

LOS IMPREVISTOS PACTADOS EN EL A.I.U. Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU USO POR EL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE OBRA

“Agreed on contingency A.I.U. and rationale for use by the contractor in construction contracts”

Para referencias: BARRERA CORONADO, Betsy Johana y JIMÉNEZ BERNAL Camilo Ernesto (2012) “LOS IMPREVISTOS PACTADOS EN EL A.I.U. Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU USO POR EL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE OBRA”, En Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.

Betsy Johana Barrera Coronado*
Camilo Ernesto Jiménez Bernal **

Fecha de Recepción: 17-08-2012
Fecha de Aprobación: 28-10-2012

RESUMEN***

Este artículo analiza dos posturas jurídicas frente al tema de la obligación del contratista en los contratos de obra pública, de justificar el valor de imprevistos cuando éstos se han pactado en el AIU. Las posturas jurídicas enfrentadas son las referidas por el Consejo de Estado en sentencia 14.577 del 29 de mayo de 2003 y por otra parte, los conceptos jurídicos de la Contraloría General de la República.

Por último se hace un análisis de importancia interpretativa entre la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los conceptos que emiten las autoridades de consultas presentadas por la ciudadanía en desarrollo del derecho de petición.

PALABRAS CLAVE

Equilibrio económico del contrato, teoría de la imprevisión, A.I.U. jurisprudencia, concepto jurídico.

* *Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Especialista en Derecho al Trabajo de la Universidad Nacional y Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás de Tunja. **AE***

** *Abogado de la Universidad de Boyacá, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia y Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás de Tunja. **AE***

*** *Artículo de investigación jurídica, resultado del análisis comparativo de dos posturas jurídicas. De la línea de investigación de Derecho Público y Responsabilidad del Estado del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.*

Método: el método que se va a utilizar es el analítico-descriptivo teniendo como base el método hermenéutico-jurídico.

ABSTRACT

This article discusses two legal positions with regard to the subject of the obligation of the contractor in the public works contracts, to justify the value of contingency when these have been agreed in the AIU. Legal positions are opposing the referred by the Council of State in judgment 14,577 of the May 29 2003 and on the other hand, the legal concepts of the Comptroller General of the Republic.

Finally, there is an analysis of interpretative significance between the decisions of the Council of State with respect to the concepts that emit the authorities of queries submitted by the public in development of the right of petition.

KEY WORDS

Economic balance of the contract, theory of improvidence, A.I.U, jurisprudence, legal concept.

RÉSUMÉ

Cet article analyse deux positions juridiques concernant le sujet de l'obligation de l'entrepreneur dans les marchés de travaux publics, pour justifier la valeur de la contingence quand ils ont décidé de l'AIU. Les positions juridiques contradictoires sont désignées par le Conseil d'Etat le 14 577 arrêt du 29 mai 2003 et, d'autre part, les concepts juridiques du Contrôleur général de la République.

Enfin, il y a une analyse de la signification d'interprétation entre la jurisprudence du Conseil d'Etat contre les notions de consultation des autorités émission présentée par le développement de citoyen le droit de pétition.

MOTS-CLÉS

L'équilibre économique de la théorie des contrats d'imprévisibilité, A.I.U, la jurisprudence, concept juridique.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Generalidades. 3. Del equilibrio económico del contrato. 4. De la teoría de la imprevisión. 5. Postura del consejo de estado frente al imprevisto pactado en el A.I.U. 6. Postura de la contraloría general de la república frente al imprevisto pactado dentro del A.I.U. 7. Preponderancia de los conceptos anteriores. 8. El Contratista frente a los Imprevistos. 9. Conclusiones. 10. Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación se cimenta en dos posturas jurídicas frente al concepto de imprevistos cuando se pactan dentro del A.I.U. en los contratos de obra; de un lado del Consejo de Estado y de otro la de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

En primera medida, es oportuno señalar que en el marco de la Constitución Política Colombiana – estructura general, en un mismo nivel jerárquico se encuentra la Rama Judicial y los organismos de control, pero cuyas funciones son diferentes, precisamente para el debido funcionamiento del Estado.

Indica el artículo 228 de la Constitución Política que la administración de justicia es una función pública siendo sus decisiones independientes, y en el artículo 230 *ibídem*, señala que los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Sobre sus autoridades en materia contencioso administrativo, el Consejo de Estado es el máximo tribunal.

La Contraloría General de la República es un organismo de control, que ejerce el control fiscal, como función pública, entendida ésta como la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación. Este ente de control cuenta con una Oficina Jurídica, que cumple funciones de dependencia asesora, y sus *conceptos*, tienen el

carácter que les atribuye el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, esto es, carecen de fuerza vinculante. En este entendido, los conceptos de la oficina jurídica no son obligatorios, y pueden ser tomados como lineamientos de interpretación o doctrina en vacíos sobre la materia.

Ahora, sobre el tema de imprevistos y A.I.U., y la justificación de inversión por el contratista, no existe regulación normativa al respecto, y al remitirnos a las fuentes de interpretación, esto es, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido laxa en el tema y no ha profundizado teóricamente; por otra parte, los conceptos de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República aunque ahondaron en el asunto, y se ha convertido en doctrina al interior de esa entidad, no tienen fuerza vinculante.

2. GENERALIDADES

El Estado Colombiano por disposición constitucional tiene dentro de sus obligaciones dar cumplimiento a los fines esenciales que le han sido encomendados y para ello las entidades estatales pueden a través de contratos estatales, que cuentan con su propia regulación normativa, suscribirlos con particulares que satisfagan dichas necesidades y que las mismas representen un bien social general.

Ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 31 de marzo de 2011, a propósito del contrato estatal, que conforme a su naturaleza jurídica, éste es el que celebren todas las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen directamente por el Estatuto General de la Contratación pública y/o por regímenes especiales.

El contrato Estatal establecido en los términos anteriores, como lo señala el autor Jorge Dussán Hitscherich (2005), a propósito de su interpretación se debe sujetar a las siguientes reglas:

- a. En todo momento debe tenerse en cuenta el interés general que es propio de la actividad administrativa y que, además, es causa o motivo de la misma. Para el efecto, debe recordarse que la finalidad del contrato es el cumplimiento de los fines estatales, asegurar la continua eficiente prestación de los servicios públicos y garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.
- b. Sobre esta base se seguirán los criterios expuestos en el Código Civil, artículos 1618 y siguientes, excepto en lo previsto en el artículo 1624, pues a pesar de que el contrato administrativo es redactado por la entidad contratante y para algunos es un contrato de adhesión, en el que el contratista no puede discutir los términos del mismo ya que se encuentran fijados con anterioridad en el pliego de condiciones, las cláusulas ambiguas no pueden interpretarse en contra de la Administración porque podría verse afectado el interés general.
- c. En todos los casos debe repararse la ecuación económica del contrato, tomando en consideración las ventajas técnicas y financieras que se le otorgaron al contratista.

En efecto, las condiciones del contrato estatal no son el resultado de un acuerdo entre las partes respecto de cada una de sus cláusulas; sino que por el contrario, son establecidas previamente por la administración por cuestiones de interés general; pero dicho imperio, no debe

desmejorar las condiciones negociables del contratista, por lo que se convierte en una exigencia que se mantengan las condiciones del equilibrio económico del contrato.

Ello se convierte en el medio de permitir la debida contraprestación de un servicio o labor, en la medida que por la misma naturaleza conmutativa del contrato estatal, es de esperar que el contratista obtenga una utilidad, y precisamente cuando las condiciones del contrato varían, debe la administración restablecerlas.

3. DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Precisamente para evitar ocasionar una desmejora económica del contratista, y que éste obtenga una utilidad razonable, es que se ha establecido el mantenimiento del equilibrio económico dentro de los contratos estatales. Dicho concepto, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en fallo de 14 de abril de 2002, sólo es aplicable dentro del Estatuto General de Contratación, y de su concepto, se indicó que “...busca proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista, el recibo del beneficio pactado.”

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

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

En el derecho colombiano hay ciertas instituciones que facilitan al deudor la posibilidad de pedir a los jueces algún

alivio cuando ocurre un hecho especial imprevisto que dificulta cumplir el contrato; o, especialmente, cuando la obligación a su cargo se ha hecho muy onerosa o difiere sustancialmente de las previsiones iniciales.

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

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

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

...

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

...

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

...

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

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

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

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

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

“...Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes cocontratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato. Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del *ius variandi*) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio. ...”

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

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

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

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

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

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

4. DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La Teoría de la Imprevisión, como se indicó, hace parte del alcance de la figura jurídica del equilibrio económico del contrato. En efecto, tiene directa relación ya que constituye una forma de desequilibrio de las condiciones del contrato, con la connotación que proviene de causas externas y ajenas

no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas.

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

“a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. c) Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad. Y en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio. Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento

anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido. Dicho en otras palabras, sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios. Según Rivero: “A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual.”; para Bercaitz el contratista afectado tiene derecho a reclamar “sólo un aumento de su contraprestación” y, para Jeze, “La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración. Nota de Relatoría: Ver Exp. 14577 del 29 de mayo de 2003”

El mencionado documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, trajo a colación lo que el Consejo de Estado

analizó sobre Riesgo Imprevisible o Teoría de la Imprevisión, entendida como se expresa en el Concepto del 13 de agosto de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la que:

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

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

Resulta en consecuencia oportuno concluir que la imprevisión, es ajena a todo riesgo previsible que las partes pactan a fin de tratar de mantener incólume las condiciones económicas del contrato inicial. Sobre el tema de la Teoría de la Imprevisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado en expediente del 9 de mayo de 1996 ha profundizado ampliamente, pero adicional de lo señalado con anterioridad, una pregunta obligada

resulta ser, ¿qué obligaciones surgen para las entidades contratistas, cuando este evento se presenta? Este cuerpo colegiado da la respuesta en los siguientes términos.

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

...

Así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el sub judice, por cuanto que trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieren en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista.

Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador

del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales. En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resaltaba cómo en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general, "... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. En este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato".

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

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

Ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2011 que en aplicación de la teoría de la imprevisión, ninguno de los anteriores sucesos impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón al hecho imprevisible. Resulta obligado cuestionar entonces, ¿en qué momento de la imprevisibilidad, la administración debe compensar al contratista?

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

momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”.

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

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

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

5. POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE AL IMPREVISTO PACTADO EN EL A.I.U.

Debe en consecuencia abordarse el tema del concepto de A.I.U., (Administración, Imprevistos y Utilidad) utilizado usualmente en la contratación estatal, y donde se pacta

un valor por el concepto de imprevistos, el cual se paga al contratista, cáusese o no; el que obedece al acuerdo de las partes, y por costumbre contractual, más no porque exista una norma que así lo señale.

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

“1. A.I.U. en la Contratación Pública

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

“El A.I.U. es una estipulación que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es de aclarar que no conocemos ordenamiento legal que lo regule.

Tiene su fundamento en la naturaleza de las obligaciones que se derivan de la celebración y ejecución de los contratos, en razón a los elementos con los cuales deben contar los contratistas para efectos del cumplimiento del objeto contractual.

El A.I.U. se refiere a los costos de administración requeridos para la

ejecución del contrato, en donde A, significa administración, I, imprevistos y U, utilidad. Los imprevistos dependen de la naturaleza de cada contrato y constituyen el 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.

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”.

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

“la inclusión del A.I.U. en los procesos de contratación no obedece al cumplimiento de una disposición legal, corresponde mas bien a la necesidad de discriminar en el total del costo de la obra, el de los costos directos e indirectos, principalmente con fines de evaluación de las propuestas, verificación de su ejecución y resolver

posibles discusiones que surjan en torno, por ejemplo, del equilibrio contractual y las indemnizaciones. El A.I.U. forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato.

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

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

En este sentido, lo ha interpretado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2003 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, al establecer que:

“Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa **manera ‘como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura’**, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrato. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... **El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y**

ahí radica justamente el aleas 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, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. **Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella”.**

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

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

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

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

Se reafirma que no existe normatividad alguna que imponga la utilización del A.I.U. en la contratación estatal, por lo que obligatoriamente debemos concluir que esa actividad se ha convertido en *costumbre*, y que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente. Ahora, como bien lo ha indicado esta alta corporación, el A.I.U. corresponde a los costos indirectos, entendidos como los no relacionados directamente con la ejecución del contrato y que se constituyen en una garantía del riesgo y ventura que asume el contratista, al no poder ser indemnizado por estas eventualidades, pues no hay daño atribuible a ninguna de las partes.

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

5.1 FORMA DE ACUERDO DE PAGO DEL CONTRATO DE OBRA

El contrato de obra, se encuentra definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “Son contrato de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción,

mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, y que en razón de su misma naturaleza, hay dos modalidades importantes de pago que son: a precio global o a precios unitarios, los que entraremos a analizar.

Los precios de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como pago una suma fija globalizada, siendo el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de los subcontratos y de la obtención de materiales; mientras que en el contrato de precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulte de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato.

Señala el Consejo de Estado en sentencia del 31 de agosto de 2011 que diferenciar sobre precios unitarios y precio global en el contrato de obra es fundamental, en la medida que:

“..., como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios,

toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales”.

Lo anterior es importante resaltar en la medida que el A.I.U., hace parte de los costos indirectos; y dentro de estos al analizar el I (imprevistos), en la costumbre contractual se les ha dado un valor anticipado a la ejecución del contrato, el cual hace parte de su valor total. Resulta entonces necesario cuestionar, si la jurisprudencia del Consejo del Estado, al analizar la teoría de la imprevisión, estudió esta circunstancia en particular; es decir, la obligación de justificar el uso del imprevisto, cuando anticipadamente se ha calculado dentro de los costos indirectos del contrato, se ha pagado, y se ha liquidado el contrato.

Una vez hecha la disertación correspondiente, el cuestionamiento se encamina a si los imprevistos deben ser puestos en conocimiento de la administración durante la ejecución del contrato o al momento de la liquidación para que sea resarcido el contratista en un punto de no pérdida; diferente a una indemnización del daño.

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

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

Así también vale la pena señalar, que en los contratos de obra dentro del precio pactado se suele incluir un porcentaje a costos indirectos bajo el nombre de imprevistos, pero ello es solo para los eventos en que se concretan aleas normales u ordinarias que afectan la ejecución de los contratos y que son tasados en un valor determinado pero que no se cobijan allí los que tienen el carácter de extraordinarios o anormales, que de alguna manera desbordan lo calculado por este concepto y de contera impactan el equilibrio económico del contrato y por tanto deben ser reconocidos por la entidad. ...

Sobre este tema, debe advertirse que de acuerdo con algunos doctrinantes, el resultado de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es precisamente colocar al contratista en un punto de cero pérdidas, cero ganancias, y que en alguna ocasión la jurisprudencia de esta corporación permitió que se llevara al contratista a una situación que cubriera las expectativas del lucro que tenía al momento de celebración del contrato, es decir no solo se reajustan las

pérdidas, sino que además conceder la utilidad esperada, este criterio fue abandonado y se retornó a la idea primaria de reconocer los mayores gastos o costos pero no las utilidades dejadas de percibir.

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

6. POSTURA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA FRENTE AL IMPREVISTO PACTADO DENTRO DEL A.I.U.

Ha señalado la Contraloría General de la República sobre el tema que el anterior concepto del Consejo de Estado se ve representado en los gastos y utilidades que adquiere el contratista. A raíz de lo anterior, es que el máximo ente de control fiscal en Colombia, y a propósito de su labor posterior y selectiva de control de los recursos públicos en la contratación estatal, ha producido a través de su Oficina Jurídica, conceptos en dicha materia.

En efecto, el concepto No. 2010EE4611 la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República de fecha 11 de febrero de 2010 señaló:

2.1.2 PAGO DE IMPREVISTOS

El pacto de una cláusula que destine un porcentaje del valor del contrato estatal

a cubrir el costo de los imprevistos que puedan ocurrir durante su ejecución, no puede llevar a la conclusión de que si durante la fecha de ejecución no ocurren imprevistos, el porcentaje que se destinó para este concepto se convierte automáticamente en parte de la “utilidad” de contratista, porque en conclusión en este sentido permitiría:

(1) 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”

(2) 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”.

Así las cosas, la previsión e inclusión del porcentaje del valor del contrato para cubrir “imprevistos menores” que puedan surgir durante la ejecución del mismo, 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, cuando sin que ocurran “imprevistos” durante la ejecución del contrato, se apropian de este porcentaje, convirtiéndoles en parte de su utilidad.

Por lo anterior, las entidades que administran recursos públicos solo pueden pagar los imprevistos que el contratista acredite porque la

designación de esta previsión es específica y no puede convertirse en parte de la utilidad del contratista.

En este orden, así como 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”.

“Mediante los 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, respecto del pacto y pago de imprevistos en los contratos estatales, ha concluido: “El pacto de una cláusula que destine un porcentaje del valor del contrato estatal a cubrir el costo de los imprevistos que puedan ocurrir durante su ejecución, no puede llevar a la conclusión de que si durante dicha ejecución no ocurren imprevistos, el porcentaje que se destinó para este concepto se convierte automáticamente en parte de la “utilidad” del contratista, porque una conclusión en este sentido permitiría:

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

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

Así las cosas, la previsión e inclusión de un porcentaje del valor del contrato para cubrir “imprevistos menores” que puedan surgir durante la ejecución del mismo, 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, cuando sin que ocurran “imprevistos” durante la ejecución del contrato, se apropian de este porcentaje, convirtiéndolos en realidad en parte de su “utilidad”. **Por lo anterior, 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.** En este orden, así como 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”.

“La figura del A.I.U. utilizada en los contratos de obra, servicios de aseo y vigilancia, fue creada para determinar la base gravable del impuesto a las ventas (I.V.A.) en determinados

contratos. Las únicas normas que regulan el A.I.U son la Ley 788 de 2002 y los Decretos 1372 de 1992 y 522 de 2003 -todas normas tributarias-. Jurisprudencialmente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número 66001-23-31-000-1995- 03254-02(15963), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, de mayo 21 de 2008, ha definido los componentes del AIU en el siguiente sentido: “(...) En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) **los imprevistos, que es el porcentaje “destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presentan durante la ejecución del contrato (I)** y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U)”.

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. En este orden, el establecimiento de un porcentaje sobre el valor total del contrato, destinado a cubrir costos administrativos e imprevistos, debe estar debidamente justificado y puede ser objeto de auditoría y vigilancia por parte de los órganos de control.

Así las cosas, el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, obliga a todas las entidades que en su contratación deban aplicar el Estatuto General de Contratación, a incluir en los estudios previos, —el análisis que soporte 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 y a que —en el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquéllos. Como se puede observar, este —soporte o —justificación del presupuesto de un contrato estatal y con posterioridad del precio de mismo, no admite excepción respecto de porcentaje alguno del contrato.

En este orden, no es posible afirmar que las entidades estatales deban soportar y justificar ante la ciudadanía y los órganos de control, sólo aquel porcentaje de la contratación que no esté destinado al AIU, porque una afirmación en este sentido permitiría concluir sin fundamento legal alguno, que en la contratación estatal existe un porcentaje exceptuado de este soporte.

...

Así las cosas, no compartimos el concepto anexado por el consultante, cuando afirma que con cargo a la (I) Imprevistos del AIU, se pueden pagar imprevistos propios de la actividad empresarial relacionados con —el pago de horas extras, dominicales y festivos en los que el contratista tiene que incurrir por la intensificación de

las jornadas de trabajo **para ponerse al día frente a retrasos imputables a él**; el pago de **correcciones frente a obras defectuosas**; la consecución de repuestos para reparar maquinarias dañadas, el pago de indemnizaciones o compensaciones por **daños ocasionados** a terceros o a sus trabajadores, entre otros, porque se trata de imprevistos imputables en forma exclusiva al contratista y porque no existe fundamento legal alguno para trasladarle a la entidad contratante la mora del contratista y el incumplimiento del contrato, cuando se trata de —obras defectuosas.

Finalmente, es preciso tener en cuenta el viejo aforismo —ubiemolumentumibionusest, que significa que quien obtiene un beneficio del ejercicio de una industria, debe asumir las cargas que se derivan de ésta. Por lo anterior, los aleas inherentes a la organización o círculo interno del empresario, por corresponder a actividades que entrañan un riesgo creado o riesgo beneficio, son imputables exclusivamente al contratista y exoneran a la Administración Pública de la obligación de restablecer la simetría económica del contrato.”

Sobre este punto es necesario indicar que el concepto jurídico Nro. 2012EE35595 del 4 de junio de 2012, expedido por oficina Jurídica de la C.G.R., retoma las anteriores premisas haciendo la siguiente claridad en una parte de dicho concepto:

“2.3 OBLIGATORIEDAD DE LA ACREDITACION DE IMPREVISTOS POR PARTE DEL CONTRATISTA, COMO REQUISITO PARA SU PAGO.

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. En este orden, el establecimiento de un porcentaje sobre el valor total del contrato, destinado a cubrir costos administrativos e imprevistos, debe estar debidamente justificado y puede ser objeto de auditoría y vigilancia por parte de los órganos de control.

En cuanto al fundamento legal que le permite a la CGR exigir a los sujetos de control que el pago de los “*imprevistos*” en los contratos que ejecuten recursos públicos se encuentre debidamente soportado, es el mismo que le permite exigir soportes 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.

En este orden, si las partes destinan un porcentaje del contrato para que el contratista puede afrontar imprevistos menores, y éstos no ocurren. ¿Por qué la entidad estatal debe pagarlos como si hubieran ocurrido?

De otra parte, encontramos que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede ser solicitado por cualquiera de las partes, y no solamente por el contratista cuando el porcentaje de “*imprevisto*” pactado sea insuficiente para garantizar la utilidad.

Así, dicho restablecimiento se debe satisfacer en primer lugar con el porcentaje de “*imprevistos*” pactados,

y en todo lo que lo exceda y no alcance a ser cubierto por este porcentaje, se debe satisfacer mediante arreglo directo de las partes, o mediante intervención judicial.

Por lo anterior, cuando una entidad estatal paga los “*imprevistos*” pactados sin verificar su ocurrencia, implícitamente esta “*restableciendo el equilibrio económico del contrato*” en dicho porcentaje, sin que este restablecimiento haya sido necesario, razón por la que se convierte en un “*pago de lo no debido*”, que de conformidad con el art. 2315 del Código Civil puede ser “*repetido*” en contra de quien lo recibió, en este caso, del contratista.

...

En ejercicio del control fiscal, la CGR debe revisar las cuentas de los sujetos de control, entendidas como “*el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario*”. Esta revisión, le debe efectuar, “*con miras a establecer **la economía**, la eficiencia, la eficacia y la equidad de sus actuaciones.*”

Por lo anterior, corresponde a la CGR verificar que todos los pagos, sin excepción alguna, se encuentren debidamente soportados, independientemente de su destinación, y con mayor razón, aquellos que busquen restablecer el equilibrio económico del contrato.

2.4 LIBERTAD DEL CONTRATISTA PARA UTILIZAR EL PORCENTAJE DE IMPREVISTOS

Considera el Gerente Departamental del Tolima de la CGR, que de la sentencia del 29 de mayo de 2003 de la Sección Tercera del Consejo de Estado se puede inferir que “*existe libertad en el contratista de disponer de la partida de imprevistos dentro del concepto AIU y que ese concepto no hace parte de las obligaciones contractuales sobre las cuales el contratista deba dar cuenta alguna*”

... este despacho considera que NO es cierto que el contratista pueda disponer libremente del porcentaje de imprevistos, sin que tenga la obligación de rendir cuenta alguna, porque se trata de recursos públicos vigilados y controlados por la CGR, que dentro del contrato se prevén con una destinación específica.

Por lo anterior, si este porcentaje se prevé con una destinación específica, mal podría el contratista utilizarlo para fines distintos al cubrimiento de los imprevistos que surjan durante la ejecución del contrato.

...

De otra parte, si bien los contratistas tienen “*derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato*”, dicha remuneración no incluye el pago de “*imprevistos*” si estos no ocurren durante la ejecución del contrato.

Por lo anterior, las entidades contratantes solo están obligadas a restablecer el equilibrio económico del

contrato, cuando surjan imprevistos no imputables al contratista, si éste los acredita; caso en el cual, serán satisfechos en primer lugar con el porcentaje de imprevistos pactados y en segundo lugar, con un acuerdo entre las partes o por disposición del juez del contrato. ”

Como se observa, la oficina jurídica de la Contraloría General de la República ha impuesto una postura jurídica al interior del ente de control sobre: i. la facultad que tiene de vigilar y controlar los recursos públicos, incluido el valor asignado en los contratos a los imprevistos en el A.I.U. y ii. La facultad de exigir a los contratistas la prueba de la ocurrencia del imprevisto y justificación del uso de esa partida.

Del análisis hecho a los conceptos señalados, vuelve y se concluye que no hay normatividad alguna que conceptúe, discrimine, imponga o regule el A.I.U., pues éste se ha dado como costumbre contractual.

A diferencia del poco análisis que sobre el tema ha hecho el Consejo de Estado, la Contraloría General de la República, ha ahondado en el tema específico, y argumenta que los contratistas si deben demostrar a la administración la ocurrencia de los imprevistos, pues de no haber ocurrido, esos recursos públicos deben ser devueltos al contratante.

7. PREPONDERANCIA DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES

El proceso de responsabilidad fiscal que se desarrolla en la Ley 610 de 2000, dentro de las posibilidades procesales, tiene

como forma de terminación normal la expedición de Fallos con Responsabilidad Fiscal según el artículo 53 de la misma ley, situación que implica la certeza del daño y su cuantificación, la individualización y actuación del gestor fiscal y la relación de causalidad entre la actuación del agente con el daño ocasionado.

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

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

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”

(art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

...

Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con

el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

Por otra parte, la opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente. Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente

expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.

...

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

Como se indicó, el Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, siendo sus decisiones línea de interpretación en decisiones judiciales. Es el órgano técnico interpretativo, estando ellos sometidos al cumplimiento de sus decisiones y el seguimiento a las pautas de interpretación. Y que a fin de cumplir con el control de legalidad, las decisiones administrativas pueden ser objeto de estudio ante esta instancia contenciosa.

La razón de lo anterior, se funda en la misma naturaleza del llamado “*derecho viviente*” en la medida que son las

decisiones de lo contencioso administrativo quienes permiten establecer líneas de interpretación, frente a problemas jurídicos que se presentan. Y situaciones que deben atender las diferentes autoridades, que debe ceñirse al cuerpo de legalidad colombiano, pues la toma de decisiones contrarias, se estarían afectando derechos de orden constitucional.

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

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

“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura

teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.** La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. ...

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

Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven

la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. ...

Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que

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

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

...

La definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional,

en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. Sintetizando las decisiones de esta Corporación que han asumido el tópico en comento, señaló como "... [u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.

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

La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad el ejercicio

argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.

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

Ahora, frente a la naturaleza y alcance de los *conceptos*, la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 se refirió a ello, indicando que estos son el resultado de dar solución a peticiones de consultas presentadas por la ciudadanía, en ejercicio y uso del derecho de Petición, y sobre su alcance, señaló:

2.2.2 El derecho de petición de consultas está consagrado en los artículos 25 a 26 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en él es factible acudir ante la autoridad pública para que por medio de un concepto oriente a los administrados sobre algún asunto que pueda afectarlos. Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, mas bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y

la administración para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

...

De acuerdo con la perspectiva defendida por el Consejo de Estado en un auto del 6 de mayo de 1994 de la Sección Primera, cabría realizar una primera distinción. Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista. Se convierten en acto administrativo, en la medida en que de tales conceptos se desprendan efectos jurídicos para los administrados

...

2.2.4 Mediante auto fechado en mayo de 1994 el Consejo de Estado se pronunció así: *“Igualmente es necesario precisar que si bien la regla general señalada en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es que las consultas que absuelven las*

entidades públicas no comprometen la responsabilidad de éstas ni son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual no se pueden considerar actos administrativos, tal como lo serían los conceptos jurídicos. (...) La verdad es que dichos conceptos, cuando se convierten en manifestación de la voluntad de la administración tendientes a producir efectos jurídicos en un caso concreto son típicos administrativos, susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, a través de los recursos establecidos para tal efecto.”

2.2.5 En la sentencia de octubre 25 de 1995 emitida por la Sección Primera, el Consejo de Estado ratifica la jurisprudencia anterior al respecto de la naturaleza de los conceptos y se pronuncia de la siguiente manera: *“De otra parte cabe puntualizar que la enumeración de actos demandables que hace el inciso 3 del artículo 14 del decreto ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) no es taxativa y los conceptos son enjuiciables en la medida en que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos y emanen de una entidad pública o persona privada que cumpla funciones administrativas.”*

...

El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear

situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, **esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos**. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.

...

2.3.1 El demandante considera que los conceptos emitidos por las autoridades públicas en virtud del desarrollo de un derecho de petición de consultas deben ser obligatorios, es decir, deben vincular a los administrados. Esto, como se vio, no puede convertirse en la regla general. Primero, significaría conferir a todas las autoridades públicas la posibilidad de legislar y atentaría contra el principio de legalidad establecido en el artículo 121 de la Constitución. Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no.

Como se observa, los conceptos jurídicos emitidos por las autoridades

administrativas, cuando no tiene la finalidad de generar efectos jurídicos, se encaminan a emitir directrices, las que conforme a la Ley 1437 de 2011, no son obligatorias. Es decir, frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no tiene el mismo alcance, por tanto, si una frente a la otra son contrarias, prima la de Consejo de Estado.

Al momento de decidir sobre una situación jurídica presentada en los procesos de responsabilidad fiscal, los mencionados conceptos, al ser el origen de situaciones similares, sirven de doctrina de interpretación; pero si estos difieren sustancialmente de lo señalado por el Consejo de Estado, es imperioso del operador jurídico hacer el análisis jurídico oportuno, partiendo de la base, como se ha indicado, que la Jurisprudencia del Consejo de Estado es el resultado de un análisis jurídico profundo, encaminado al mantenimiento de la seguridad jurídica al interior del Estado Colombiano.

Ahora, en el evento que el operador jurídico del ente de control decida pasar por alto la jurisprudencia del Consejo de Estado, sometiéndose exclusivamente a lo señalado por la Oficina Jurídica, es procedente que se demanda ante el Juez de lo contencioso administrativo la decisión.

De lo anterior se concluye que las decisiones de la administración pueden ser objeto de “*análisis de legalidad*”, ya sea por trámite ordinario, o por acción constitucional de tutela al verse afectado algún derecho fundamental, que para estos casos puede ser igualdad, debido proceso, derecho de defensa, entre otros.

8. EL CONTRATISTA FRENTE A LOS IMPREVISTOS

El contrato de obra pública, por su misma naturaleza es de tracto sucesivo, y la forma de pago, a fin de tener completa claridad frente a contratista y entidad, es por lo general por precios unitarios. Ahora, tratándose de costos indirectos, en estos se incluye el A.I.U., concepto que se ha venido desarrollando dentro de los contratos desde hace muchos años, y en los que se ha pactado el valor de la utilidad del contratista, los gastos de administración y los imprevistos. Pero igual, es oportuno concluir que el A.I.U., hace parte del valor total del contrato.

La razón de pactar un valor económico a los imprevistos desde el inicio del contrato, obedece que por la ocurrencia de eventualidades, donde igual el contratista está en la obligación de cumplir con el contrato, y por tanto, con el fin de no detener la ejecución de la obra, el contratista cuente con un rubro de gastos menores para este fin.

Si bien es cierto el Consejo de Estado en su pronunciamiento del 29 de mayo de 2003 indicó que el contratista asume siempre un riesgo en el desarrollo de la ejecución de la obra, es lógico que la administración lo respalde económicamente para asumir el riesgo no previsible. De lo analizado y concluido por el Consejo de Estado, interpretamos que en efecto, dicha disponibilidad está sujeta exclusivamente a la libertad de destinación del valor del imprevisto por parte del contratista en el momento que éste se presente, no teniendo que acudir a la administración a solicitar restablecimiento alguno, pues de

antemano, cuenta con el rubro para cubrir la eventualidad, sin afectar su utilidad.

Y lo anterior adquiere más razón, toda vez que como se indicara, al contratista no le es posible suspender la ejecución de la obra, por tanto, con la intención de evitar una suspensión, previamente se le pacta y entrega al contratista un valor para cubrir los imprevistos que se presenten. Esa es la garantía con que cuenta el contratista, frente a riesgos eventuales.

La libertad que hace referencia la mencionada sentencia el Consejo de Estado, es a la destinación del rubro en el momento, con la única finalidad de no interrumpir la ejecución de la obra.

Ahora, el contratista asume un riesgo en la ejecución de la obra frente a los imprevistos, los que se pactan desde el inicio del contrato. El contratista asume en consecuencia dichas eventualidades, cáusense o no. Por tanto, si se causa, el rubro presupuestado por el contratista se utiliza en ello, y si el imprevisto resulta ser económicamente mayor, el contratista asume el riesgo.

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

Si bien es cierto el rubro de I son recursos públicos, no se comparte lo señalado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, pues la administración, al igual que el contratista, asume un riesgo al momento de pactar el imprevisto, que en última, garantiza la no suspensión de la ejecución de la obra.

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

Por último, frente a el análisis de este hecho, los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, conforme al alcance dado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2012: “*Alcance de los conceptos*: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, no son obligatorio; y aunque en el presente asunto, no hay normatividad que regule el tema del A.I.U.; en ponderación de lo señalado por Consejo de Estado frente a los mencionados conceptos, los primeros tienen fuerza jurídica e interpretativa, conforme a lo señalado en el artículo 230 de la Constitución Política, mas no se puede hacer la misma afirmación respecto de lo señalado por la Contraloría General de la República, mas aun, cuando son disímiles.

9. CONCLUSIONES

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

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

A diferencia de los riesgos previsibles, la teoría de la imprevisión se funda en que se trata de hechos ajenos no atribuibles a las partes, posteriores a la celebración del contrato e imprevisibles, que alteran la ecuación financiera del contrato y que por su misma naturaleza, no pueden ser estimadas y que se pueden presentar por i. Un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, ii. Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y iii. Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Está claro que al presentarse el hecho imprevisto, igual el contratista está obligado al cumplimiento de la ejecución del contrato, y por tanto esos riesgos son asumidos por el contratista, convirtiéndose el **I**, en un resorte económico de libre disposición de éste. Que dicha libertad, interpretando lo señalado por el Consejo de Estado, hace referencia a la necesidad en el momento de utilizar el rubro en imprevistos, y no un hecho diferente. Y si el imprevisto resulta ser económicamente mayor, el contratista asume el riesgo.

Si bien es cierto el concepto de *I* son recursos públicos, no se comparte lo

señalado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, pues la administración, al igual que el contratista, asume un riesgo al momento de pactar el imprevisto, que en última, garantiza la no suspensión de la ejecución de la obra.

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

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

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículos 228 a 257. 20 de Julio de 1991.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia 16245 del 31 de marzo de 2011.
- DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. (2005). Elementos del Contrato Estatal. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 13349/02. (Consejera Ponente María Elena Garrido; 04 de Abril de 2002).

- REVISTA ECONOMÍA COLOMBIANA 321. Artículo “Equilibrio Económico y Financiero del contrato en la ley 1150”. Pág. 9 a 24.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 15475/07. (Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez; 31 de Octubre de 2007).
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14043/04. (Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar; 26 de Febrero de 2004).
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de Agosto de 2009. Expediente 1952.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 07 de marzo de 2002. Expediente 21588.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10151/96. (Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández; 09 de Mayo de 1996).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Expediente 20683/11. (Consejero Ponente Olga Mélida Valle de La Hoz; 7 de marzo de 2011).
- Hernández Silva, Aida Patricia. *Derecho de la Responsabilidad. ¿La responsabilidad contractual del Estado: Una Responsabilidad sin imputación?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Concepto 20118010573011 del 11 de octubre de 2011.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Expediente 18080/11. (Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio; 31 de Agosto de 2011).
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 20459/12. (Consejera Ponente Olga Mélida Valle de La Hoz; 18 de enero de 2012).
- ROA FONSECA, Rafael. (2009) *La contratación en el Municipio Colombiano*. Bucaramanga.