

Bogotá D.C., **03/12/2018 Hora 8:52:36s**

N° Radicado: cedf2bf5-55a4-4036-80b5-5b3b4eb7baa8

Señor
Cesar Augusto Gómez
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta #4201813000008707

Temas: Pliegos de Condiciones; supervisión; concurso de méritos

Tipo de asunto consultado: Empleo de criterios y solicitud de requisitos por la Entidad Estatal no contemplados en los pliegos de condiciones; obligación del contratista de pagar los honorarios de su equipo de trabajo como requisito para recibir el pago del contrato; modalidad de contratación que debe utilizar el contratista para contratar el equipo de trabajo; posibilidad que tiene el contratista de negociar los precios de los ítems acordados en el contrato con sus proveedores.

Estimado señor Gómez,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de octubre de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. Su consulta fue remitida por Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana mediante radicado No. 2018EE0126922 y recibida el día 22 de octubre de 2018.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

¿El supervisor de una consultoría tiene facultades y se encuentra legitimado para exigir al contratista que, para el pago de las labores desarrolladas, deba demostrar y remunerar a su personal el costo que cobra a la entidad contratante, cuando ni el contrato ni los pliegos así lo establecen?

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La supervisión es el seguimiento técnico, administrativo, financiero y jurídico realizado por la Entidad Estatal sobre la ejecución del contrato y en su ejercicio, el supervisor designado tiene la facultad para solicitar todos los documentos que permitan verificar el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas por las partes.

La oferta entregada por el proponente hace parte íntegra del contrato celebrado, por tal razón, si en ella se encuentran desagregados los valores o salarios que fueran a ser cancelados al equipo de trabajo que el contratista presentó, el supervisor puede eventualmente requerir los pagos realizados con ocasión de la vigilancia financiera y administrativa que le ha sido encomendada por la Entidad Estatal.

Por otro lado, el pliego de condiciones es el reglamento del Proceso de Contratación, en ese sentido, tanto los proponentes como las Entidades Estatales deben ceñirse a su contenido y no hay lugar a que las Entidades empleen criterios o exijan requisitos que no estén allí definidos. Asimismo, el contrato es ley para las partes y el contratista y la Entidad Estatal deben sujetarse a lo que acordaron contractualmente. Sin embargo, en ninguno de los documentos anteriores, la Entidad



Estatal debe establecer las actividades que por ley debe desempeñar el supervisor en el control y vigilancia del contrato.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. La Ley 1474 de 2011 establece que la supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico, que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma Entidad Estatal cuando no se requieren conocimientos especializados.
2. El supervisor se encuentra facultado para solicitar informes, aclaraciones, y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, impartir instrucciones al contratista y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado.
3. La oferta presentada por un proponente es el proyecto de negocio jurídico de carácter irrevocable formulado por una persona y comunicada a otra, que contienen los elementos esenciales del negocio, dentro de los cuales se encuentra la forma en que el oferente va a usar los recursos entregados por la Entidad Estatal, y que además hace parte íntegra del contrato estatal.
4. De acuerdo con lo anterior, y al ser un documento que hace parte del contrato, el supervisor puede solicitar eventualmente los soportes que considere necesarios para ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual y así poder verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos.
5. Los documentos que soportan la ejecución del contrato en las condiciones pactadas por las partes dependen en todo caso del contenido de las obligaciones del contratista y de la forma de pago pactada en el contrato que determinará las verificaciones a las que haya lugar en relación con el valor del contrato.
6. Por último, debe recordarse que de conformidad con la Ley 1474 de 2011, los supervisores están facultados como ya se anotó, para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y son los responsables también de mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, como por ejemplo el cambio de las condiciones ofertadas durante la ejecución del contrato.

■ **REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL**

Ley 1474 de 2011, artículo 84

Ley 80 de 1993, artículo 32



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia No. 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942) del 30 de julio de 2015.

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Puede la Entidad Estatal exigir al contratista que presente el comprobante de pago, costos y gastos como requisito para tramitar el pago de sus facturas y pagar únicamente por el valor que sumen dichos soportes, teniendo en cuenta que el contrato no establece dicho requisito? ¿Puede la Entidad Estatal remunerar al consultor su labor únicamente por los valores que este pagó al personal a su cargo y no por el costo de la labor de consultoría que se contrató, teniendo en cuenta que esta condición tampoco fue pactada como forma de remuneración en el contrato?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El valor que debe pagar la Entidad Estatal al contratista dependerá, además de lo previsto en el pliego de condiciones, de la oferta presentada por el contratista. Los requisitos establecidos para el pago son los pactados en el contrato. Por tanto, las partes deben tener en cuenta si el pago del valor del contrato está sujeto a una obligación; una vez cumplidas estas obligaciones, el contratista debe dirigirse a la Entidad Estatal y solicitar el pago, y la Entidad debe realizarlo en los términos acordados en el contrato.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. En los pliegos de condiciones se fijan las reglas a las que se deben sujetar los interesados en participar, por lo que tanto proponentes como Entidades Estatales deben ceñirse a su contenido ya que es obligatorio y vinculante para las partes.
2. La oferta presentada en un Proceso de Contratación debe contener la aceptación del pliego de condiciones y los elementos esenciales del negocio jurídico, los cuales hacen parte íntegra del contrato estatal.
3. El Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Así mismo, contempla que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.
4. Las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, deben cumplir con el pago derivado del contrato en las condiciones pactadas en él, siempre que esa obligación no esté pendiente del cumplimiento de otra. Si de lo anterior deviene alguna controversia contractual, las partes podrán acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos para resolver sus discrepancias, o al juez del respectivo contrato, según el caso.



■ REFERENCIA NORMATIVA

Código Civil, artículo 1602 y 1609.
Ley 80 de 1993, artículos 5, 60 y 68.

■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

¿Remunerar la labor del contratista no por el costo de ejecución de su servicio conforme se pacta contractualmente, si no por el valor que este remunere libremente a su personal a cargo, es causa de un detrimento patrimonial en perjuicio del contratista y es causa para que se configure un desequilibrio económico del contrato? ¿Aplica esto a los gastos de administración y operación de la labor de consultoría distintos al personal?

¿La Entidad contratante aduce que, si el contratista paga un menor valor por el personal respecto al pactado con la entidad, esto se puede configurar en un detrimento patrimonial, ¿Esto es correcto? ¿Por qué?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Como le informamos en la respuesta anterior, el valor que debe pagar la Entidad Estatal al contratista dependerá de lo previsto en el pliego de condiciones y de la oferta que presentó en su momento el contratista. El no reconocimiento del pago al contratista en las condiciones que fueron previstas en el pliego de condiciones, oferta y contrato, deviene en un incumplimiento contractual y no en un desequilibrio económico. El rompimiento del equilibrio económico de un contrato se produce cuando hay situaciones extraordinarias e imprevisibles que se presentan con posterioridad a su celebración y que afectan la ecuación financiera de manera anormal y grave y que, sin imposibilitar la ejecución del contrato, sí hace la hace mucho más onerosa para una de las partes.

Por último, le informamos que Colombia Compra Eficiente no es la Entidad competente para determinar si existe o no detrimento patrimonial, esta es una función de los entes de control, particularmente de la Contraloría General de la República.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La Ley 80 de 1993 establece que las Entidades Estatales deben emplear las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.
2. Así mismo, esa Ley establece que los contratistas tendrán 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.
3. El equilibrio económico contractual nace al momento de la celebración



del contrato, y debe mantenerse durante su ejecución y este debe restablecerse cuando ha sido alterado, y esta corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra.

4. Como ya se advirtió en las respuestas precedentes, las partes deben sujetarse al contenido del contrato, teniendo claro que, así como la Entidad Estatal posee los medios para hacer exigible las obligaciones que fueron pactadas, el contratista tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y que se restablezcan las condiciones económicas en caso de que ocurran situaciones inesperadas.
5. Por último, Colombia Compra Eficiente no es competente para determinar la ocurrencia de un detrimento patrimonial o la alteración económica del contrato para lo cual le recomendamos en caso de tener una queja presente acudir los órganos de control (Procuraduría General de la Nación; Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, Veedurías, etc.), o ante la Entidad Estatal que está adelantando el respectivo Proceso de Contratación.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Código Civil, artículo 1602 y 1609.

Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8 y artículo 5, numeral 1

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 1996, Radicación No. 37670, C.P: Daniel Suarez Hernández

■ CUARTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Si el contrato suscrito con la Entidad es de consultoría y el pago de los honorarios se causa mensualmente o por avance, puede la Entidad cambiarlo unilateralmente convirtiéndolo en un contrato por reembolso de gastos?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, las modificaciones al contrato se deben hacer de común acuerdo. Las partes pueden modificar las estipulaciones contractuales iniciales, siempre que dichas modificaciones no impliquen una mutación de la naturaleza del contrato, un cambio en la esencia u objeto del contrato; o el desconocimiento de la información obtenida en virtud de la planeación del Proceso.

La modificación de la forma de pago del contrato previamente aceptada por ambas partes no implica que la denominación del contrato inicial desaparezca, toda vez que su objeto y condiciones esenciales permanecen.

La única modificación unilateral que puede hacer una Entidad Estatal es la establecida en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993; cláusula excepcional que dependerá de la clase de contrato y del supuesto de hecho allí previsto que, en todo caso, es diferentes a la forma de pago acordada en el contrato.



■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que la normativa aplicable a los contratos estatales corresponde a las disposiciones comerciales y civiles, salvo lo expresamente regulado en dicha Ley.
2. El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 determina que en los contratos estatales podrán pactarse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre y cuando, estas no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.
3. El Código Civil prevé que todo contrato es ley para las partes contratantes, el cual, debe ser respetado salvo que este sea invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales.
4. Las Entidades Estatales al momento de desarrollar su actividad contractual deben atender el principio de planeación, en virtud del cual, los contratos estatales “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...)
5. En consecuencia, al desarrollar el principio de planeación las Entidades Estatales diseñan los Procesos de Contratación que satisfacen sus necesidades y desarrollan las funciones que les asigna la Ley sin improvisar. Por lo tanto, si la Entidad Estatal necesita modificar el contrato estatal, dicha actuación deberá realizarse de común acuerdo y fundamentarse en una circunstancia posterior de carácter imprevisible, producto de la ejecución del contrato, lo cual, permite demostrar que la modificación no implica i) una eventual vulneración al principio de planeación, ni ii) una manipulación a las condiciones en las que se adelantó el Proceso de Contratación para seleccionar el contratista.

■ **REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL**

Ley 80 de 1993, artículos 13, 16 y 40.

Ley 1150 de 2007, artículo 4

Código Civil, artículo 1602.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No.27315, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá 24 de abril de 2013.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No.22756, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá 26 de julio de 2012.



■ QUINTO PROBLEMA PLANTEADO

¿El contratista de la consultoría está en libertad de contratar a su personal a cargo bajo el tipo de contrato que desee, bien sea contrato laboral, por obra o actividad, o por prestación de servicios?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La normativa del Sistema de Compra Pública no prevé disposiciones relacionadas con la modalidad de selección, ni el tipo de vinculación laboral del recurso humano con el que trabajará el contratista. En este sentido, le informamos que, aunque las Entidades Estatales son autónomas y responsables de estructurar sus Procesos de Contratación y de exigir las condiciones adecuadas y objetivas para la satisfacción de la necesidad a la cual se refiere el contrato, dichas exigencias no pueden interferir en la autonomía que tienen los contratistas para determinar el tipo de vinculación del equipo de trabajo requerido para la ejecución de los contratos; en consecuencia, le corresponde al contratista que va a contratar su equipo de trabajo definir tal situación, cumpliendo en todo caso con la normativa laboral o contractual que regula las diferentes formas de vinculación.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La normativa legal y reglamentaria vigente, señala que la Entidad Estatal contratante es la responsable de la estructuración de sus Procesos de Contratación, para lo cual debe definir (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad –objeto contractual y alcance del objeto contractual-; y (iii) el tipo de contratista que es apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto.
2. La Ley 80 de 1993 atribuye a las Entidades Estatales al momento de estructurar sus procesos de selección, el deber de elaborar pliegos de condiciones y/o invitación según sea el caso, bajo circunstancias que garanticen reglas objetivas, claras y completas, con la finalidad de realizar la escogencia objetiva del contratista.
3. La normativa del Sistema de Compra Pública no prevé disposiciones específicas relacionadas con la forma de vinculación del equipo de trabajo del contratista, en todo caso, será este quien lo determine de acuerdo con las formas de vinculación establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículos 24 y 30, numeral 2.

Ley 1150 de 2007, artículo 5.

Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3

Código Civil, artículo 1499. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, radicación No. 52001-2331-000-1999-00985-01(23088) del 12 de agosto de 2013, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



▪ SEXTO PROBLEMA PLANTEADO

En el contrato de obra pactado por precios unitarios fijos, en el cual la entidad paga al contratista los precios ofertados por este, ¿el contratista está en la libertad de negociar estos precios con sus proveedores o subcontratistas? ¿Debe exigirse al consultor que contrate su personal al precio establecido en su propuesta y al contratista de obra a que compre los insumos al precio de su oferta, pese a que dichos precios están por encima o por debajo del mercado?

▪ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual específica e individual de las Entidades Estatales. De manera general le informamos que en virtud del principio de planeación es obligación de las Entidades Estatales consultar el mercado para conocer el costo de los bienes y servicios que desea adquirir. Lo anterior con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos de lo que verdaderamente cuesta en el tráfico ordinario dichos bienes o servicios. Este análisis previo o estudio de los precios de mercado determina el precio del contrato.

No existe ninguna limitación dentro del Sistema de Compra Pública para que el contratista seleccionado negocie los precios de los insumos o de los bienes ofrecidos a la Entidad Estatal, y en ese sentido es el único responsable por la vinculación del personal y por la adquisición de los insumos previstos, y es además quien asume la carga del cumplimiento del contrato con los precios ofrecidos.

Ahora, si los precios se encuentran por encima del valor ofrecido, la Entidad Estatal debe hacer una revisión de precios, de manera que se pueda mantener la ecuación financiera del contrato.

▪ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La Entidad Estatal contratante es la responsable de la estructuración de sus Procesos de Contratación, y de determinar la modalidad de selección del contratista, para lo cual debe definir (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad –objeto contractual y alcance del objeto contractual-; y (iii) el tipo de contratista que es apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto.
2. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.
3. La Entidad Estatal debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero. Esta identificación permite determinar posibles Riesgos de colusión y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Esto puede traducirse en precios sobre los cuales la



Entidad deberá contratar y realizar su adquisición.

4. El Sistema de Compra Pública no establece ninguna limitación para que el contratista adquiera los materiales e insumos necesarios para desarrollar el objeto contractual al precio que le sea posible, en todo caso, deberá garantizar la calidad y cantidad ofrecida en su propuesta.
5. Sin perjuicio de lo anterior no debe olvidarse que el proponente y/o contratista es un colaborador de la administración, que tiene equivalencia de derechos frente a la Entidad, y por tal razón debe tener en cuenta que a través de los contratos estatales se ejecutan recursos públicos, de allí la obligación que le asiste de presentar su oferta con los precios en condiciones de mercado, para evitar con ello un detrimento o malversación de los recursos asignados en desarrollo del contrato.
6. La Ley 80 de 1993 señala que los contratistas tendrán 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. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.
7. Con respecto al valor del contrato durante su ejecución el Consejo de Estado señaló: “(...) La revisión de precios tiene por objeto la preservación del valor real de la remuneración pactada en un contrato, con el propósito de mantener la ecuación económico-financiera del contrato; como lo ha expresado la Sala de Sección, busca que se mantenga en todo momento el equilibrio obligacional para que el acto jurídico que nació conmutativo no deje de serlo en ningún momento”.
8. El momento en que la Entidad Estatal realiza la revisión de precios es posterior al momento en que efectivamente variaron los precios. En consecuencia, la Entidad Estatal que decide reconocer la variación en los valores de ejecución del contrato debe reconocer esta variación desde que efectivamente ocurrió, no desde que es reconocida por la entidad; para mantener en todo momento el equilibrio obligacional.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículo 5 13, 40.

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri, Concepto 1439 de julio 18 de 2002.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dra. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación No. 1.920 del 09 de septiembre de 2008.



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón, Radicado 28595.

▪ **SÉPTIMO PROBLEMA PLANTEADO**

¿El consultor y el contratista de obra tienen la libertad de negociar los precios con el personal a contratar y proveedores, y/o redistribuir internamente la carga de sus costos unitarios para mantener el equilibrio económico de su contrato?

▪ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Por favor remitirse a las respuestas de las preguntas 3 y 6.

▪ **OCTAVO PROBLEMA PLANTEADO**

¿Debe exigirse al contratista de obra que igualmente presente los soportes de sus gastos por concepto de administración e imprevistos y únicamente pagarle el mismo valor que soporte?

▪ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Los costos de administración se encuentran incluidos dentro del (A.I.U) y constituyen una serie de costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, los cuales hacen parte del valor total de la oferta, motivo por el cual no hay lugar a soportarlos en la ejecución del contrato. En esas mismas condiciones, el imprevisto se encuentra incluido dentro del (A.I.U) el cual hace parte del valor del contrato, y consiste en una forma de asignar y tratar un riesgo previsible dentro de un Proceso de Contratación. A través del imprevisto, la Entidad Estatal traslada el Riesgo al contratista por los imprevistos que puedan ocurrir en ejecución del contrato, debido a esto, la Entidad paga el imprevisto al contratista para que este asuma el Riesgo por la ocurrencia de dichos eventos, por lo que en caso de no causarse, el contratista no se encuentra en la obligación de devolverlo a la Entidad Estatal, y si ocurre, no se encuentra en la obligación de soportarlo, pues como ya se indicó hace parte del valor del contrato.

▪ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. Cada Entidad Estatal planifica y estructura sus Procesos de Contratación teniendo en cuenta la necesidad en que tiene origen el Proceso; la cantidad de obras, bienes o servicios necesarios para suplir su necesidad; el objeto contractual, y los plazos contractuales, entre otros factores. Corresponde de igual manera determinar el mecanismo de remuneración del contratista seleccionado, de acuerdo con las circunstancias especiales de tiempo, modo y lugar, sus necesidades y la manera de satisfacerlas que sea consistente con los principios de la contratación estatal, en el cual se establece el monto de dinero determinado destinado para ello.
2. El Consejo de Estado al respecto del AIU estableció que "(...) el denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como en los



de obra 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, esto es: “A”; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es: “I”; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: “U”.

3. Debido a que la administración y el imprevisto hacen parte del A.I.U. y este a su vez del valor total del contrato, en ningún caso debe soportarlo el contratista.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral y artículo 40.

Consejo de Estado, Sección tercera M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente (18080) de 2011

■ NOVENO PROBLEMA PLANTEADO

¿Conforme a lo anterior, todos los contratos celebrados con Entidades Estatales deben realizarse a través de reembolso de gastos o administración delegada para que estas negociaciones y/o redistribuciones de costos no se configuren como un detrimento patrimonial o sobreutilidad?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual específica e individual de las Entidades Estatales, no obstante, de manera general le informamos que las Entidad Estatales son autónomas en la elaboración de sus Procesos de Contratación, y en el mismo sentido son autónomas para determinar el valor y la forma de pago de estos.

Sin embargo, no existen formas de pago que impliquen *per se* un rompimiento del equilibrio económico del contrato ni mucho menos un detrimento patrimonial, para que esto ocurra deben darse las condiciones o supuestos de hecho previstos para el desequilibrio económico del contrato y para el detrimento patrimonial. Como le informamos anteriormente, la Contraloría General de la República es la autoridad competente para establecer si hay o no detrimento patrimonial.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. De conformidad con la normativa vigente es posible celebrar contratos con diferentes formas de pago, a saber: a precio global, precio unitario, por administración delegada; por reembolso de gastos más honorarios, por concesión y aun, es posible crear otras formas de pago, según el contrato que se quiera celebrar.
2. Las Entidades Estatales podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales.
3. En los contratos que celebren las Entidades Estatales pueden incluirse



las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución, la Ley, el orden público, y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

4. Por último, Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la posible ocurrencia de un detrimento patrimonial, para lo cual le recomendamos en caso de tener una queja acudir a los órganos de control (Procuraduría General de la Nación; Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, Veedurías, etc.), o ante la Entidad Estatal que está adelantando el respectivo Proceso de Contratación.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 80 de 1993 artículos 13 y 40.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Luisa Fernanda Vanegas Vidal
Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Camilo Parra
Revisó: María Catalina Salinas R.

