos, entre otros.
- I, significa Imprevistos, dependen de la naturaleza de cada contrato y constituyen el álea del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista. (Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia., 2010)
- U, significa Utilidad, 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.

El contrato como negocio jurídico, tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales y la debida prestación del servicio público, además, la percepción de utilidad económica para el contratista debe ser garantizada por el Estado.

El AIU es un rubro variable según la complejidad del proyecto. El porcentaje de la Administración incluye los costos de personal que participa indirectamente en la ejecución de las obras (cargos ejecutivos y administrativos en oficinas). El porcentaje destinado a Imprevistos es asignado según la posibilidad que tenga cada proyecto de tener sobrecostos adicionales no contemplados en el presupuesto inicial de las obras de construcción. La Utilidad es un porcentaje establecido por política de la empresa y varía de acuerdo a cada situación.

El Consejo de Estado considera que “La legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el A.I.U que se introduce en el valor total de la oferta. Sin embargo, no hay duda que 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” (Hoyos Duque, s.f.)

Imprevistos: Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, imprevisto es, "en lenguaje administrativo, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado".

Según el Consejo de Estado “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 contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podríamos 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 áleas del contrato" (Hoyos Duque, s.f.)

Según el ingeniero Sergio Arboleda López (2007) “Durante la construcción, pueden presentarse también situaciones anormales-dificultades con el personal o los equipos, condiciones climáticas inesperadas, alteraciones del orden público, deficiencias en el suministro de servicios públicos-, que no pueden clasificarse como problemas de fuerza mayor (contra los cuales existen defensas en los contratos y en las leyes), pero ocasionan extra costos imposibles de prever. (Arboleda López, 2007)

Estos factores de incertidumbre, han sido reconocidos desde siempre por los constructores y se incluyen dentro de un presupuesto bajo el título de Imprevistos, con un valor expresado como porcentaje del costo directo. No existen reglas para determinar ese porcentaje y será el criterio del constructor, el que determine qué tan alto es su grado de incertidumbre o poco confiables los planos y especificaciones que recibió, o insegura su técnica presupuestal, pero debe decirse que su valor mínimo, tal y como lo afirman en casi cualquier presupuesto, oscila entre el 3% y el 5% del valor de la obra. (Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia., 2010)

Los imprevistos no deben confundirse con los desperdicios (mayor consumo de materiales que se incorpora a cada análisis unitario), ni con los aumentos de costos de materiales y mano de obra, imputables a la inflación. El hecho de que los tres tipos de costos se calculen como un porcentaje no quiere decir que pueden confundirse, pues cada uno tiene sus propios criterios de cálculo y su propia influencia en el presupuesto.”

En el numeral 14 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se establece que “las entidades deben incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”, los imprevistos de que trata este artículo son para cubrir los riesgos que le corresponden a la entidad estatal, en ocasión a las obligaciones que le asigna la misma ley 80 con respecto a la oportunidad en los pagos a los contratistas (Artículo 5, numeral 1) y la figura de la revisión de precios de los contratos (Artículos 4 y 5) y no son los imprevistos

incluidos en el AIU de los presupuestos de los contratos de obras. (Congreso de Colombia., 1993)

Imprevisibilidades: Cualidad de imprevisible. (Real Academia Española, 2017)

Imprevisible: Que no se puede prever o conocer de antemano lo que va a ocurrir. (Real Academia Española, 2017)

Imprevisión. “falta de acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles”, lo cual no es lo mismo que imprevisto, puesto que en la ejecución de los presupuestos de obra los imprevistos están determinados y se tiene plena seguridad de su presencia ya que es un riesgo normal en todo el desarrollo del proyecto contratista. (Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia., 2010)

Concepto de Riesgo. El concepto de riesgo tiene dos elementos: el primero de ellos es la posibilidad de que se cause un daño o un perjuicio y el segundo es las consecuencias negativas que de producirse acarrearía para las partes involucradas. Los contratos de obra por su naturaleza comportan riesgos en sí mismo, como proyecto de gestión que puede lograr o no la realización de la obra concebida por las partes. Esto puede ser consecuencia de diversos factores bien sea internos como defectos en la definición del objeto contractual o externos que dificultan o modifican las condiciones originalmente pactadas. (Sánchez, 2012)

Según el documento CONPES 3107. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos. Una asignación adecuada de los riesgos minimiza el costo de mitigación, y está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible así la percepción del riesgo es menor y se pueden adoptar medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgos. El riesgo se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios y de acuerdo a su particularidad, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación a los distintos agentes involucrados. A continuación se describen los principales riesgos identificados en el desarrollo de proyectos de infraestructura:

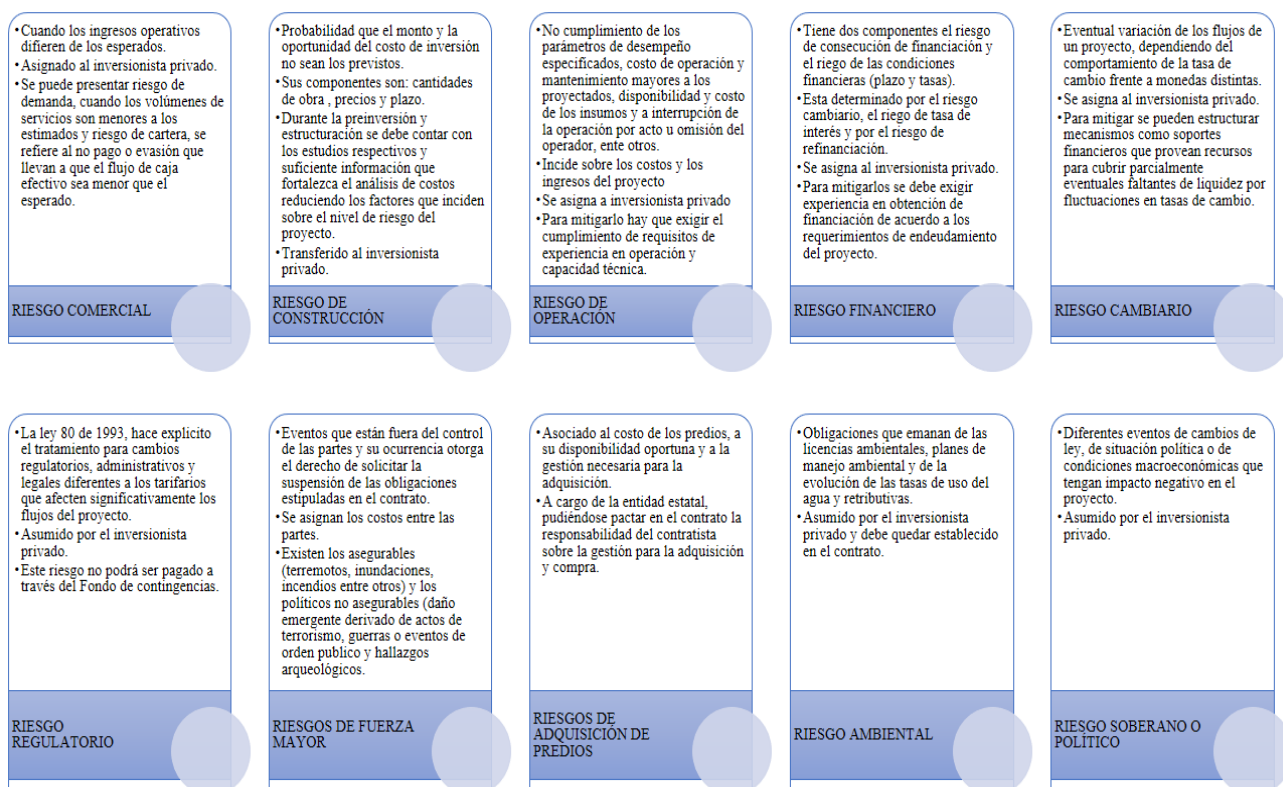


Figura 1. Principales riesgos identificados en el desarrollo de proyectos de infraestructura
Fuente: Documento CONPES 3107. Política de manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura

El riesgo que se debe tener muy claro es:

B. Riesgos de Construcción. Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto. Durante la etapa de preinversión y de estructuración de los proyectos, se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores que inciden sobre el nivel de riesgo del proyecto.

Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo (En la estructuración se deben precisar las obras a realizar, estimarlas y determinarlas en el tiempo ya sea por indicadores o por determinación puntual de las mismas). Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos previstos por el contratista, éste asume los costos asociados con este riesgo.

Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto. (CONPES, 2011)

Según el documento CONPES 3714. Siendo definido el riesgo contractual como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso. (CONPES, 2011)



Figura 2. Riesgos contractuales

Fuente: Documento CONPES 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.

Riesgos previsibles: son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.

Riesgos imprevisibles: La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado según concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952, ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella 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. (Arboleda Perdomo, 2009)

Riesgos cubiertos bajo el régimen de garantías: son aquellos relacionados con la seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y de forma general, los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el tipo de contrato y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

Obligaciones contingentes: generadas por contratos estatales, se regulan en el Decreto 423 de 2001 y son entendidas como aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad,

estipula contractualmente a favor de su contratista el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto.

Riesgos generados por malas prácticas: son aquellos sucesos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato.

IVA en contratos de obras públicas: Según el Concepto Unificado del Impuesto sobre las Ventas No 003 de julio 12 de 2002, Título IV, Capítulo II, punto 1.4 se indica que "de acuerdo con lo previsto en los artículos "15 de la Ley 17 de 1992 y 100 de la Ley 21 de 1992, los contratos de obras públicas que celebren las personas naturales o jurídicas con las entidades territoriales y/o entidades descentralizadas del orden departamental, distrital y municipal estarán excluidos del IVA". (DIAN, 2002)

Responsabilidades legales de los Interventores de obras públicas: según el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 y 82 del Estatuto Anticorrupción los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su contrato de interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Además el numeral 34 del artículo 48 de la ley 734 de 2002. Adicionado: También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción o que pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando éste efectivamente se presente. (Colombia., 2002)

La inhabilidad del interventor que incumpla el deber de entregar información es de 5 AÑOS y responderá solidariamente con el contratista por los daños generados por el incumplimiento.

2.3 Marco Teórico

A pesar que el ejercicio de la actividad de la interventoría en el país no está reglamentada, sí lo está sus posibles faltas en el desarrollo de las mismas, al definir la ley que un interventor es un servidor público y debe responder como tal, le asigna una responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria por sus actuaciones, por lo tanto es conveniente ahondar en las diferentes situaciones que se presentan en el ejercicio de la actividad de interventoría.

En el caso específico de este trabajo se propondrá una posible postura de la interventoría ante la ejecución, justificación y pago del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas, teniendo en cuenta las posiciones de dos entidades del estado - Contraloría General de la República y el Consejo de Estado- aunque en el mismo nivel jerárquico ejercen funciones diferentes dentro de la organización del estado Colombiano, para lo cual es necesario revisar de manera cuidadosa los conceptos teóricos sobre imprevistos, la

concepción ingenieril para su inclusión en los presupuestos de obra y a la luz de estas dos entidades cual es el cubrimiento o función de este ítem en el presupuesto, teniendo en cuenta que existe normatividad sobre los posibles riesgos en los contratos de obras públicas, su clasificación y los procedimientos de cómo abordarlos y distribuir su responsabilidad entre el contratante y el contratista.

Al existir una amplia gama de obras ejecutadas por las entidades públicas tanto de nivel nacional como departamental y municipal y que los imprevistos que se pueden presentar depende de múltiples factores y que son específicos para cada contrato, entidad y contratista, se establecerá si los riesgos cubiertos con el ítem de imprevistos se pueden ubicar dentro de la clasificación propuesta por Ministerio de Hacienda y crédito público en el Conpes 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación Pública, todo esto con el fin de definir controles en su ejecución, justificación y pago.

Es de anotar que a pesar que desde siempre se ha incluido el porcentaje de imprevistos en los presupuestos de obras no es una práctica usual su justificación, ni tampoco el inicio de procesos de responsabilidad fiscal contra entidades y servidores públicos por no justificarlos en las actas de obra y autorizaciones de pago.

Hacer una revisión cuidadosa de los argumentos expuestos por la CGR para establecer la obligatoriedad de justificar el pago de los imprevistos servirá de soporte de cómo enfocar desde la interventoría los controles a realizar en la ejecución de este ítem.

A pesar que los fundamentos teóricos sobre los imprevistos incluidos en el A.I.U., de los contratos de obra son escasos y que los conceptos que existen de las entidades del estado son contrarios, ya que la CGR afirma que es obligatorio la justificación de la ejecución de los imprevistos y en sentencia del Consejo de Estado se conceptúa que los contratistas tienen cierta libertad para su destinación o inversión y que no hace parte de sus obligaciones contractuales rendir cuenta sobre ella, los profesionales que ejercen como interventores de obras deben tomar una posición equilibrada que le permita al contratista ejecutar adecuadamente las obras, a las entidades contratante satisfacer las necesidades a la población y al interventor ejercer su actividad de manera responsable y correcta a luz de la Ley que no le acarreen riesgos legales.

2.4 Marco Legal

El presente trabajo tomará como base el siguiente marco legal:

Ley 80 de 1993- “Estatuto General de la Contratación Pública”

Ley 1150 de 2007- “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80/93 y se dictan otras disposiciones sobre contratación con recursos públicos.”

Decreto 734 de 2012- “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.”

Decreto 1510 de 2013- “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.”

Concepto Unificado del Impuesto sobre las Ventas No 003 de julio 12 de 2002

Documento CONPES 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Ministerio de hacienda y crédito público.

Documento CONPES 3107. Política de manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura.

Sentencia 4028(14577) del 03/05/29. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: sociedad pavimentos Colombia Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 20.811 del 11 de octubre de 2011. Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Juan Manuel Franco Pérez. Demandado: Municipio de Bello (Antioquia)

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 15.665 del 4 de febrero de 2010. Ponente Enrique Gil Botero. Actor: Pavimentos y Construcciones de Colombia Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 20.344 del 8 de febrero de 2012. Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Industrial Mezclas Asfálticas Ltda -INDUMEZCLAS LTDA. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 20.459 del 18 de enero de 2012. Ponente Olga Mérida Valle de de la Hoz. Actor: Sociedad Construcero S.A. Demandado: Caja Promotora de Vivienda Militar.

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 21.990 del 28 de junio de 2012. Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Concepto 80112-EE75841 29 de Septiembre de 2011, Contraloría General de la República

Concepto 2012EE0071253 del 25 de octubre de 2012, Contraloría General de la República

Concepto 80112-EE11203 del 24 de febrero de 2012, Contraloría General de la República

Capítulo 3. Diseño Metodológico

En esta parte se analizará los ítems: tipo de investigación, técnicas de recolección de información y el proceso metodológico.

3.1 Tipo de Investigación

El presente proceso investigativo propuesto, se caracteriza por ser una investigación explicativa, con base en los conceptos más relevantes emitidos por la oficina jurídica de la Contraloría General de la República y dos sentencias del Consejo de Estado sobre los Imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas, cuya información será cuantitativa y al mismo tiempo descriptiva, explicativa y prospectiva, porque, describe una serie de hechos, para lograr alcanzar cada uno de los objetivos específicos y así mismo, los hechos u observaciones serán analizados para encontrar las razones o causas que fundamenten la argumentación de cada capítulo. Finalmente se tiende a proponer directrices desde la interventoría para el control en la ejecución, justificación y cobro del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas.

3.2 Población

Jurisprudencia del Consejo de Estado y conceptos de la Contraloría General de la República sobre Imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obras públicas.

3.3 Muestra

Sentencia 4028(14577) del 03/05/29. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: sociedad Pavimentos Colombia Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Sentencia del Consejo de Estado No. interno 20.811 del 14 de octubre de 2011. Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Juan Manuel Franco Pérez. Demandado: Municipio de Bello (Antioquia)

Concepto 80112-EE75841 29 de Septiembre de 2011, Contraloría General de la República

Concepto 2012EE0071253 del 25 de octubre de 2012, Contraloría General de la República

Concepto 80112-EE11203 del 24 de febrero de 2012, Contraloría General de la República

3.4 Técnicas de Recolección de Información

Esta etapa es esencial en el desarrollo de la monografía; pues constituye el camino para encontrar la información requerida que dará respuesta al problema planteado. El medio a través del cual se obtendrá la información es la recopilación documental (Metodelainv., 2016) es decir, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios.

3.5 Proceso metodológico

En este sentido se llevan a cabo 3 momentos en el desarrollo de la investigación:

Etapa 1: Recolección de la información de forma indagatoria de tipo contextual para aproximarse al tema. Igualmente, el diseño de esta etapa de la investigación será realizado a partir de fuentes primarias o registro secundario de tipo bibliográfico, basado en recolectar y consultar información sobre el tema, tanto en textos elaborados, documentos escritos por expertos en la materia como fuentes secundarias, tales como el internet.

Etapa 2: Interpretación y análisis de la información, son los resultados de la información obtenida mediante análisis cualitativo

Etapa 3: Presentación de análisis final a manera de conclusiones y presentación formal del proyecto.

Capítulo 4. Desarrollo del proyecto

4.1 Tipos de Contratos de obras públicas según modalidad de pago

El manejo y la incidencia del porcentaje de imprevistos en los contratos de obras públicas tiene impactos diferentes dependiendo la modalidad de pago y aunque el presente trabajo se centra en los contratos de obras públicas a precio unitario, debido a que en esta modalidad se paga al contratista las obras efectivamente ejecutadas y los riesgos se distribuyen entre la entidad contratante y el contratista; la primera asume el costo del riesgo de las cantidades y el contratista el de los precios; es necesario revisar los tipos de contratos, establecer cómo tradicionalmente se evalúa a nivel presupuestal los imprevistos, como son asumidos y cubiertos los riesgos en la ejecución de cada uno de ellos. Los cuales se describen a continuación:

4.1.1 Administración delegada. En sentencia del 16 de septiembre de 2010, expediente 16605, ha dicho el Consejo de estado sobre los contratos por administración delegada: “modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquélla, a cambio de unos honorarios previamente pactados.”

“De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo

contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados.

En obras públicas, esa relación contractual se caracteriza por ser formal, bilateral, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo y de colaboración por el factor *intuitu personae*, porque parte de un acto esencial de confianza en el que se entrega a otra persona la responsabilidad de manejar dineros públicos y empleados oficiales con el fin de atender un objeto de interés social, sin perjuicio de que el contrato pueda cederse, previa autorización del contratante”.

4.1.2 Precio global alzado. Consiste en señalar un precio global determinado para la totalidad de la ejecución de la obra prevista en el proyecto técnico, con independencia de la obra que al final sea efectivamente realizada y sin que el contratista pueda pedir la revisión del precio aunque hayan aumentado los salarios de los trabajadores o el valor de los materiales empleados. En la modalidad de ajuste alzado del precio de la obra, se suelen utilizar en la práctica dos variantes: el ajuste alzado absoluto y el relativo. En el absoluto, las partes acuerdan que no puede ser objeto de modificación ni el proyecto técnico ni el precio; mientras que en el relativo, las partes convienen en que el precio fijado en relación al proyecto, puede rectificarse teniendo en cuenta la obra efectivamente ejecutada. Este sistema resulta atractivo para el dueño de la obra, al conocer desde la celebración del contrato lo que le va a costar la obra. Por el contrario es un sistema poco interesante para el contratista, al asumir enteramente el riesgo económico de la

actividad, salvo que lo evite pactando e incluyendo en el contrato una cláusula de revisión de precios. (Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia., 2010)

4.1.3 Llave en mano. El contrato "llave en mano" o "turnkey contract" es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos "llave en mano", formando parte de la obligación global del contratista son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

El contrato "llave en mano" implica especialización del contratista así como la obligación de éste de entregar un producto terminado. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se tiende a formas directas de elección del contratista. (jbarrier, s.f.)

4.1.4 Precios unitarios. Es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución.

En la conformación de dichos precios unitarios, se tienen en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar la unidad de medida respectiva –el metro lineal, el metro cúbico, el metro cuadrado, etc.-. Y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que al lado de los costos directos, se hallan los costos indirectos que corresponden, en los contratos de obra pública, al A.I.U., el cual es un porcentaje de los costos directos destinado a cubrir i) los gastos de administración (A) -que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc-, ii) los imprevistos (I) –que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos menores que surjan y que no fueron previstos- y iii) las utilidades (U) –que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo-. El costo directo más el AIU, dará el precio unitario de cada ítem.

4.2 Los imprevistos según la modalidad de pago de los contratos de obras

La incidencia que tienen los imprevistos en cada una de las modalidades de pago de los contratos de obras públicas está ligada a quién asume los riesgos en la ejecución de la obra, en la administración delegada es el contratante quien asume los riesgos especialmente en precios y cantidades de obra, retrasos por estado del tiempo, flujo de dineros, experiencia de los trabajadores, calidad de los estudios técnicos, entre otros, el porcentaje de imprevistos carece de importancia para el contratista puesto que es asumido por el contratante.

En el contrato a precio global alzado, el contratista en primera instancia asume los riesgos tanto de precio como de cantidades, sin embargo el precio global o final de la obra no varía, siempre y cuando las condiciones inicialmente pactadas no cambien, por lo tanto el contratista no tiene la obligación de rendir cuentas del uso de estos recursos, minimizando así la incidencia del ítem de imprevistos, en los contratos llave en mano, la fase de ejecución de obras se paga igual que el de precios unitarios, sin embargo al ser el mismo contratista quien diseña y elabora el presupuesto de obra le permite tener control sobre la mayor parte de la variables que tienen incidencia en la ocurrencia de imprevistos y en los contratos a precios unitarios, los riesgos sobre las cantidades de obras son responsabilidad de la entidad contratante y los riesgos que podríamos llamar ordinarios que se derivan de los precios, procesos constructivos, experiencia del personal, entre otros, son asumidos por el contratista y si influyen de manera directa en el valor final de la obra.

La siguiente tabla tomada y adaptada del documento Aproximación Metodológica para el Cálculo del AIU (Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia., 2010) presenta según la clase de contratos quien asume los riesgos sobre las cantidades y precios y una propuesta de rango de porcentaje para los imprevistos.

Tabla 1.

Riesgos en cantidades y precios y porcentaje de imprevistos por tipo de contrato de obras

TIPO	Riesgo Cantidades	Riesgo Precios	% de Imprevistos
Administración Delegada	Contratante	Contratante	2% – 4%
Precio global Alzado	Contratista	Contratista	4% – 6%
Llave en mano	Contratista	Contratista	4% – 6%
Precios Unitarios	Contratante	Contratista	8% – 30%

Fuente: Adaptado del documento Aproximación Metodológica para el Cálculo del AIU (Rojas y Bohórquez, 2009)

El porcentaje de imprevistos tiene mayor incidencia en los contratos de obras a precios unitarios, aunque esa propuesta es en extremo alta (8% - 30%), pretende significar el grado de incertidumbre que sobre el presupuesto asume el contratista, sin embargo es en esta modalidad de pago donde eventualmente se debería justificar el uso de estos recursos, puesto que esta modalidad contempla que se pagarán las obras efectivamente ejecutadas y este valor es significativo dentro del total del contrato.

Con respecto a cómo calcular o determinar los imprevistos se revisaron varios autores teniendo lo siguiente:

No existen métodos, fórmulas o procedimientos para el cálculo de los imprevistos dentro de los presupuestos; a pesar de ser una práctica generalizada su inclusión en los presupuestos de

obra está sugerida dentro de los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas, sin exigir que se anexen soportes de los cálculos que justifiquen la determinación de este porcentaje, o en algunos casos el oferente prefiera no incluir los imprevistos en su propuesta, y al no existir normatividad al respecto, las entidades del estado las aceptan, las evalúan y adjudican contratos sin valor en este ítem.

Sin embargo Betancur Vargas (2014) considera que hay que actuar responsablemente y admitir que las posibilidades de que algo falle están ahí, es decir que los imprevistos siempre existirán y que conviene considerar una partida para este fin hasta el límite en el que cada proponente lo estime. De otro lado, no puede ser, que esta probabilidad de falla no sea valorada dentro del presupuesto ni por la Administración ni por el contratista, y que sin embargo posteriormente al contratista se le reconozcan indemnizaciones por cada hecho que ocurra durante la ejecución del contrato.

En el documento de Rojas y Bohórquez Aproximación metodológica para el cálculo del AIU, no se sugiere ningún procedimiento matemático o estadístico para establecer el valor de los imprevistos incluidos en el AIU, con respecto a eso dice: “El término Imprevistos no es tenido en cuenta en este modelo, éste es más fácil de identificar y de estimar dependiendo del tipo de contrato y de obra a ejecutar acordado e inmediatamente se reconoce la situación y el riesgo que se presenta y se define el porcentaje destinado a este factor”.

Se evidencia entonces que, ni desde la práctica ni desde la academia existe un procedimiento sugerido para establecer este valor en los presupuestos de obra, de hecho

actualmente existen algunas entidades que lo han eliminado de los presupuestos a contratar tomando como costos indirectos solo AU (Administración y Utilidad) y dejando de lado la partida para imprevistos.

4.3 Análisis comparativo de las sentencias del Consejo de Estado y de las conceptos de la Contraloría General de la República frente al pago justificado del valor de imprevistos incluidos en el AIU

Al existir una posible contradicción ante las sentencias del Consejo de Estado y los conceptos de la CGR, se realizará la comparación entre dos sentencias y tres conceptos, haciendo una presentación inicial del contenido de cada uno de estos documentos para luego realizar la comparación de la posición de estas dos entidades del estado frente a los imprevistos en los contratos de obra.

Tabla 2.

Presentación de las sentencias del Consejo de Estado consideradas para análisis del tema propuesto

TEMA PRINCIPAL	CONSEJO DE ESTADO			
	(Duque, 2003.)	SENTENCIA.	(Palacio, 2011)	SENTENCIA.
	APELACIÓN		APELACIÓN	
	Rompimiento de la ecuación económica contractual como consecuencia del pago de la contribución especial del 5% que estableció el artículo 123 y s.s de la ley 104 de 1993.		Ruptura Equilibrio financiero Contrato estatal por entrada en vigencia de norma tributaria.	
ACTORES	Demandante: Sociedades Pavimentos de Colombia Limitada Demandado: Instituto Nacional de Vías		Demandante: Sociedades Equipo Universal y Cía. LTDA y otros Demandado: INVIAS	
RESUMEN CASO	La sociedad Pavimentos de Colombia Ltda., formuló demanda en contra del Instituto Nacional de Vías, por romper la ecuación económica		Sociedades Equipo Universal y Cía. LTDA y otros formula demanda contra el Instituto Nacional de Vías - INVIAS; por romper el equilibrio	

contractual del momento de la adjudicación y celebración del contrato como consecuencia del pago de la contribución especial del 5% que estableció el artículo 123 y s.s de la ley 104 de 1993; la cual fue posterior ocasionado un gasto inesperado y disminuyendo la utilidad prevista con la ejecución del contrato; la sentencia fue negada por el tribunal administrativo de Tolima, señalando que no hay ruptura del equilibrio contractual ya que el impuesto no tiene ninguna relación con la ecuación económica contractual, y para los contratos adicionales ya se tenía conocimiento del nuevo impuesto sin que en su oportunidad se hubiere presentado reclamo o impugnación por el contratista.

Razón por la que apelan ante la Sala de lo contencioso Administrativo, la cual confirma la sentencia del Tribunal Administrativo.

económico del contrato al imponer una contribución especial del 5% (impuesto de guerra), deducible sobre el valor de la obra mensual ejecutada, afectando la ecuación económica de la relación contractual, teniendo en cuenta que el contrato se suscribió con anterioridad a la vigencia tanto de los decretos como de la ley que lo estableció; disminuyendo la utilidad prevista por el consorcio contratista.

El tribunal concluyó que el cobro del Impuesto de Guerra le alteró la ecuación contractual al contratista, que el INVIAS debía asumir dicho impuesto y devolver la suma que fue retenida para tal fin de cada uno de los pagos efectuados.

El INVIAS presentó recurso de apelación para que la sentencia fuera revocada y despachada en forma desfavorables las pretensiones de los actores considerando que lo único que hizo fue obedecer un mandato legal contenido en las normas impositivas del decreto y la Ley con la cual entró en vigencia y que para los contratos adicionales ya se tenía el conocimiento de esta Ley. Adicionalmente alegó que el beneficiario del impuesto es la Nación y que está a cargo del contratista quien es el beneficiario de unos honorarios o utilidades, que el INVIAS únicamente cumplió la función de autorretenedor en los términos de la Ley y la falta de legitimación por activa al estimar que debió demandar el Consorcio como tal y no los integrantes del mismo individualmente considerados.

La sala aclara que no se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva porque la demanda se dirigió expresamente en contra de una de las partes del contrato y sus adicionales (INVIAS) y que el objeto del contrato se enmarca dentro de las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial de responsabilidad de la Nación, tampoco se presenta una falta de legitimación activa ya que las uniones temporales o consorcios no pueden constituirse como sujetos procesales, es decir no pueden comparecer al proceso en calidad de demandante, pues se trata de figuras reguladas por el derecho sustancial que no tienen la capacidad para ser parte procesal, pues quienes detentan esa capacidad son las personas naturales o jurídicas que lo integran.

La sentencia fue revocada por la Sala; negando las pretensiones de la demanda, manifestando que si bien la creación de nuevos impuestos o su incremento puede afectar la ecuación económica del contrato es deber del contratista demostrar que cumplir esta medida alteró de manera extraordinaria y anormal la economía del contrato, de esta forma tendrá derecho a que la misma sea restablecida.

Además el contratista debió tener en cuenta el costo de la contribución especial y hacer los cálculos sobre la incidencia que tendría el mismo en la economía del contrato ya que cuando se suscribió el contrato adicional ya estaba en vigencia la Ley, tal y como quedó acordado en las respectivas cláusulas.

**RELACIÓN
CON EL TEMA
DE ANÁLISIS**

Aunque el ponente destaca que los imprevistos hacen parte del precio del valor del contrato pactado y por ende parte de los derechos del contratista, con el cual se cubre ese pequeño riesgo o indefinición exacta de la totalidad de los costos de ejecución de la obra y NO de los impuestos que puedan crearse en el futuro y que tal descuento le quita al contratista prácticamente la utilidad esperada, contrariando a la ley 80 cuando define que los contratos estatales son conmutativos y no gratuitos, es decir ruptura del equilibrio del contrato, la sala sostiene que el contratista debe probar la existencia objetiva del “Hecho del Príncipe”, esto es la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas “nuevas condiciones” ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar.

La sala aclara que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar, el contratista sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad; no significa que con dicha partida cubra el nuevo impuesto que afectó los pagos que se le hicieron por concepto del valor de los contratos adicionales, sino que correspondía a éste demostrar que la partida de gastos imprevistos resultó insuficiente para cubrir el perjuicio económico o

En esta sentencia, la sala puntualiza la importancia del factor imprevistos para la demostración del desequilibrio económico del contrato: “si bien es cierto la legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el A.I.U que se introduce en el valor total de la oferta, no hay duda que la *utilidad* es el beneficio económico que pretende recibir 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 de *imprevistos*, como su nómbre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato”.

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 contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluido los casos fortuitos que podríamos 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

disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución.

menos de los riesgos reales (los que efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el áleas 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.U - Administración, Imprevisto 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 ellas.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

**CONCLUSIÓN
DE LA SALA**

Se aclara que la contribución especial del (5%) fue creada por una Ley expedida en el Congreso de la República y no por la entidad pública contratante, por lo tanto el daño no es imputable a una de las partes de la relación contractual y por consiguiente, no puede decirse que se está frente a un Hecho del Príncipe.

La sala considera que en los contratos en los que la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

Impone, por tanto, el análisis de la teoría de la imprevisión ya que se evidencia la constitución de un hecho externo a las partes, que de darse en

Debe pues el contratista soportar un

forma concurrente con los otros supuestos de dicha teoría, haría procedente la pretendida declaración de rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Que, aunque la medida en mención fue imprevisible para las partes en el momento de celebrar el contrato inicial; no lo fue en el momento de suscribir los contratos adicionales; pudiéndose estimar ese valor en dichos contratos.

Es necesario que se determine cuál fue para la sociedad demandante el perjuicio que le causó la aplicación de la ley y en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contar con la partida para imprevistos, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo.

álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo. No basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo.

Siguiendo el criterio jurisprudencial transcrito, basta afirmar que si bien la adopción de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, es indispensable que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato.

Tabla 3.

Presentación de los conceptos de la Contraloría General de la República consideradas para análisis del tema propuesto

CONTRALORÍA GENERAL			
	(Contraloría General de la República., 2011)	(Contraloría General de la República .. , 2012)	(Contraloría General de la República., 2012)
TEMA PRINCIPAL	Respuesta a consulta sobre: Contratación Estatal, Contrato de Obra y AIU	Respuesta a consulta sobre aclaraciones del concepto EE75841 de septiembre 29 de 2011	Respuesta a consulta sobre contratos estatales, ecuación económica del contrato, riesgo y AIU
ACTORES	Quién consulta: Catalina Garavito Lara Quién responde: Oficina Jurídica -Contraloría General de la República	Quién consulta: José Antonio Senejoa Nuñez Quién responde: Oficina Jurídica - Contraloría General de la República	Quién consulta: Ángela Montoya H Quién responde: Oficina Jurídica -Contraloría General de la República
CONSULTA	La consulta está dirigida a indagar sobre la definición del AIU en los contratos de obras públicas, porcentajes mínimos y máximos que se deben pagar por este concepto, criterios para la determinar el % de AIU, investigaciones adelantadas en contra de funcionarios de las entidades estatales de Bogotá con ocasión de la determinación y aplicación del AIU en los contratos estatales de obra, pronunciamientos sobre los costos indirectos del contrato de obras públicas, se debe restituir los recursos de imprevistos si no se han utilizados durante la ejecución del contrato y la diferencia entre el rubro I (imprevistos) de los costos indirectos del contrato de obra pública y los imprevistos contemplados por el	La consulta está dirigida a indagar si es obligatorio o no que por parte de la entidad contratante exigir a los contratistas del estado el demostrar la ocurrencia de imprevistos durante la ejecución del contrato para que pueda ser pagado este rubro contemplado en el AIU, de qué depende la justificación, sanciones que tendría el contratista o entidad contratante por parte de la Contraloría por el pago sin justificar de los imprevistos, en que momento de la ejecución del contrato se deben demostrar los imprevistos, si los imprevistos debidamente justificados son superiores a los pactados en el contrato, de dónde se sacan los dineros para su pago y sobre un concepto publicado por el Dr. José Vicente	Se presenta un análisis sobre la ecuación económica del contrato estatal, los riesgos en el contrato estatal, los riesgos y sus antecedentes, los riesgos frente al AIU

CONCLUSIONES DEL CONCEPTO

principio de equilibrio financiero (teoría de la imprevisión)

El AIU es una estipulación que puede pactarse en los contratos en el desarrollo del principio de la autonomía de voluntad de las partes, es de aclarar que no se conoce ordenamiento legal que lo regule.

Habitualmente el valor del AIU, dependiendo de las condiciones del mercado, corresponde a un porcentaje que se ubica entre el 20 y el 30% del costo directo y se discrimina, para el primer caso, con un 10% para la administración, un 5% para los imprevistos y un 5% para la utilidad.

Los porcentajes asignados a cada uno de los términos en el AIU son subjetividad de cada una de las empresas constructoras y no existe un planteamiento técnico de su cálculo. La estructura de presupuestos y del cálculo del AIU deben ser lo suficientemente flexibles operativamente para competir con situaciones inesperadas que puedan presentarse en el tiempo.

Blanco R., en el que se sienta una posición diferente a la de la CGR, respecto de los imprevistos.

Todas las entidades estatales y los administradores de recursos públicos, tienen la obligación de soportar debidamente la totalidad de los recursos ejecutados que estén a su cargo, sin excepción de porcentaje alguno

El debido soporte de la ejecución de la totalidad de los recursos públicos que estén a cargo de una entidad estatal o de un administrador de recursos públicos no es potestativo, sino obligatorio, porque se trata de una función reglada, de administración de bienes ajenos, que está sujeta a vigilancia y control.

Si una entidad estatal pacta un porcentaje para cubrir imprevistos no imputables al contratista, y durante la ejecución del contrato no ocurren, las partes en la liquidación del mismo deberán dejar constancia de esta situación. En este caso, como no hubo imprevistos, la entidad estatal no deberá pagarlos.

El AIU forma parte del valor total del contrato. Una correcta planeación del contrato estatal permite prever los riesgos que puedan afectar el AIU.

Al presentarse los hechos que fueron determinados en la partida de imprevistos (I), se debe hacer uso del porcentaje constituido para tales efectos.

Cuando a pesar de haberse hecho uso de los recursos establecidos como Imprevistos (I), se presentan circunstancias en el contrato que excedan lo planeado y superan cualquier cálculo previsible, demostrado ampliamente tal situación puede ser viable un desequilibrio financiero.

Si al estructurarse la relación negocial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos en que incurrirá en la ejecución del objeto contractual y por tanto, plantea una partida de imprevistos insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a mayores

Las entidades que administran recursos públicos solo pueden pagar los “*imprevistos*” que el contratista acredite, porque la destinación de esta previsión es específica y no puede convertirse en parte de la “utilidad” del contratista.

La teoría de la imprevisión: trata las circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que no forman parte del giro normal de los negocios contratados, y que por lo mismo, se constituyen como un álea anormal dentro de la relación y los imprevistos generalmente se manejan como un fondo rotatorio, es decir, el gerente del proyecto (el contratante) paga al constructor (contratista) un fondo establecido por ambos para cubrir situaciones inesperadas como: atrasos por efecto del clima, accidentes de trabajo, obras adicionales, deslizamientos por efecto del clima, derrumbes, entre otros. Este monto siempre es utilizado en el desarrollo del proyecto ya que siempre se presenta un porcentaje de incertidumbre durante la ejecución de la construcción.

Por el contrario, si la entidad estatal paga imprevistos sin que estos hayan ocurrido, o paga imprevistos imputables al contratista, configura un detrimento patrimonial que será objeto de acción fiscal por parte de la contraloría competente.

El interesado en demostrar los imprevistos será el contratista y deberá hacerlo en cualquier momento, antes de la liquidación del contrato. En todo caso, la acreditación de los imprevistos debe ser anterior a su pago.

De conformidad con el art. 25, numeral 14 de la Ley 80 de 1993, las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

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.

4.4 Posturas del Consejo de Estado y de la CGR sobre el tema de análisis

Para abordar el tema, es necesario tener claridad que para la contratación estatal existe un componente del precio que está determinado por un porcentaje correspondiente a los conceptos de Administración, Imprevistos y Utilidad - A.I.U - Este, junto con los precios unitarios multiplicado por las cantidades de obra ejecutadas, da como resultado el valor a pagar al contratista. En los últimos años se han generado cuestionamientos respecto del tratamiento que debe darse al componente “I” (imprevistos) del AIU en los contratos ya que el valor por este concepto se paga al contratista se causen o no, por una costumbre contractual, más no porque exista una norma que así lo señale; es por esto que se analizan las posturas jurídicas entre el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República, como autoridades de consulta en materia contencioso administrativo y control fiscal, respectivamente.

Tabla 4.
Imprevistos

IMPREVISTOS	
POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE AL VALOR DE I, PACTADO EN EL A.I.U	POSTURA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA FRENTE AL VALOR DE I, PACTADO EN EL A.I.U
De acuerdo a las interpretaciones de las sentencias analizadas el Consejo de Estado, como máxima autoridad en materia de lo contencioso administrativo, deja claro que es usual que en la estructura de costos del contrato se destine una partida para los costos indirectos o A.I.U., y como tal, existe una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de ella, además define que la inclusión de un valor para los gastos de imprevistos surge como una necesidad para cubrir los posibles y ocasionales riesgos que pueda afrontar el contratista durante el desarrollo del contrato.	La Contraloría General de la República, como órgano que ejerce control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación; cumple funciones de dependencia asesora, y sus conceptos carecen de fuerza vinculante, es decir no son obligatorios, y generalmente son tomados como lineamientos de interpretación o doctrina en vacíos sobre la materia. De los conceptos producidos por esta oficina, se puntualiza que si durante la ejecución de un contrato no ocurren factores que causen imprevistos; el porcentaje que se destinó para

Sobre la naturaleza, doctrina y campo de cobertura de la partida para gastos de imprevistos destaca que juega un papel importante en el cálculo del presupuesto total del contrato y que de esta manera se admite como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura, para cubrir ciertos gastos, con los que no se cuenta al elaborar los análisis de precios unitarios. Es decir, que los imprevistos son 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, son evaluados a priori en los presupuestos de contrato; por tanto ***el porcentaje de imprevistos es una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra, algunas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales; es decir los que efectivamente ocurrieron; y es ahí donde radica el aleas del contrato.***

En conclusión:

En el régimen de contratación estatal, no hay nada previsto sobre la partida para gastos de imprevistos.

La jurisprudencia reconoce que existe un porcentaje conocido como A.I.U.; en el que se incluye este valor y es para efectos de calcular la utilidad del contratista al indemnizar los perjuicios reclamados por éste; ya que este se pacta 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.

este ítem;, no se convierta automáticamente en parte de la “utilidad”, porque permitiría:

Que el contratista se apropie sin fundamento legal de recursos públicos que tenían una destinación específica “cubrimiento de imprevistos surgidos durante la ejecución del contrato”.

Que el contratista evada el pago del IVA del porcentaje de “imprevistos” a de que realmente dicho porcentaje hizo parte de la utilidad del contratista”.

Es por esto, que la previsión e inclusión del porcentaje del valor del contrato para cubrir “imprevistos menores”, sin tener que suscribir un contrato adicional, se ajusta a los fines de la contratación pública, Sin embargo, las entidades que administran recursos públicos no pueden permitir que esta previsión se convierta en un instrumento para la evasión de impuestos por parte de los contratistas al apropiarse de este porcentaje, convirtiéndose en parte de su utilidad.; por lo tanto; estas entidades solo pueden pagar los imprevistos que el contratista acredite.

La administración de recursos públicos, obliga a justificar la destinación de todos y cada uno de los recursos que en ejecución de un contrato estatal se paguen o entreguen al contratista y puede ser objeto de auditoría y vigilancia por parte de los órganos de control, ya que si el contratista puede demostrar que el porcentaje de imprevistos fue insuficiente para no afectar su “utilidad”; de la misma manera la entidad contratante debe solicitar la actualización o revisión de precios para evitar la afectación del equilibrio económico del contrato y abstenerse de pagar el porcentaje de imprevistos que el contratista no haya acreditado.

Por lo anteriormente expuesto, la Contraloría General de la República (CGR) como

Es realidad que los dineros recibidos por el contratista a título de pago del precio del contrato; pertenecen al contratista por lo tanto existe una relativa libertad en la destinación o inversión de esta partida, ya que no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales, rendir cuentas sobre ella, atendiendo a los atributos de la propiedad previstos en la legislación civil.

Finalmente de la postura del Consejo de Estado, se puede interpretar que los imprevistos pactados en el A.I.U del contrato, hacen parte de los costos que no están relacionados directamente con la ejecución del contrato constituyendo así la garantía del riesgo y ventura que asume el contratista; que no existe normatividad que regule la utilización de éste por lo tanto se ha venido desarrollando jurisprudencialmente como costumbre. Pero aclara, que al presentarse el imprevisto, el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos normales u ordinarios son asumidos por él; convirtiéndose el imprevisto en un resorte económico de libre disposición del contratista y que en el evento en que se presenten circunstancias extraordinarias o anormales que hicieran muy oneroso el cumplimiento del contrato, la administración debe equilibrar el perjuicio económico sufrido por el contratista.

máximo órgano de control fiscal del Estado, tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos fortaleciendo el control y la vigilancia de la gestión fiscal con enfoque preventivo en el marco de la Constitución y la Ley, para garantizar el buen manejo de los recursos públicos, en este sentido evalúa los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado, al determinar si adquieren, manejan y/o usan los recursos públicos dentro del marco legal, sujetos a los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad y sostenibilidad ambiental; determinando así su postura frente al tema del uso de los imprevistos incluidos dentro del A.I.U; la cual es limitarse a cumplir lo establecido por la ley; así:

1. El decreto 2474 del 2008, artículo 3, numeral 4, obliga a todas las entidades que en su contratación apliquen el Estatuto General de Contratación, a incluir en los estudios previos, el análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. Es decir, justificación del presupuesto del contrato con posterioridad del precio del mismo, sin excepción de ningún porcentaje.
 2. El fundamento legal que le permite exigir que el pago de los imprevistos se encuentre debidamente soportado, es el mismo que le permite exigir soporte de los demás pagos, porque no existe excepción legal que faculte a los gestores fiscales a disponer discrecionalmente y sin justificación alguna, de un porcentaje de los contratos, libre de vigilancia y control.
 3. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato, puede ser solicitado
-

por cualquiera de las partes y se debe satisfacer en primer lugar con el porcentaje de imprevistos pactados. En todo lo que exceda o no alcance a ser cubierto, se debe satisfacer mediante arreglo directo o intervención judicial.

4. Si la entidad paga los imprevistos sin verificar su ocurrencia; implícitamente está restableciendo el equilibrio económico del contrato, sin ser necesario; razón por la que se convierte en un “pago de lo no debido”, que de conformidad con el artículo 2315 del código civil puede ser “repetido” es decir lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural; en contra de quien lo recibió, en este caso el contratista.

5. Finalmente, por tratarse de recursos públicos, que dentro del contrato se prevén con una destinación específica son vigilados y controlados por la CGR, por lo que el contratista no puede disponer libremente de ese valor.

Fuente. Autores del proyecto

Es importante señalar, que, en el marco de la Constitución Política Colombiana, la rama judicial y los organismos de control, se encuentran en un mismo nivel jerárquico, pero cuyas funciones son diferentes para el debido funcionamiento del Estado; por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas.

Las posturas estudiadas tanto del Consejo de Estado, como la de la Contraloría General de la República; están cimentadas en que las relaciones contractuales en el ámbito administrativo tienden a ser restringidas dado que se trata de un derecho estrictamente reglado y por lo tanto

debe circunscribirse a los lineamientos expresamente fijados en la ley que regula la materia, con la diferencia que las decisiones del Consejo de estado son línea de interpretación, materializadas en la jurisprudencia; estando sometidos al cumplimiento de sus fallos y el seguimiento a las pautas de interpretación y los conceptos de la oficina jurídica de la CGR, carecen de fuerza vinculante, es decir no son obligatorios, y pueden ser tomados como lineamientos de interpretación o doctrina en vacíos sobre la materia.

Es preciso aclarar, que sobre el tema de los imprevistos incluidos en el A.I.U, y la justificación de la inversión o gasto por el contratista, no existe regulación normativa al respecto; y al remitirse a la jurisprudencia del Consejo de estado se observa que no se ha profundizado teóricamente y que los conceptos de la CGR; aunque profundizan en el asunto, solo son doctrina al interior de esa entidad. (Barrera Coronado, Betsy Johana y Jiménez Bernal Camilo Ernesto (2012).

Aun así, como interventores se debe tener en cuenta la función de advertencia que expide la CGR, a fin de evitar inconvenientes a futuro, ya que este órgano de control reitera a todos los entes sujetos de control que en el caso de cancelar la suma destinada dentro del A.I.U., para imprevistos, estos deben ser soportados detalladamente. De realizarse el pago sin que esto haya ocurrido, el detrimento del patrimonio público; sería objeto de acción fiscal; dado que es la única manera de demostrar que se hizo una buena planeación en cuanto a la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible se sustenta el pago, su correspondencia con el riesgo estimado y planeado, se prueba la ocurrencia del hecho denominado riesgo, y en el evento de que se rompa la ecuación contractual durante la ejecución del contrato, es justificable la superación de los riesgos previsible. Los contratistas no pueden sin fundamento legal y fáctico asumir

como propios recursos públicos que tenían destinación específica, convirtiéndolos en parte de su utilidad sin acreditación alguna. (Contraloriands, 2013)

Como interventores se debe vigilar, que todos los procesos desarrollados antes, durante y después de la ejecución del contrato, se encuentren enmarcados dentro de lo establecido por la ley aplicando los principios de la contratación; enfatizando que desde la planeación se valoren todos los riesgos previsibles que puedan afectar el mismo, con el fin de evitar inseguridad en el desarrollo de los contratos, dilataciones en el proceso de ejecución, reclamaciones contractuales o finalmente la terminación unilateral del mismo sin cumplir el objetivo principal que es la satisfacción de las necesidades de la entidad y por ende las de la comunidad.

4.5 Riesgos susceptibles de ser cubiertos por el ítem de imprevistos y cómo incorporarlos al contrato de obra.

Con el objeto de identificar qué riesgos son susceptibles de ser cubiertos por el ítem de imprevistos, es necesario hacer una revisión del concepto de imprevistos y bajo la clasificación de Riesgo realizada por el gobierno nacional a través del Conpes 3714, evaluar la forma de incorporarlos al presupuesto de obra y de esta manera facilitar la labor de control de la interventoría.

A continuación se relacionan diferentes conceptos de imprevistos de autores interesados en dar claridad a esta materia:

Gustavo Betancur Vargas, hace una presentación del concepto de imprevistos desde varias ópticas:

Desde la legislación Colombiana: El decreto 2090 de septiembre 13 de 1989, refiriéndose a las modalidades de contratación de obras, establece en sus artículos 7.1.2 y 7.1.3 lo siguiente:

“Construcción a precio global o alzado. “(.....) Las condiciones en que debe realizarse la obra por precio global o alzado, y su forma de pago, deberán determinarse en el respectivo contrato. Al calcularse el valor de la obra por precio global o alzado, el contratista deberá incluir el valor de sus honorarios lo mismo que el valor de las pólizas de seguros, garantías, imprevistos y demás requisitos que la entidad contratante exija, además de todos los gastos indirectos que sean necesarios considerar en cada obra.... (Decreto 2090 de septiembre 13 de 1989)

Construcción por precios unitarios (...) Además de los costos correspondientes a los de materiales, mano de obra, transportes, equipo y herramientas, dentro de los precios unitarios estipulados en el contrato, deberán incluirse los honorarios del arquitecto y demás incidencias en el costo de la obra en forma de porcentaje sobre cada precio unitario o con su valor específico, tales como gastos indirectos, pólizas de garantías, e imprevistos.”

Desde la práctica ingenieril: El documento muestra que la inclusión del porcentaje de imprevistos en los presupuestos de obra, es una práctica real de la vida diaria ingenieril mundial, orientada a cumplir satisfactoriamente el principio de planeación y buscando satisfacer adecuadamente las necesidades de la comunidad.

Relaciona que “En su publicación la Universidad Nacional de Colombia, “Planteamiento de un presupuesto de construcción”, Patiño Ortiz, enuncia, (...) Sin embargo los imprevistos siempre existirán y conviene considerar una partida para este fin. No hay ninguna razón para decir que representa un porcentaje del valor de los costos directos; si se pudiera decir esto, no sería imprevisto. (Patiño Ortiz, 2007)

Como imprevistos no se pueden considerar los actos de naturaleza irresistible como los de fuerza mayor o caso fortuito: un terremoto, una asonada, una huelga no pueden ser considerados al plantear un presupuesto de construcción, ni mucho menos se les puede asignar un valor.

Al capítulo de imprevistos se cargarán los costos que definitivamente no podrían estar en otro capítulo. Las diferencias en cantidades de obra no son imprevistas; se podría pensar que imprevistos son fallas humanas o fallas técnicas de un proceso que teóricamente no tendría fallas.”

“Desde otro punto de vista, ARBOLEDA (2007), se refiere al porcentaje de imprevistos del AIU en los contratos de obra, de la siguiente manera:

“Presupuestar una obra es un complejo proceso de planeación, en el cual es imposible garantizar que están previstas todas las situaciones que la afectarán económicamente. La experiencia y el criterio del constructor, reunidas en una correcta técnica presupuestal, pueden minimizar las desviaciones; desde luego, pero a sus propios errores de juicio, es necesario

agregar posibles fallas del personal auxiliar; inadecuado conocimiento de las condiciones locales en el sitio de la obra; deficiencia en planos o especificaciones, etc., que terminan produciendo presupuestos inferiores (o superiores, en algunos casos), a los gastos en que realmente debe incurrir la obra”. (Arboleda López, 2007)

“Estos factores de incertidumbre, han sido reconocidos desde siempre por los constructores y se incluyen dentro de un presupuesto bajo el título de Imprevistos, con un valor expresado como porcentaje del costo directo. No existen reglas para determinar ese porcentaje y será el criterio del constructor, el que determine qué tan alto es su grado de incertidumbre o poco confiables los planos y especificaciones que recibió, o insegura su técnica presupuestal, pero debe decirse que su valor mínimo, en casi cualquier presupuesto, oscila entre el 3% y el 5% del valor de la obra”.

“En la Asociación Internacional para el Desarrollo de la Ingeniería de Costos, (AACE Internacional, por sus siglas en inglés), quizás la mayor autoridad en materia de presupuestos en ingeniería, que cuenta con más de 8.600 asociados a nivel mundial con presencia en 87 países, que establece prácticas recomendadas (“Recommended Practices”) en planeación y gestión de costos y programación de proyectos, se plantea la necesidad de incluir en los presupuestos el ítem “Contingency cost” y que el autor lo resume como (...) plantea la inclusión de la partida “contingency cost” en el presupuesto total del proyecto, para atender riesgos ordinarios (hechos inciertos que en caso de ocurrir ocasionan sobre costos al proyecto), riesgos derivados de fallas u omisiones en planeación, de afectaciones ordinarias por condiciones ambientales, de ajustes

menores en los diseños, por citar algunos; y no está concebida esa partida para atender eventos de ocurrencia extraordinarios de gran magnitud (caso fortuito, desastres naturales, etc.).”

Desde el Consejo de Estado: “El Consejo de Estado en sentencia 14577 de mayo de 2003, se refiere al porcentaje de imprevistos, explicando la razón de su inclusión en el valor de la propuesta que el contratista presenta a la entidad contratante y que ella acepta:

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.”

Desde los entes de control: “La CGR hasta febrero de 2012, respondiendo a la pregunta “Si es obligatorio o no que por parte de la entidad contratante se exija a los contratistas del Estado, el demostrar la ocurrencia de imprevistos durante la ejecución del contrato para que pueda ser pagado este rubro contemplado en el AIU”; indicaba por ejemplo: “Todas las entidades estatales y los administradores de recursos públicos, tienen la obligación de soportar debidamente la totalidad de los recursos ejecutados que estén a su cargo, sin excepción de porcentaje alguno.” También establecía la CGR en esos primeros conceptos que “[...], si la entidad estatal paga imprevistos sin que estos hayan ocurrido, o paga imprevistos imputables al contratista, configura un detrimento patrimonial que será objeto de acción fiscal por parte de la contraloría competente.” (Betancur Vargas Gustavo., 2014)

De este recorrido que presenta Betancur Vargas es importante resaltar que:

El decreto 2090 de septiembre 13 de 1989, es la única norma Colombiana que relaciona expresamente los imprevistos como parte del valor de los presupuestos de obras, sin mencionar metodología, valores límites o definición expresa de su significado, incidencia o cubrimiento en los presupuestos, sólo lo ubica dentro de los costos a tener en cuenta en la elaboración de los presupuestos de obras para ser cobrados por el profesional de la construcción. (República de Colombia .. , 1989)

Teniendo en cuenta las diferentes definiciones desde la práctica ingenieril generalizada a nivel mundial se tiene que los imprevistos son una partida para cubrir riesgos ordinarios, tales como:

- Fallas humanas o fallas técnicas de un proceso
- Posibles fallas del personal auxiliar
- Inadecuado conocimiento de las condiciones locales en el sitio de la obra
- Deficiencia en planos o especificaciones
- Riesgos derivados de fallas u omisiones en planeación
- De afectaciones ordinarias por condiciones ambientales
- De ajustes menores en los diseños

Otras definiciones sobre imprevistos: “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 área 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”.

Los imprevistos como muestra el Sena (2004), están presentes en la ejecución de cualquier proyecto de obra, que deben estimarse en el proceso de planeación de la propuesta y por ende del presupuesto. Los imprevistos que se deben considerar es el factor climático de la zona del proyecto, pues esto hará que se efectúe en los tiempos estipulados o se retrase, la disponibilidad y la variación de los precios de los recursos, el rendimiento de la mano de obra, las condiciones del sitio de la obra, etc.; en el cual es imposible garantizar que están previstas todas las situaciones internas y externas que afectarán económicamente.

Los recursos que correspondan a los imprevistos “I” del AIU, se utilizan para cubrir riesgos “menores” del contrato que debe asumir el contratista, respecto de los cuales no hay un reconocimiento económico de la entidad contratante. Es decir que esos recursos del “I” son para que el contratista amortigüe la materialización de situaciones imprevistas en el contrato que lo

afectan económicamente pero sin llegar a desequilibrar el contrato económicamente. (Servicio Nacional de Aprendizaje., 2004)

Los recursos por imprevistos en los contratos estatales se incluyen para contar con una herramienta que permita el manejo de las situaciones mencionadas en los conceptos anteriores, la razón principal de su inclusión en el presupuesto es evitar el proceso de reconocimientos económicos o modificaciones contractuales por costos asumidos por el contratista en el desarrollo de actividades donde se presentaron circunstancias no contempladas en los análisis de precios unitarios pero que además no eran previsibles al momento de su elaboración.

Todos estos conceptos que en su mayoría son académicos o desde el ámbito de la ingeniería y la arquitectura, apuntan a afirmar que el porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los contratos de obra es para cubrir los riesgos ordinarios y previsible en condiciones normales, que se tiene la certeza que ocurrirán en el desarrollo del proyecto y que no existe una metodología establecida o reconocida para su cálculo o determinación y que son particulares para cada proyecto; esta concepción de los imprevistos que se ha desarrollado a través del tiempo se puede enmarcar dentro del concepto de riesgos previsibles de que trata el artículo 4 de la ley 1150 y que es ampliado en el documento Conpes 3714, con respecto a esto Márquez Arena en su tesis manifiesta: (El porcentaje de imprevistos de los costos indirectos como forma de estimación de riesgos previsibles en la Contratación Pública.,. (Márquez Arenas, 2016)

“Si se interpreta de forma armónica el concepto que sobre el imprevisto del AIU ha emitido el Consejo de Estado, y lo que se entiende por costo contingente desde las disciplinas de

la ingeniería y la Arquitectura, podría decirse que lo que se estima en los imprevistos, pudiera enmarcarse dentro de los riesgos operacionales a que hace referencia el Documento Conpes 3714 de 2011, el Manual para la identificación de riesgos de Colombia Compra Eficiente” y los riesgos de construcción del Documento Conpes 3107, los cuales definen:

Riesgos Operacionales: Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre estos encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes. (Colombia Compra Eficiente., 2013)

Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato. En general no son riesgos operacionales las especificaciones de materiales o servicios incorrectos, fallas en el embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia en los proveedores, pérdida o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos, entre otros.

Para reducir la incidencia de este tipo de riesgos, es necesario contar durante la etapa de estructuración de los contratos con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan

contar con un adecuado nivel de información sobre las especificaciones de los diferentes objetos contractuales, con el fin de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores de riesgos que inciden sobre el contrato. (CONPES, 2011)

Riesgos de Construcción. Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto. Durante la etapa de preinversión y de estructuración de los proyectos, se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores que inciden sobre el nivel de riesgo del proyecto. Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción. , tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo (En la estructuración se deben precisar las obras a realizar, estimarlas y determinarlas en el tiempo ya sea por indicadores o por determinación puntual de las mismas). Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos previstos por el

contratista, éste asume los costos asociados con este riesgo. Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto. (República de Colombia., 2001)

Imprevisto, significa algo que no se previó, algo que se escapó en la planificación, algo que se consideraba con poca o sin ninguna importancia pero que se presentó, es decir, algo que se podía prever, que existen y se pueden identificar. Éste ha sido el significado de los imprevistos en los contratos de obras, cubren eventos, situaciones que durante la planificación del proyecto y la elaboración del presupuesto se pueden considerar pequeñas pero que dependiendo las circunstancias en la ejecución de la obra se presentan, pero que económicamente a pesar de generar un gasto para el contratista son cubiertos con esta partida y por lo tanto no ocasionan un desequilibrio económico, evitando reclamaciones e indemnizaciones, retrasos por trámites como autorizaciones ya que el contratista cuenta con este respaldo y asume los gastos derivados de la gestión de estos riesgos, sin autorización para su uso y sin tener que justificarlos para su pago, esta es la posición tradicional de la inclusión de la partida para imprevistos en los contratos de obra.

Cuando las situaciones que se presentan en la obra salen de lo que normalmente se puede prever e impactan grandemente la economía del contrato y no sea por causa del contratista, no se estaría frente a un imprevisto sino ante un hecho imprevisibles, que no se pudo haber previsto bajo condiciones normales y la normatividad y la jurisprudencia tienen definido los procedimientos para estos casos, por lo tanto nos concentramos en los imprevistos, en los eventos que se pueden prever y que la normatividad Colombiana nos permite incorporar a los contratos mediante la identificación, valoración y asignaciones de los riesgos de que trata el artículo cuarto de la Ley 1150.

“En resumen, la valoración de los riesgos previsibles dentro del presupuesto se debe hacer en primera instancia por la obligación que tiene el Estado de actuar responsablemente, aplicando el principio de planeación que implica identificar los riesgos previsibles que pueden afectar la realización del proyecto, riesgos que si van a ser asumidos por el contratante deberán estar en una provisión dentro del presupuesto que puede utilizarse o no en la medida en que se presenten o no situaciones no contempladas; y que si los riesgos van estar en cabeza de un tercero, deberán estar incluidos en una partida tanto del presupuesto oficial como de las ofertas (porcentaje de imprevistos o “contingency cost”), partida a la que tiene derecho el tercero por el solo hecho de asumir los riesgos, independientemente de que se presenten o no hechos inciertos ordinarios derivados de riesgos previsibles identificados. (Betancur Vargas Gustavo., 2014)

Ahora bien, si las entidades acatan las directrices de la CGR y se suprime el ítem de imprevistos o se deben justificar y autorizar estos gastos, porque los imprevistos siempre se van a presentar, puede ocurrir que se excedan en trámites ocasionando retrasos en las obras o que

desde la presentación de las ofertas los contratista incluyan costos extras en los precios unitarios de cada ítem, siendo más frecuentes los altos costos en la ejecución de las obras.

Teniendo en cuenta que los interventores son incorporados en el proceso de gestión de los proyectos en la etapa contractual, o sea, cuando se adjudica el contrato de obra e incluso en algunos casos cuando las obras ya se han iniciado, habiendo transcurrido toda la etapa de planificación del proyecto incluida la identificación de los riesgos previsibles y la aceptación por parte del contratista de la distribución de estos riesgos, se enfrenta entonces el interventor a los siguientes escenarios:

Que el ítem de imprevistos se encuentre incluido en el presupuesto de obra contratado y que la entidad contratante no tenga establecido un procedimiento para su reconocimiento y pago.

Que el ítem de imprevistos se encuentre incluido en el presupuesto de obra contratado y que la entidad contratante tenga establecido un procedimiento para su reconocimiento y pago.

Que el ítem de imprevistos no se encuentre incluido en el presupuesto de obra contratado y que la entidad contratante no tenga establecido un procedimiento para reconocer al contratista los gastos de los imprevistos que se puedan presentar.

Que el ítem de imprevistos no se encuentre incluido en el presupuesto de obra contratado y que la entidad contratante si tenga establecido un procedimiento para reconocer al contratista los gastos de los imprevistos que se puedan presentar.

En el segundo y cuarto escenario la labor de la interventoría se ve simplificada ya que se exige al contratista el cumplimiento de sus obligaciones incluido los trámites establecidos por la entidad para la gestión y cobro de sus actas, realizando el interventor el control técnico, administrativo y legales del contrato ciñéndose a los procedimientos de la entidad y la normatividad vigente para cada uno de ellos.

En el primer escenario el interventor se enfrenta ante el hecho de decidir si exige al contratista la justificación o no del uso de los dineros presupuestados en el ítem de imprevistos, aun cuando este procedimiento no esté definido por la entidad contratante.

Y en el último escenario la labor del interventor iría más allá, ya que al presentarse un imprevisto, se debe autorizar las obras necesarias, solicitar justificadamente los recursos a la entidad contratante, definir cómo incorporarlos al contrato, realizar los controles técnicos, administrativos y legales para su ejecución y autorizar el pago. Las figuras jurídicas para la incorporación de estos recursos al presupuesto son los contratos adicionales (otrosí) y los ítems no previstos, siempre y cuando las labores desarrolladas no correspondan a los ítems contemplados en el contrato original.

Ítems no previstos: “Supone que las obras adicionales NO fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de OBRAS NUEVAS, distintas de las contratadas, o de ítems NO previstos, pero que su ejecución en determinadas circunstancias resulta necesaria”. Para su reconocimiento y pago amerita la suscripción de un contrato adicional. (Giraldo Gómez, 2004)

En ambos casos los imprevistos deberán ser tasados, a partir del análisis de precios unitarios de las actividades necesarias para contrarrestar los IMPREVISTOS y medir la cantidad de obra ejecutada, con el fin de conocer si con el valor del rubro estimado en el presupuesto cubre los IMPREVISTOS o es necesario mediante otrosí adicionar el mayor valor causado por estos.

De esta manera se puede disminuir la incertidumbre en el costo, pues es posible comparar con los precios del mercado o incluso los presupuestados desde el inicio del contrato para determinar la validez o no de dichos precios.

En el primer caso AL CARGARLO AL RUBRO DEL CONTRATO SE ESTÁ ATENDIENDO LAS RECOMENDACIONES DE LA CONTRALORÍA Y PROCURADURÍA PUES SE ESTARÍA JUSTIFICANDO EL DESEMBOLSO del valor del IMPREVISTO.

En el segundo caso, la justificación de un mayor valor para incluir al contrato debe ser muy rigurosa partiendo del hecho que el rubro IMPREVISTOS fue insuficiente para costear las actividades adicionales realizadas por el contratista y conlleva toda la responsabilidad de autorizar incrementos al monto inicial del contrato.

Los controles técnicos, administrativos y legales en la ejecución y pago de estos recursos, ya sea que paguen por el ítem de Imprevistos o como obras adicionales serían:

- Análisis de precios unitarios de las actividades adicionales

- Controles técnicos de las actividades adicionales durante su ejecución
- Medición de las cantidades de obra ejecutadas.
- Facturas de los materiales requeridos para estas actividades.
- Acta de recibo de estas cantidades.
- Acta de balance del rubro frente a los costos en que se incurrió

Y para el caso de la inclusión mediante otrosí de mayor valor, la ampliación de las garantías, la facturación y proceso de pago.

Sin embargo para el primer caso cuando se ejecuta el rubro de IMPREVISTO; es necesario llevar el control, autorizando pagos de imprevistos en las actas parciales si y sólo si se han causado y justificado durante ese periodo, de ésta manera si no se ejecutan todos los recursos de imprevistos al liquidar el contrato se debe actualizar las pólizas por el menor valor ejecutado en el contrato.

4.6 Implicaciones legales de la interventoría en caso de autorizar el pago del valor de imprevistos sin justificación de su inversión.

En éste capítulo se expondrán las faltas en los que presuntamente incurre un interventor de un contrato donde la Contraloría considere existe detrimento patrimonial por el pago de imprevistos sin que estos hayan ocurrido o paga imprevistos imputables al contratista, revisando además las posibles sanciones, multas y penas a las que estaría expuesto.

Según los conceptos de la CGR, si la entidad estatal paga imprevistos sin que estos hayan ocurrido, o paga imprevistos imputables al contratista, configura un detrimento patrimonial que será objeto de acción fiscal por parte de la contraloría competente.

El artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, amplía el concepto de función pública, no sólo al ejercicio de los funcionarios públicos sino también a los particulares que por disposición legal realicen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado y de igual manera, incluye a los particulares que administran recursos públicos.

En este sentido al ser la interventoría uno de los instrumentos para el ejercicio de los poderes de dirección y control de que es titular la Administración Pública, para la recta ejecución del contrato, se afirma entonces, que el interventor desempeña una función pública, la misma de que es titular la entidad contratante. Por lo tanto el interventor que autorice el pago de imprevistos sin que hayan ocurrido o imprevistos imputables al contratista, es responsable de detrimento patrimonial y será objeto de acción fiscal al igual que la entidad contratante, según el concepto de la CGR.

Detrimento Patrimonial o daño patrimonial al estado: la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el

objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. (Congreso De Colombia., 2000)

Responsabilidad Fiscal. Según el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría profiere un fallo con responsabilidad fiscal, cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación y como consecuencia se establecerá la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

Derivado del fallo con responsabilidad fiscal, la Contraloría está obligada a realizar traslado del proceso a la Procuraduría para establecer responsabilidad disciplinaria y a la Fiscalía para establecer responsabilidad penal.

Además el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 enuncia “Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o

perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría”. (Congreso de Colombia., 2011)

Responsabilidad Disciplinaria. Las faltas disciplinarias en materia de contratación estatal, el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002 señala como falta disciplinaria gravísima: “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función del cargo o abusando del mismo”. (Congreso de Colombia., 2002)

Así las cosas, se encuentra que dentro del artículo en mención, se pueden incluir como actuaciones típicas disciplinarias, la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución; así como también, cuando en la etapa precontractual o en la actividad contractual, se realicen conductas que causen detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley.

Además el Artículo 53 de la Ley 734 de 2002 define como sujetos disciplinables o sea que se le aplica el Código Único Disciplinario a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Las sanciones principales por falta gravísima a que se hace acreedor un particular destinatario de la ley disciplinaria se describe en el Artículo 56 del CUI y es:

Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con éste de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Responsabilidad penal. El artículo 56 de la Ley 80 de 1993. - “De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.” (Ley 80 de 1993)

Si se tiene un fallo con responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría, el interventor estaría expuesto a que se le procese según la Ley 599 código penal colombiano y se le imputen cargos establecidos en el título XV -Delitos contra la Administración Pública, artículo 397, “Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15)

años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (Congreso de Colombia., 2000)

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

A manera de ilustración se enuncian hallazgos de Contralorías productos de auditorías realizadas a entidades públicas:

Caso 1.

Entidad auditada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS
PÚBLICOS- UAESP

Clase de auditoría: Auditoría de regularidad vigencia 2014

Realizada por: Contraloría de Bogotá en 2015

Hallazgo: administrativo con incidencia fiscal y presunta disciplinaria por \$274.883.967 por pago de imprevistos de obra sin justificación.

Normas infringidas: Este comportamiento estaría en contradicción con lo establecido en la Ley 1150 de 2007: “Artículo 4° DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES, Ley 734 de 2012 “Artículo 2.1.1 Estudios y documentos previos, “Artículo 2.1.2 determinación de los riesgos previsibles.

Jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado Sentencia No.17001-23-31-000-1996-05018-01 (20344), del 8 febrero de 2012.

Conceptos No.EE41360 de 2009, EE4611 de febrero 1 de 2010, EE10820 de febrero 24 de 2010, EE85262 de diciembre 22 de 2010 y EE75841 de 2011, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Presuntas causas. Se atribuye la causa del pago de los imprevistos al desconocimiento de la norma y al no haber previsto desde el inicio del contrato (adición No.2 y No. 3) la determinación de los riesgos previsibles, además se percibe debilidad en la labor de interventoría, contraviniendo lo normado en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 1474 de julio 12 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Presunto delito: un posible detrimento al patrimonio público en cuantía de \$274.883.967, en la medida en que la administración no documentó y soportó los imprevistos, al no tener sustento fáctico, contraviniendo lo establecido en las Leyes 42 y 80 de 1993, los artículos 6 y 7 de la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011. (Contraloría de Bogotá., 2015)

Caso 2.

Entidad: Alcaldía de Natagaima

Clase: Auditoría Modalidad Especial vigencia 2014

Realizada por: Contraloría Departamental del Tolima en 2015

Hallazgo: Administrativo con incidencia fiscal

Normas infringidas: Concepto de la CGR N° EE11203 del 24 de febrero de 2012

Presuntas causas: La deficiencia anotada tiene origen en la falta de conocimiento de los funcionarios que intervienen en la celebración del contrato, así como en la indefinición de estos requisitos en el manual de contratación, debido a que este documento se encuentra desactualizado

Presuntos delitos: daño al patrimonio público (Auditoría contraloría de Tolima, 2015)

Caso 3.

Entidad: Corporación Autónoma de Chivor “CORPOCHIVOR”

Clase: Auditoría Regular vigencia 2011

Realizada por: Contraloría General de la República 2012

Hallazgo: administrativo se valida con presunta incidencia fiscal en cuantía de \$1.82 millones y disciplinaria.

Normas infringidas: La Ley 610 de 2000, Artículo 3 y Concepto 2010EE4611 del 1 de febrero de 2010 de La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República

Presuntas causas: Se evidencian deficiencias en las labores de supervisión e interventoría, al aprobar actas parciales y finales en las cuales se liquidaron imprevistos que posteriormente fueron cancelados al contratista, sin que éstos se encontrarán plenamente justificados, razón por

la cual es procedente dar traslado a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Presuntos delitos: presunto detrimento patrimonial al estado en la cuantía correspondiente al valor de los imprevistos cancelados y no justificados, por el cual deberán responder cada una de las partes intervinientes proporcionalmente al monto de los aportes. (Contraloría General de la república., 2011)

Caso 4

Entidad: Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”

Clase: Auditoría Gubernamental, con enfoque integral, Modalidad Regular, vigencia 2015

Realizada por: Contraloría Departamental del Valle del Cauca, 2016

Hallazgo: Administrativo y Disciplinario

Normas infringidas: Artículo 27, artículo 34, artículo 48 numeral 31 y 34 de la Ley 734 de 2002. Artículo 5 y 10 literales c, f, Artículo 83 ° de la Ley 1474 de 2011, manual de interventoría y supervisión

Presuntas causas: deficiencia en el seguimiento oportuno por parte de la supervisión del contrato para evitar errores y desaciertos contractuales evidenciados por valores y desconocimiento de la norma contractual en la entrega de algún resultado como es el informe supervisión

Presuntos delitos: presunto sobrecosto por \$931.471,00 al erario de la entidad al momento del pago

En esta pequeña muestra de resultados de auditorías realizadas por diferentes niveles de la contraloría en varias entidades del estado, se evidencia claramente la relación entre los presuntos delitos en que se incurren por el pago de imprevistos sin justificación y la labor de la interventoría, convirtiéndose en una situación de alto riesgo legal para quienes ejercen esta labor. (Contraloría Departamental., 2015)

5. Conclusiones

Teniendo en cuenta que los imprevistos son una cantidad estimativa de los riesgos ordinarios o normales en los que incurre el contratista con el desarrollo de la obra, se hace necesario revisar el desarrollo del concepto de “riesgo” en la legislación Colombiana, ya que si bien no existe una metodología definida para el cálculo o determinación del porcentaje de imprevistos en el AIU, si existe un desarrollo conceptual y legislativo de la manera de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles en la contratación pública.

La etapa precontractual, es decir, la que antecede cualquier contratación, determina, en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección, ejecución y liquidación de los contratos y busca garantizar que el proceso no sea producto de la improvisación; esta etapa previa exige el esfuerzo coordinado de las áreas administrativas y misionales del contratante, con el fin de establecer con precisión qué se va a contratar, en qué modalidad, qué riesgos asume la entidad en la contratación, cómo se pueden aminorar estos riesgos y demás aspectos que permitan que se satisfaga al mejor precio, en el menor tiempo posible y con la más alta calidad, las necesidades establecidas.

A pesar de existir en nuestro país una gran cantidad de normatividad en el tema de contratación, existe un vacío jurídico con relación a la determinación, ejecución y pago del porcentaje de imprevistos incluidos en el AIU de los presupuestos de obra, permitiendo que las entidades públicas en los diferentes niveles del estado, los contratistas, los organismos de control y la rama judicial lo interpreten de manera diferente y contradictoria, lo que se ha convertido en

un “riesgo” para la labor del interventor quien como colaborador especializado de las entidades públicas es el garante de la buena ejecución de los contratos.

La CGR a partir del año 2009 ha abierto la polémica sobre la ejecución y pago de los imprevistos, argumentando inicialmente la evasión de impuestos (IVA), luego afirma que todos los ítems del presupuesto tienen una destinación específica incluido los imprevistos y por lo tanto no se pueden pagar al contratista sin la debida acreditación de su uso para cubrir imprevistos menores. Al revisar los hallazgos en las auditorías realizadas por las Contralorías territoriales lo tipifican como detrimento patrimonial y sobrecostos, dos delitos por los que el interventor debe responder solidariamente con la entidad estatal y el contratista.

La concepción ingenieril no solo en Colombia sino a nivel mundial de los imprevistos o contingency cost, como recursos para atender riesgos ordinarios (hechos inciertos que en caso de ocurrir ocasionan sobrecostos al proyecto) y que el contratista asume y gestiona durante la ejecución del contrato, que no amerita justificación para su pago y al cual tiene derecho el contratista por el solo hecho de asumir la parte que le corresponde de los riesgos en la ejecución del contrato y que de hecho lo considera una práctica de planificación puesto que los imprevistos siempre ocurren y hay que apropiarse recursos para su atención.

El Consejo de Estado en sus jurisprudencias no ha profundizado en el tema y solo tiene en cuenta el porcentaje de imprevistos cuando debe definir si existe o no un desequilibrio financiero en el contrato, evaluando si la gestión de los hechos que generan el desequilibrio pudieron ser asumidos por el porcentaje de imprevistos, argumentado que estos recursos son para cubrir los

riesgos que el contratista asume durante la ejecución del contrato, que existe cierta libertad para su uso y no conceptúa sobre su justificación o no. Como los procesos que adelanta la contraloría que involucra el pago sin justificar de los imprevistos son recientes, aún no se tienen conceptos concretos del Consejo de Estado.

Por otro lado las entidades del estado en sus diferentes niveles han tomado posiciones diferentes, tratando de interpretar los conceptos de la CGR que es quien realiza control fiscal inmediato a sus actuaciones, algunas con planteamientos claros y reglamentados, otras con poca gestión en el tema, dejando en manos de sus interventores la decisión de cómo realizar el procedimiento de la autorización, ejecución, justificación y pago de los imprevistos.

Desafortunadamente las diferencias jurídicas sobre el tema, afectan no solo al contratista sino al contratante, lo ideal es que las entidades igualen conceptos respetando las reglas propias e inherentes de un contrato ya que las partes implicadas no deben estar expuestas al vaivén de las posiciones jurídicas sobre todo tratándose de temas que involucran dineros públicos, pues los unos y los otros pueden terminar respondiendo con su patrimonio personal y con su libertad.

6. Recomendaciones

En los términos de la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Anticorrupción, las Entidades Estatales, los servidores públicos, contratistas e interventores que intervienen en la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal son responsables por sus actuaciones y omisiones y en consecuencia responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones, con el fin de evitar en situaciones anteriormente descritas se recomienda que:

El proceso de contratación, para seleccionar al interventor debe iniciarse al mismo tiempo con el proceso de contratación que tiene por objeto el contrato que va a ser vigilado, con el fin de que los dos contratos empiecen al mismo tiempo y el seguimiento se realice desde el momento en que empieza el plazo del contrato vigilado, especialmente para contratos de obra.

Todos los actores y responsables del proceso contractual deben determinar los riesgos propios de la ejecución del proyecto, con el fin de establecer condiciones y reglas claras para excluir dichas circunstancias para reducir la posibilidad de alegar desequilibrio económico del contrato y por lo tanto consecuencias económicas litigiosas.

Se hace imprescindible establecer lineamiento básicos con el fin de fortalecer los procesos de planeación permitiendo la estimación, tipificación y asignación de los “riesgos previsibles” que son la base sobre la cual se estima el porcentaje de imprevistos en el A.I.U de los contratos y los que pueden alterar el equilibrio económico de los mismos.

Referencias

- Arboleda López, S. A. (2007). *Presupuesto y programación de obras civiles*. Medellín: ITM.
- Arboleda Perdomo, E. J. (2009). *Expediente 1952. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Referencia: El contrato de concesión de servicio público*. La Amigable Composición.
- Betancur Vargas Gustavo. (2014). *Porcentaje de imprevistos del aju – administración, imprevistos y utilidad, en los contratos de obra*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de <http://www.cciantioquia.com/contratacion-y-contratos-antioquia/deca-logo-de-buenas-pra-cticas-3.html>
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. M-ICR-01*. .
- Colombia., C. d. (2002). *Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá, D. C.,.
- Congreso de Colombia. (1993). *la Ley 80 de 1993*.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599. Código Penal Colombiano*. Santa Fe de Bogotá, D. C.: Publicada en el Diario Oficial 44097.
- Congreso De Colombia. (2000). *Ley 610. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Santa Fe de Bogotá, D. C: Publicada en el diario oficial 44133.
- Congreso de Colombia. (2002). *Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá, D. C.

Congreso de Colombia. (2011). *Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá, D. C.

CONPES. (2011). *3714 Del riesgo previsible en el marco de política de la contratación pública*. Departamento Nacional de Planeación.

Contraloría de Bogotá. (2015). *Informe de Auditoría de Regularidad Código 228 Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos- UAESP Período Auditado* . Bogotá, D.C,

Contraloría Departamental. (2015). *Informe Final de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Regular Hospital Universitario Del Valle “EVARISTO GARCÍA” E.S.E. VIGENCIA AUDITADA*. Valle del Cauca Cali.

Contraloría General de la República. (20 de agosto de 2016). *Concepto 80112-EE75841 29 de Septiembre de 2011*,. Recuperado el 20 de abril de 2017, de <http://www.tesouro.com.co/LIQUIDACION/CGR%20AIU%202011.pdf>

Contraloría General de la República, .. (24 de febrero de 2012). *Concepto 80112-EE11203 del 24 de febrero de 2012*,. Recuperado el 20 de abril de 2017, de http://www.notinet.com.co/pedidos/cgr_11203_12.pdf

Contraloría General de la República. (2011). *Concepto 80112-EE75841 29 de Septiembre de 2011*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de <http://www.tesouro.com.co/LIQUIDACION/CGR%20AIU%202011.pdf>

Contraloría General de la república. (2011). *Informe de Auditoría Corporación Autónoma Regional de CHIVOR Corpochivor*-. CGR-CDMA-.

Contraloría General de la República. (25 de octubre de 2012). *Concepto 2012EE0071253 del 25 de octubre de 2012*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de :
<http://www.contraloriagen.gov.co/web/sinor/conceptos>

Contraloriands. (09 de diciembre de 2013). *Función de advertencia sobre el factor de imprevistos del A.I.U.* Recuperado el 20 de abril de 2017, de
<http://www.contraloriands.gov.co/>

DIAN. (2002). *Concepto Unificado del Impuesto sobre las Ventas No 003* .

Duque, R. H. (2003.). *Sentencia 4028(14577)* .

Giraldo Gómez, M. E. (2004). *Radicación: 07001-23-31-000-1997-00132-01(14292).- obras ejecutadas en consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera,*
Bogotá, D. C.

Hoyos Duque, R. (2003). *Sentencia del Consejo de Estado 14577*.

Hoyos Duque, R. (s.f.). *Sentencia 4028(14577) del 03/05/29. Sociedad Pavimentos Colombia Ltda.* Instituto Nacional De Vías.

jbarrier. (s.f.). *Los contratos llave en mano*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de
<http://www.monografias.com/trabajos11/conllav/conllav.shtml#ixzz4O2toCFqp>

Márquez Arenas, M. R. (2016). *Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Área Curricular de Derecho, Maestría en Derecho – Profundización en Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombi.

Metodelainv. (2016). *Tipo de investigación*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de
<http://metodelainv.blogspot.es/>

Palacio, R. S. (2011). *Sentencia No. interno 20.811* .

- Patiño Ortiz, G. (2007). *Planteamiento de un presupuesto de construcción*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la Lengua Española*.
- República de Colombia. (2011). *Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*.
- República de Colombia, .. (1989). *Decreto 2090 de 1989. "Por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura"*.
- República de Colombia. (2001). *Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3107. Política de manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*.
- Rojas López, David., & Bohórquez Patiño, Natalia. (2010). *Aproximación metodológica para el cálculo del AIU*. *Dyna*; Vol. 77, núm. 162 (2010); 293-302 *DYNA*; Vol. 77, núm. 162 (); 293-302 2346-2183 0012-7353. . Medellín.
- Sánchez, J. A. (2012). *Tesis Asignación De Riesgos Previsibles Y Extensión De La Responsabilidad Del Contratista En El Contrato De Obra Pública*, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales . Bogotá D.C., Colombia.
- Secretariassenado. (2007). *Ley 1150 de 2007 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Servicio Nacional de Aprendizaje. (2004). *Cartilla concepto AIU en la construcción de edificaciones*. *sena centro nacional de la construcción Medellín*. R. Recuperado el 20 de

abril de 2017, de

http://www.academia.edu/14196731/cartilla_concepto_aiu_en_la_construcci%3%93n_d_e_edificaciones_sena_centro_nacional_de_la_construcci%3%93n_medell%c3%8dn_20

04