

Bogotá D. C.

Ingeniero:
GABRIEL DIAZ BARRERA
Gerente de Intervención
Ciudad

UMV

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION
Y MANTENIMIENTO VIAL



Radicado No: 20160116011271
Destino: 132 GERENCIA DE INT - Rem: YENNY MARCELA
Folios: 8 Anexos: Copias: 0 2016-06-13 11:35 Cód ver: e2a5d

Asunto: Respuesta memorando con Rad. 20160116009438
Concepto Jurídico referente a ítems no previstos para ejecución de contrato de Obra N° 352 de 2015

Cordial Saludo,

De conformidad con la solicitud presentada por parte de la supervisión del contrato de interventoría N° 360 de 2015 y coordinación técnica del contrato de obra citado en la referencia tendiente a que esta Oficina conceptúe con respecto a la viabilidad de reconocimiento y/o pago de ítems no contemplados contractualmente y trae a colación lo siguiente:

"(...) Estos ítems se encuentran referidos como: 1. Movilización de maquinaria hasta 2 toneladas (incluye cague (sic) y descargue) 2. Movilización de maquinaria entre 2 y 8 toneladas (incluye cague (sic) y descargue), lo anterior previo a las siguientes consideraciones precontractuales (pliego de condiciones definitivo-anexo técnico) y contractuales

(...)

En caso de resultar improcedente el reconocimiento y/o pago de los ítems no contemplados contractualmente, se solicita a su vez indicar el procedimiento a desarrollar por parte de la UAERMV para efectos de anular y/o dejar sin efectos los ítems NP2, NP3, NP4 y precios pactados mediante el acta N° 9 de fijación de precios no previstos, comparación de precios unitarios no previstos"

En consideración con lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica requiere analizar los documentos previos y contractuales para lo cual señala:

ANTECEDENTES

1. Que el tres (03) de agosto de 2015 se suscribió el contrato de obra No. 352 que tiene por objeto: *"Obras de mantenimiento y rehabilitación para la conservación de la malla vial local, que permita complementar la ejecución misional de la UAERMV en los Programas y Proyectos que se encuentran a cargo de la entidad para los grupos 1,2,3,4 y 5 en la ciudad de Bogotá D.C que para el Grupo No. 2 comprende las siguientes zonas de intervención"*

GRUPO	LOCALIDAD	SEGMENTOS	ÁREA DE INTERVENCIÓN APROXIMADA	KILOMETROS
2	FONTIBON – ENGATIVA – BARRIOS UNIDOS TEUSAQUILLO MARTIRES PUENTE ARANDA	60	24.097.15	8,03

2. Que de conformidad con la cláusula octava del contrato en cita señala que el plazo de ejecución será de cinco (5) meses a partir de la suscripción del acta de inicio o hasta agotar el presupuesto oficial, lo que primero ocurra. Que la suscripción del acta de inicio acaeció el 22 de septiembre de 2015.
3. Que de conformidad con el párrafo primero de la cláusula ibídem señala: *"El cronograma estimado del proyecto y de cada uno de los frentes de obra, de acuerdo con los requerimientos del Anexo Técnico, el cual hace parte del presente contrato, resulta del análisis conjunto del CONTRATISTA, la Interventoría y la UAERMV"* Subrayado fuera de texto.
4. Que según la cláusula décima – obligaciones generales del contratista en el numeral 23 se manifestó: *El contratista deberá mantener durante el desarrollo del contrato a su personal de trabajo y vehículos (camiones y otros) identificados dentro del sitio de labor. (...)"*. Y con respecto a las obligaciones de la fase de ejecución de obras – obligación del componente técnico con respecto a los numerales 5, 8, 10, y 33 señala:

"5. Presentar a la interventoría para su aprobación el Alcance, la Metodología, el Enfoque, el Plan Anual de Caja PAC, la Programación de Obra, Cronograma de Cierres por unidad funcional de obra, el acta suscrita de los Análisis de Precios Unitarios de todas las actividades incluida en la lista de cantidades y precios o índices representativos presentados en la oferta (...)" .8. *"Ejecutar el contrato de obra cumpliendo con las normas y especificaciones técnicas vigentes y propias del proyecto. Teniendo en cuenta los principios de economía, eficiencia, celeridad y calidad. 10. Proponer para aprobación de la interventoría, las posibles soluciones a cualquier inconsistencia que encuentre durante la ejecución de la*

obra. 33. Disponer de los equipos, personal, materiales y demás insumos necesarios para la iniciación y ejecución de las obras de construcción de acuerdo con las fechas previstas en el cronograma aprobado por la interventoría.

5. Que según la cláusula vigésima primera la interventoría de este contrato está a cargo por MIRS LATINOAMÉRICA S.A.S para realizar el control y seguimiento técnico, administrativo, financiero, legal, social, seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente del contrato.
6. Que de conformidad con la cláusula vigésima quinta contractual existe una prevalencia del pliego de Condiciones cuando exista una discrepancia entre el contrato, la oferta y el pliego de condiciones.
7. Que mediante adición No. 1 y prórroga No. 1 suscrita entre las partes el 29 de diciembre de 2015 se acordó que el plazo de ejecución del contrato terminaría el 21 de abril de 2016 y se adicionaría en MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$1.861.624.230).
8. Que el 13 de febrero de 2016 se suscribió el acta No. 9 mediante la cual pactaron y fijaron precios unitarios no previstos previo estudio de la Interventoría, entre ellos, se resaltan por ser objeto de estudio los siguientes:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD APROXIMADA	PRECIO UNITARIO
NP2.	Movilización de maquinaria hasta 2 toneladas (incluye carga y descargue)	VIAJE	120	\$178.421
NP3.	Movilización de maquinaria entre 2 y 8 toneladas (incluye carga y descargue),	VIAJE	120	317.193

NP4	MOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA MAYOR A 8 TONELADAS (INCLUYE, CARGUE Y DESCARGUE, Y DOS VEHICULOS ESCOLTA)	VIAJE	120	\$812.807
-----	---	-------	-----	-----------

La anterior inclusión se encuentra justificada atendiendo a: *"que esta actividad corresponde a la necesidad de poder dar cumplimiento al procedimiento establecido para el traslado de maquinaria y/o equipo dentro del PIGMA¹ verificado por el área SST de la UAERMV. Cantidad aproximada teniendo en cuenta adición 120 viajes²"*

9. Que mediante adición No. 2 y prórroga No. 2 suscrita entre las partes el 21 de abril de 2016 se acordó que la fecha de terminación del plazo de ejecución correspondería al 21 de mayo de 2016, adicionándose en SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$639.863.335).

CONSIDERACIONES

Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, por lo que es menester destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por

¹ Programa de Implantación del Plan de Manejo Ambiental.

² Allegado mediante memorando No. 20160116002854 del 18 de febrero de 2016 por la Interventoría

mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado³

Concretamente, para el caso objeto de estudio se observa que la modificación contractual se surtió de manera formal y durante el plazo de ejecución contractual fruto de un acuerdo de voluntades previo concepto técnico de la interventoría justificándose en virtud de la adición suscrita y con ocasión a lo señalado en el PIGMA.

Si bien es cierto, la inclusión de estos ítems se encontró justificada técnicamente obedeciendo a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal, al ser esta actividad de "movilización" y a la luz de la justificación presentada para su inclusión, su carácter es excepcional bajo la premisa: (luego de suscrita la adición y para efectos de dar cumplimiento al PIGMA) en tanto a que estas actividades se encuentran inmersas en el eje contractual y en especial en la siguiente obligación contractual:

"33. Disponer⁴ de los equipos, personal, materiales y demás insumos necesarios para la iniciación y ejecución de las obras de construcción de acuerdo con las fechas previstas en el cronograma aprobado por la interventoría"

Por lo que de contera se podría decir que cualquier modificación contractual se encuentra soportada en una causa cierta y para el cumplimiento de unos fines públicos que hay que salvaguardar, así como también debería respetarse el principio de igualdad de los oferentes. En otras palabras, si se acepta que los contratos puedan modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar a determinadas condiciones técnicas para que luego de adjudicado sean cambiadas las condiciones contractuales. En consecuencia, cualquier modificación contractual se debe enmarcar bajo las anteriores premisas.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁴ De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española el significado *disponer* es: "Colocar – valerse de alguien o de algo"

En ese orden de ideas, ante el segundo cuestionamiento requerido: *¿En caso de resultar improcedente el reconocimiento y/o pago de los ítems no contemplados contractualmente, se solicita a su vez indicar el procedimiento a desarrollar por parte de la UAAERMV para efectos de anular y/o dejar sin efectos los ítems NP2, NP3, NP4 y precios pactados?* se debe indicar que tal planteamiento se escapa de la órbita contractual y de la competencia de la Oficina Asesora Jurídica en cuanto mal podría manifestarse sobre la improcedencia de esos ítems cuando:

1. El contrato feneció el pasado 21 de mayo de 2016 y ante este escenario jurídicamente no es posible realizar alguna modificación contractual sino que por el contrario, éste contrato se encuentra en sede de liquidación dentro del término para surtir la liquidación por mutuo acuerdo.
2. Al margen de lo anterior, la inclusión de los ítems y precios no previstos objeto de estudio desde el ámbito meramente formal se cumplió a cabalidad con el procedimiento contractual jurídico legal vigente, a saber:
 - La modificación contractual se realizó durante la ejecución contractual por la voluntad de las partes.
 - Se avalaron técnicamente la inclusión de los mismos en los términos del numeral 19 (Obligaciones del componente técnico) de la cláusula decima que cita: *En caso de requerirse ítems no previstos para la adecuada ejecución del proyecto, presentar a la interventoría la solicitud con los Análisis de Precios debidamente justificados dentro de los tres días calendarios siguientes a su identificación siendo aprobados por la interventoría y por la coordinación técnica del contrato de obra.*
 - En ese orden de ideas, previa aprobación de la interventoría y área técnica del apoyo para supervisar la ejecución de este contrato, la modificación realizada surte los efectos que se le pretendieron endilgar con base a las razones técnicas allí planteadas; por lo que ahora no es la oportunidad para que esta Oficina se manifieste sobre la viabilidad o procedencia de los mismos al tenor de las normas contractuales vigentes.

No obstante lo anterior, se recalca que para el debido reconocimiento de estas actividades por parte de la Entidad, además de ser ejecutadas por el contratista y de encontrarse señaladas en el anexo técnico del contrato, se requiere también que sean sujeto de la aprobación técnica, administrativa, legal, entre otros aspectos, por la interventoría junto con la coordinación técnica del contrato con respecto de los ítems reclamados por parte del contratista en su facturación correspondiente, en consecuencia, es la interventoría quien deberá manifestarse sobre el alcance contractual de la realización de estas actividades durante la ejecución del mismo y

dentro del marco de la justificación técnica presentada en aquella oportunidad para la inclusión de ítems no previstos.

De otra parte, la Oficina Asesora Jurídica advierte que este tipo de actividades (NP2, NP3 Y NP4) tienen un carácter restrictivo y deberán ser reconocidas y aprobadas siempre que cumplan la finalidad por la cual fueron incluidas y no deben estar previstas dentro del marco de las A.I.U. - Administración, Imprevistos y Utilidad - que fue ofertado en el valor total de la oferta e inclusive discriminado en el (anexo 11), el cual fue adjudicado y señalado como parte integral del contrato de Obra No 352 de 2015.

Bajo esta perspectiva, es relevante especificar el alcance de la significación de las siglas A.I.U., concepto que si bien es cierto en la legislación contractual no tiene una definición explícita, no ha sido óbice para que en torno a los elementos que lo integran el Consejo de Estado señale lo siguiente:

"(...) la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato. 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 (...)

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...⁵⁵ (Subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la jurisprudencia el AIU propuesto para el contrato, 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, el álea normal del contrato: I;
- iii). la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del

contrato, esto es: U.

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado (...) ⁵.

Planteadas así las cosas, la Oficina Asesora Jurídica considera que no es posible anular ítems pactados después de fenecido el plazo de ejecución contractual, sin embargo, en sede de liquidación "cierre de cuentas" es posible determinar la procedencia del cobro de estos ítems atendiendo a que su reconocimiento depende de las cantidades ejecutadas y aprobadas por la interventoría y/o supervisión del contrato respectivo, quien advertirá la procedencia y viabilidad del pago de dichas actividades.

Sin embargo, se reitera que las actividades relacionadas no deben estar incluidas dentro del margen de las A.I.U., en otras palabras, si la actividad de "movilización" hace parte de la categoría de: "*costos directos o indirectos o bien de imprevistos*" estas actividades no serán reconocidas ni deberán ser pagadas por el simple hecho de la existencia del ítem NP2, NP3 y NP4 por cuanto a que si dichas actividades estuvieran inmersas dentro de las A.I.U., lo anterior conllevó a que previamente se encontraran contemplados ciertos costos directos, indirectos e imprevistos cualquiera sea el caso, que permiten la debida ejecución contractual, razón por la cual mal podría la entidad reconocer por esa actividad si ya se encontraba contemplada dentro del contrato. En consecuencia a lo anterior, los ítems referidos tendrán asidero cuando no estén dentro del marco de las A.I.U. y sean ejecutados, causados y reconocidos a la luz de la justificación técnica abordada y que fue objeto para su inclusión en el anexo técnico respectivo.

Cordialmente,



YENNY MARCELA GONZÁLEZ SÁNCHEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Proyectó: Andrea Vargas. Abogada Contratista.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera (Subsección B) del 14 de octubre de 2011, rad. 20.811 C.P. Ruth Stella Correa Palacio