

CONCEPTO 26057 DE 2017

(mayo 26)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: AIU en los contratos estatales

Respetada XXXXX

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 11 de mayo de 2017, SIN RADICADO, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### CONCEPTO JURÍDICO

##### a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2017, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

En el A I U de los contratos, sobre los IMPREVISTOS, nos comenta alguno de nuestro centros que existe un directiva de la Dirección General sobre el valor y que fue emitida por el Coordinador del Grupo de Construcciones en la que supuestamente este valor debe ser CERO (0), pero no la exhibe, ni la muestra, ni la referencia con ningún número ni fecha, por lo anterior queremos saber si existe esta directriz frente a los contratos de obra.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo alguno y con la información suministrada.

##### b) ANÁLISIS JURÍDICO

###### 1. Cláusula de AIU en los Contratos Estatales

De acuerdo con el artículo [32](#) y el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son acuerdos de voluntades por medio de los cuales una entidad pública se aprovisiona de bienes, servicios y obras. Por tratarse de un acuerdo de voluntades, se ha entendido que el principio de la autonomía de la voluntad se aplica a este tipo de acuerdos, y en ese sentido se permite incluir en estos, cláusulas o estipulaciones acordadas entre las partes, siempre y cuando la mismas no

vayan en contravía de la Constitución, la ley, orden público, principios y finalidades de la misma ley y a los de buena administración.

Dentro de las cláusulas o estipulaciones que pueden suscribir las partes en los contratos estatales en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, se encuentra la cláusula de Administración, Imprevistos y Utilidad, en adelante A.I.U. o AIU, la cual no ha sido definida por el legislador, sin embargo existen diversos pronunciamientos por los entes de control y la jurisdicción, vr. Gr. la Contraloría General de la Nación, quienes la han definido como:

El A.I.U es una estipulación que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Tiene su fundamento en la naturaleza de las obligaciones que se derivan de la celebración y ejecución de los contratos, en razón a los elementos con los cuales deben contar los contratistas para efectos del cumplimiento del objeto contractual.<sup>(1)</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado la ha definido como:

Un porcentaje de los costos directos destinado a cubrir 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 [...] <sup>(2)</sup> [y constituye un costo indirecto].

En síntesis, se puede afirmar que el A.I.U se refiere a los costos de administración, los imprevistos y a la utilidad que pretende percibir el contratista, haciendo parte estos de los costos indirectos<sup>(3)</sup> del contrato de obra, el cual se calcula a partir de un porcentaje de los costos directos del contrato<sup>(4)</sup>.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la cláusula del AIU, se debe tener en cuenta lo establecido por la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante concepto 017713 emitido en fecha 6 de julio de 2010 el cual señala que:

La inclusión del AIU en los procesos de contratación no obedece al cumplimiento de una disposición legal, corresponde más 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.

No obstante, si bien de manera unánime no ha existido mayor discusión sobre la partida de administración y utilidad, los imprevistos (i) contemplados en la cláusula del AIU si han generado debate doctrinal, toda vez que de acuerdo con algunos pronunciamientos de la Contraloría General de la Nación, terminan siendo un valor que cobra el contratista, y no ejecuta, generando una utilidad adicional no gravada, por lo cual procedemos a hacer algunas observaciones sobre este particular:

#### Los Imprevistos (I) del Contrato

Tal como se venía desarrollando con anterioridad, dentro de la cláusula del AIU, se ha incorporado un rubro relativo a los Imprevistos (I), sin embargo en cuanto a la naturaleza de este es importante identificar que se refiere a un valor destinado para cubrir posibles siniestros del contrato, es decir de fondo trata de la cobertura de un riesgo.

Los riesgos en materia de contratación pueden ser previsibles o imprevisibles, y resulta importante identificar conceptualmente a cuál de estos riesgos refiere los “imprevistos (I)” toda vez que, dependiendo de su naturaleza ha de darse un trato diferenciado.

Los riesgos imprevisibles, han sido definidos por el Consejo de Estado como aquel suceso que se produce después de celebrado el contrato y cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, definición que fue adoptada en el CONPES 3714, el cual indicó:

Respecto de los “riesgos imprevisibles”, el Consejo de Estado 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”<sup>(5)</sup>.

Por otra parte, respecto de los riesgos previsibles podemos citar la definición dada por el profesor Jaime Orlando Santofimio, en su obra titulada, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley [1150](#) de 2007, el cual la expone de la siguiente manera:

En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobre costos de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar las consecuencias. Las partes prevén, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna.

En este orden de ideas, se puede identificar como una de las características esenciales que permite diferenciar un riesgo previsible de uno imprevisible, es si el mismo podía preverse ex ante de la ejecución y celebración del contrato o no.

Así las cosas, frente a los Imprevistos del AIU, tendríamos que afirmar como primera conclusión que, a pesar de la nominación de imprevistos, no puede tratarse de un riesgo imprevisible toda vez que los mismos, son por definición imposibles de prever ex ante del contrato, y en consecuencia no sería posible determinar un valor, ni siquiera porcentual para su cobertura.

Por oposición a lo anterior, los riesgos previsibles, entre ellos los denominados “imprevistos” del AIU, son riesgos frente a los cuales se puede establecer su probabilidad de materialización ex ante, y como consecuencia deben ser identificados, clasificados, evaluados y asignados dentro de los pliegos de condiciones. Es de resaltar que una vez realizado el procedimiento de administración de riesgo, es posible que en la asignación quién asuma el riesgo sea el contratista o la administración. En cualquiera de los casos, debe resaltarse que la asignación representa un costo económico para quién asume el riesgo pues ésta tiene una incidencia directa dentro del precio dependiendo del impacto y la probabilidad del riesgo por su disponibilidad a asumirlo en caso de materialización.

En ese sentido, la asignación del riesgo realmente implica una asunción del álea, que por su

propia naturaleza obliga a quién le asignan el riesgo a asumir los efectos de las circunstancias favorables o desfavorables se presenten o no. Es decir, se deberán asumir los efectos negativos de la materialización del riesgo sin posibilidad, en principio, de realizar reclamaciones por restablecimiento del equilibrio económico. Así también, queda en su cabeza las situaciones benéficas en las que el riesgo no se materializa.

En consecuencia de lo anterior, si la asunción del álea queda en cabeza del contratista, la entidad no tendría potestad para solicitar la devolución del valor reconocido por imprevistos en caso que el riesgo no se materialice, ni exigir la sustentación sobre en que fue gastado, en tanto el mayor valor de la oferta por asunción del riesgo corresponde a la cobertura del álea previsto, no a los costos de afrontar el mismo en términos estrictamente conmutativos, v. gr., cuando una aseguradora asume los riesgos en desarrollo de un contrato de seguros.

Este desarrollo fue acogido en un artículo publicado por la Cámara Colombia de Infraestructura, titulado De la A.I.U hacia la A.U en los Contratos de Obra: Una Solución Necesaria, en donde se explica el anterior análisis en los siguientes términos:

La “I” ¿un riesgo imprevisible o previsible?

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

Si se acepta que la “I” corresponde a los primeros, se concluiría que el pago que se hace por ese concepto es anticipado, caso en el cual habría que justificar su gasto conforme a las reglas de la teoría de la imprevisión (artículo [27](#) de la Ley 80), según las cuales debe acreditarse la causación del riesgo y el cumplimiento de los requisitos de imprevisibilidad y externalidad del riesgo, materializado a las partes en la ejecución del contrato, esto implica por parte de la administración un pago de lo no debido; pero si se concluye que, a pesar del significado de la palabra “imprevisto”<sup>(6)</sup>, en realidad la voluntad de las partes era reconocer aquellos riesgos del contratista que son previsibles y hacen parte de su álea contractual, no habría discusión acerca de su reembolso o acreditación de la causación antes referida. Cabe precisar que esta diferenciación no es minúscula, dado que los riesgos imprevisibles se reclaman por el contratista una vez estos han acaecido, mientras que los riesgos previsibles, siempre que hayan sido asignados en el contrato al contratista, impiden reclamación económica alguna por ese concepto<sup>(7)</sup>.

En este orden de ideas, si se acoge la teoría anteriormente expuesta, de acuerdo con la cual los imprevistos son en su naturaleza un rubro para la cobertura de riesgos previsibles, debería entonces darse el tratamiento de los riesgos previsibles contemplado en la Ley [80](#) de 1993 y la Ley [1150](#) de 2007, es decir deben estimarse, tipificarse, asignarse, y monitorearse. Ahora bien, retomando una consideración anterior, en caso de ser asignado el riesgo al contratista, esta asunción del álea tiene un valor, sin embargo este valor se representa dentro de los costos directos del contrato, vr.gr precio, y no en los indirectos como el AIU.

Así las cosas, de acuerdo con la metodología de riesgo previsible establecida en los documentos de Colombia Compra Eficiente, particularmente el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación se establece que los riesgos deben ser previstos dentro de los análisis de precios unitarios (APU), en cuanto al costo económico que los áleas representarían en caso de su materialización basados en la experiencia del contratista. Estos riesgos previsibles se calculan respecto a cada uno de los ítems de costo unitario dentro de los

costos directos, pues allí se realiza el estudio de todos los costos, incluido en ellos el valor de la asunción del riesgo previsible.

Lo anterior no quiere decir que la identificación y clasificación de los riesgos, evaluarlos y calificarlos, asignarlos y tratarlos, para finalmente monitorearlos conforme lo previsto en la matriz de riesgo la cual deba tener un manejo por ítem, sino que de acuerdo a la distribución general de riesgos, deben estimarse los ítems por la entidad contratante en su presupuesto y por el oferente.

Lo anterior tiene relación con lo expuesto en el documento del Consejo Nacional de Política Económica Social -CONPES 3714 de 2011, el cual establece una serie de lineamientos en el marco de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sobre el concepto de “Riesgo previsible”. En el mencionado escrito, se resalta que la Ley [1150](#) de 2007, contiene tres aspectos especiales para el manejo de los riesgos previsibles a saber:

(i) La necesidad que las entidades realicen un adecuado ejercicio de planeación, estableciendo los riesgos previsibles. (ii) Que el mencionado ejercicio de estimación de riesgos sea compartido, valorado y complementado por los particulares y (iii) Que la estimación anticipada de las contingencias sean asignadas contractualmente<sup>(8)</sup>.

Así las cosas, la valoración del riesgo previsible hace parte de los costos directos por cuanto éste no puede ser un valor absoluto medido en términos porcentuales de manera indiscriminada en un costo indirecto, porque la metodología de riesgo normativamente obligatoria en Colombia obliga a que se analicen los costos de manera responsable conforme a las actividades a realizar, incluidos allí sus áleas y no medido en términos porcentuales genéricos y abstractos que pueden no responder a la realidad de la distribución de riesgos realizada.

## CONSULTAS

Respecto a su consulta por esta coordinación no hay una circular o directiva jurídica que indique que el valor del AIU deba ser 0, no obstante la misma puede existir en la Dirección Administrativa y Financiera de la Entidad. Sin embargo, se advierte que de acuerdo con las anteriores consideraciones, la entidad, dentro de la estructuración del proceso contractual puede determinar trasladar el rubro de los Imprevistos a los riesgos previsibles, siendo posible estimar estos ex ante del contrato, caso en el cual el valor de la I del AIU sería 0.

En caso de darle tratamiento de riesgos previsibles, debe tener presente que la asunción del álea por parte del contratista tiene un precio, de manera que una vez realizada la asignación del Riesgo en la Matriz de Riesgos, el valor del traslado del riesgo debe ser contemplado dentro del presupuesto oficial del proceso y reconocido al contratista en los costos directos del contrato.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

## NOTAS AL FINAL

1. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112- EE6987. Febrero 04 de 2013
2. Consejo de Estado. Sección tercera. Radicado 16371 M.P. Danilo Rojas Betancourt. 29 de febrero de 2012.
3. Respecto de los costos directos e indirectos de los contratos públicos, vale la pena aclarar que los costos indirectos hacen referencia a tres aspectos que teniendo en cuenta lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina corresponden a la estructura administrativa necesaria para la ejecución del proyecto y la utilidad que espera percibir el mismo por la ejecución de la obra, en donde se incluyen actualmente los riesgos a cargo del contratista, vale decir, los riesgos previsibles del contratista y que éste debe asumir. Los costos indirectos se expresan como porcentaje calculado sobre los directos y tradicionalmente se han llamado porcentaje de A.I.U (% de Administración, % de Imprevistos y % de Utilidad (BETANCUR Vargas Gustavo, Artículo Porcentaje de Imprevistos del –AIU Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra. Cámara Colombiana de Infraestructura Seccional Antioquia. 2014)
4. BETANCUR Vargas Gustavo, Artículo Porcentaje de Imprevistos del –AIU Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra. Cámara Colombiana de Infraestructura Seccional Antioquia. 2014.
5. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952 citado en el CONPES 3714 de 2011.
6. Según la RAE, Imprevisto es: "imprevisto, 1.adj. No previsto. U. t.c. s. 2. m. pl. En la administración, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado. Tomado de <http://lema.rae.es/drae/?val=imprevisto>
7. Beltrán Pardo, Jorge Hernán. De la A.I.U hacia la A.U en los Contratos de Obra: Una Solución Necesaria. Revista Infraestructura & Desarrollo. Cámara Colombia de Infraestructura. Octubre de 2014
8. Consejo Nacional de Política Económica Social -CONPES 3714 de 2011



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo