

480019

Instituto Nacional de Cancerología E.S.E
Gestión Documental y Correspondencia

No. Radicación: SAL-12114-2019

No. Folios: 1

Fecha: 2019-10-30 04:51:17 PM

480019

Bogotá,

Señor

Jaime Arturo Curvelo Garcia Mayorca

Representante Legal.

EESE INGENIERIA SAS CARRERA 61 No. 75- 99 LA CONCEPCIÓN

Tel: 3535706 Cel: 3157187723 Email: eeseingenieriasas@gmail.com / jcurvelog@yahoo.com

Barranquilla

Asunto: Respuesta Consorcio Eese Ingeniería

Respetados señores:

En relación a su solicitud enviada el 27 de Septiembre de 2019 nos permitimos efectuar las siguientes consideraciones: En primer lugar es importante de entrada expresar que la oferta económica presentada a la administración el día 2 de Agosto de 2019 dentro de la convocatoria pública número 528 de 2019, efectuó una estimación de costos indirectos por un valor de cincuenta y ocho millones cuatrocientos doce mil diecisiete pesos MCT/E \$ 58.412.017, costos que no fueron justificados por el oferente y de los cuales se pretende un reconocimiento económico por parte de la administración en el contrato.

En consideración a lo expuesto es de advertir que la entidad al momento de evaluar los pormenores económicos de la propuesta ha encontrado que no existen fundamentos de orden legal y jurídico que permitan entrar a efectuar el reconocimiento económico de dichos costos indirectos mediante su inclusión en el acto de adjudicación como en el contrato que se deriva como consecuencia del acto en mención. Las razones de este proceder de la entidad desde luego están en marcadas en una serie de argumentos que a continuación serán objeto de exposición:

1) Naturaleza jurídica del costo indirecto. Funcionalidad y marco de aplicación de esta condición de orden Económico.

Desde la perspectiva de un análisis del costo indirecto es necesario afirmar que su marco de aplicación se reduce a circunstancias muy especiales que han sido reguladas directa por la ley y aplicadas por ministerio de la misma ley tan solo a algunos contratos específicos, desde luego para dilucidar esta situación y el marco de aplicación del costo indirecto lo primero que se debe señalar es que en el derecho colombiano el costo directo no es una institución de carácter autónomo y por el contrario hace parte de una institución mucho más compleja denominada A.I.U (Administración, Imprevistos y Utilidad), de esta manera el A.I.U ha recopilado lo que se ha conocido como costos indirectos, así lo ha sostenido el Ministerio de Hacienda en concepto 017713 del 06 de Julio de 2010 que al referirse al tema de los costos indirectos señalo lo siguiente:

“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. El AIU 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.” (subrayado fuera de texto.)

En ese entendido resulta evidente sostener que los costos directos hoy por hoy están asociados en el derecho Colombiano a la Institución del A.I.U que en ultimas terminaría siendo la institución de orden jurídico que ostenta un mayor desarrollo de orden legislativo y en especial un desarrollo y tratamiento de la ley de carácter tributario, por ello ha sido especialmente el régimen tributario quien ha determinado los tipos de contratos que pueden llegar a ser objeto de la implementación de dicha institución y por ello es que resulta forzoso la remisión a este estatuto para definir en donde existe una autorización para pactar y reconocer este tipo de costos en los contratos estatales.

De esta manera general puede observarse que los principales y únicos desarrollos del tema se encuentran principalmente en el artículo 462-1 del Estatuto tributario y del artículo 3 del decreto 1372 de 1992, los cuales han permitido el reconocimiento de costos indirectos y liquidación del IVA sobre la utilidad para aquellos contratos cuyas prestaciones sean las siguientes: i) servicios integrales de aseo y cafetería, ii) de vigilancia, iii) Servicios temporales prestados por cooperativas y precooperativas de trabajos asociado y iv) Contratos de obra. Este tratamiento especial ha sido definido en los siguientes términos:

1.1 Art. 462-1. Base gravable especial.

Para los servicios integrales de aseo y cafetería, de vigilancia, autorizados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, de servicios temporales prestados por empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo y en los prestados por las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado en cuanto a mano de obra se refiere, vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces, a las cuales se les haya expedido resolución de registro por parte del Ministerio del Trabajo, de los regímenes de trabajo asociado, compensaciones y seguridad social, como también a los prestados por los sindicatos con personería jurídica vigente en desarrollo de contratos sindicales debidamente depositados ante el Ministerio de Trabajo, la tarifa será del 16% en la parte correspondiente al AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad), que no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor del contrato.

Para efectos de lo previsto en este artículo, el contribuyente deberá haber cumplido con todas las obligaciones laborales, o de compensaciones si se trata de cooperativas, pre-cooperativas de trabajo asociado o sindicatos en desarrollo del contrato sindical y las atinentes a la seguridad social.

Por otro lado, la ley 1819 no modifica el inciso primero del artículo 462-1, el cual puntualiza la tarifa del impuesto sobre las ventas correspondiente al 16%; sin tener en cuenta que esta misma ley incrementó

¹ Cristancho González Cristian Alexander. “Estudios Sobre la Estimación del A.I.U (Administración, Utilidades e imprevistos en empresas que desarrollan proyectos de ingeniería civil en la ciudad de Bogotá. Universidad católica de Colombia. Bogotá Pág. 19.



la tarifa del IVA del 16% al 19%. Para ello la DIAN expidió el Concepto 901902 de marzo 9 de 2017 donde aclara que la tarifa aplicable será del 19%.

"1.2 ARTICULO 3 DEL DECRETO 1372 DE 1992

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCION DE BIEN INMUEBLE.

En los contratos de construcción de bien inmueble, el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares.

En estos eventos, el responsable sólo podrá solicitar impuestos descontables por los gastos directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyeron la base gravable del impuesto; en consecuencia, en ningún caso dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble."

En relación a lo expuesto resulta evidente plantear que el A.I.U hace parte de una metodología tributaria para efectuar la liquidación del impuesto del IVA sobre una tarifa especial cuya base gravable es calculada en relación a las utilidades percibidas por el contratista en la ejecución de las obligaciones pactadas entre las partes y que como aspecto especial solo es aplicable a los contratos mencionados anteriormente, desde esta lógica el legislador plateo una restricción a su aplicación a ciertos contratos pues se trataba de una tarifa mucho más benéfica en el impuesto del IVA por múltiples razones asociadas en unos casos a la concurrencia de otros tributos aplicados al mismo hecho generador como ocurre con las contribuciones aplicadas al contrato de obra o en otras, que el IVA sobre utilidad es generado sobre contratos de prestación de servicios cuyo componente esencial es la mano de obra como ocurre con los contratos de aseo y vigilancia.

Es de insistir entonces que en este caso nos encontramos frente a una nueva acepción del principio de legalidad tributaria, pues en este caso solo podrían tener el régimen tributario de A.I.U aquellos contratos que por disposición legislativa han sido configurados con dicha metodología para la liquidación del impuesto del IVA así las cosas y en virtud de la técnica establecida por el legislador, puede señalarse que ningún otro servicio a los contemplados por la norma de la referencia, puede ser objeto de la aplicación del régimen especial del IVA sobre la base gravable del AIU, razón por la cual y dada la claridad del estatuto tributario en esta materia mal podría extenderse los efectos de este régimen especial de tributación referido al impuesto del IVA a un contrato para la elaboración de diseños, como efectivamente se puede corroborar en la convocatoria pública No 528 de 2019, objeto que puede resumirse de la siguiente forma:

PARA CONTRATAR LA REVISIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS DISEÑOS ESTRUCTURALES PARA DETERMINAR LA PRECISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE DISEÑO CONTENIDOS EN LA NORMATIVA SISMO RESISTENTE COLOMBIANA DE LA ACTUALIZACIÓN A LA NORMA NSR-10, DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE VULNERABILIDAD SÍSMICA TANTO PARA LAS CARGAS DE GRAVEDAD, COMO PARA LAS FUERZAS SÍSMICAS Y REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL PARA LOS EDIFICIOS DONDE ESTÁN UBICADAS LAS ÁREAS DE HOSPITALIZACIÓN A1, A2, A3, A4, A5, A6, RADIOTERAPIA (K) Y



CONSULTA EXTERNA (H) QUE HACE PARTE DE LA INFRAESTRUCTURA, ACORDE CON LOS PRESENTES TÉRMINOS DE CONDICIONES, SUS ANEXOS Y EL CONTRATO QUE SE CELEBRE PARA EL EFECTO.

De proceder de manera contraria por parte de esta administración frente a los postulados establecidos en el artículo 462-1 del estatuto tributario y en el *artículo 3 del decreto 1372 de 1992*, es decir extendiendo sus efectos a contratos o servicios diferentes a los allí definidos como podría ocurrir con lo pretendido por el oferente a un contrato de consultoría, conllevaría de manera inexcusable a una transgresión del principio de legalidad tributaria, la cual ha sido definida de manera general por la H. Corte Constitucional en los siguientes términos: *"El principio de legalidad en materia tributaria se encuentra consagrado en el numeral 12 del artículo 150 y en el artículo 338 de la Constitución Política: el primero consagra una reserva en el Congreso para "establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley", mientras que el segundo exige a la Ley, en algunos casos en concurrencia con las ordenanzas y los acuerdos, la determinación de los elementos de los tributos. Este principio se funda en el aforismo "nullum tributum sine lege" que exige un acto del legislador para la creación de gravámenes, el cual se deriva a su vez de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, en virtud del carácter democrático del sistema constitucional colombiano e implica que solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos. Históricamente este principio surgió a la vida jurídica como garantía política con la inclusión en la Carta Magna inglesa de 1215 del principio "no taxation without representation", el cual es universalmente reconocido y constituye uno de los pilares del Estado democrático".*²

Es de aclarar que dicha transgresión del principio de legalidad se hace evidente desde el punto de vista jurídico al efectuar una reflexión acerca del alcance y contenido de los elementos de la obligación tributaria y muy especialmente al que hace referencia al hecho imponible, elemento que hace alusión a la circunstancia económica concreta que da lugar al cobro del tributo, en este sentido vale la pena resaltar que históricamente dicho elemento ha sido definido como: *"como la circunstancia o presupuesto de hecho (de naturaleza jurídica o económica), fijado por la ley para configurar cada tributo, cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal; es decir, el pago del tributo. Por ejemplo, la obtención de renta por una persona física es el hecho imponible en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas."*³ Por lo tanto resulta evidente que según se desprende del artículo 462-1 de Estatuto Tributario los hechos imponibles generadores del impuesto entendidos como fenómenos económicos que dan lugar a la contribución los cuales están claramente definidos (Servicios integrales de aseo y cafetería, de vigilancia autorizados por la superintendencia de vigilancia privada y de servicios temporales prestados por empresas autorizadas por el ministerio de trabajo y en los prestados por cooperativas en cuanto a mano de obra se refiere. Contrato de obra) y por tal razón extender los efectos de la norma que contiene el régimen especial de liquidación del impuesto del IVA bajo el esquema de A.I.U a los contratos de consultoría- elaboración de diseños, se constituirá en una grave transgresión del principio de legalidad tributaria.

En relación a otras consideraciones expresadas en la petición elevada por el oferente se resalta entre otras cosas que el oferente fue inducido a un error presente en el formato habilitado para guiar la presentación económica de la propuesta, a lo que la administración debe responder que se trata

² Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2012. MP Doctor: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

³ <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params>



precisamente de un formato estándar en el cual es diligenciado según el tipo de contrato que se encuentra en trámite para la elección del contratista de tal suerte que según la situación concreta el oferente debe diligenciar teniendo en cuenta los aspectos tributarios fijados en la ley para esta tipología contractual, en este sentido resulta inadmisibles que el oferente por ignorancia del estatuto tributario haya omitido el correcto diligenciamiento del formato, más si se tiene en cuenta que los demás oferentes presentes en la convocatoria aplicaron de manera correcta el régimen impositivo imponible al contrato.

En consideración a este hecho relevante en el proceso de contratación es menester recordar algunos principios interpretativos del régimen legal aplicables a la situación concreta y que se pueden resumir en aquella máxima que ha preceptuado lo siguiente: "Ignorantia juris non excusat o ignorantia legis neminem excusat (del Latín, 'la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento)". Principio que muy a pesar de su antigüedad y génesis en el derecho romano modernamente ha sido adaptado bajo un nuevo esquema de interpretación constitucional en el derecho colombiano, evolución que ha sido generada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita. La solidaridad social, un hecho inevitable que la Constitución reconoce para construir sobre él conductas socialmente exigibles, ligada al artículo 13, invocado por los demandantes como norma violada por el artículo cuestionado, sirve más bien de fundamento al imperativo que él contiene, así como el artículo 95 que establece de modo terminante: "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes"⁴

Ahora bien es menester insistir que la administración no ha inducido a error al oferente en virtud de los argumentos expuestos, no obstante si a juicio del oferente se ha presentado una presunta contradicción en el formato de presentación de la oferta económica, como se sostiene en la petición se hace necesario insistir que la administración ostenta la facultad de interpretación de los términos de condiciones llamadas entre otras cosas a la preservación del orden jurídico en los procesos de contratación, facultad que de hecho ha surgido en Colombia en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado el cual ya ha fijado las reglas para la interpretación de los pliegos de condiciones de la siguiente manera:

"los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales -sin que ello lo convierta en un reglamento- para que se surta el proceso de selección, es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta -y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación- ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas. (...)»

El criterio teleológico es el principal instrumento para interpretar el pliego de condiciones. «(...) tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-657/97. Magistrado Ponente Doctor Carlos Gaviria Díaz



la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público.

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general. (...)»

Criterios para interpretar el pliego de condiciones. «(...) En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos -de naturaleza subsidiaria- son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad.

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones. (...)»⁵ (subrayado fuera de texto)

Esta facultad en favor de las entidades públicas tal y como se expreso ha permitido entre otras cosas la superación de problemas de interpretación en los términos de condiciones en los procesos de contratación, ya que si surge un problema hermenéutico entre las disposiciones de los términos de condiciones como lo sugiere el peticionario a todas luces la administración cuenta con las herramientas de orden jurídico que le permiten elegir la elección acertada ante las posibles contradicciones en que se haya incurrido en la elaboración de los términos de condiciones, permitiendo según la situación concreta la verificación y cumplimiento en cuanto a la prevalencia del orden jurídico.

En consideración a lo expuesto y en especial a lo sostenido por el peticionario en cuanto al reconocimiento de costos indirectos en el presente proceso de contratación por un valor de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DIECISIETE PESOS \$58.842.017 a la luz de lo expuesto se debe reiterar según obra en cuadro de adjudicación del 12 de Septiembre de 2019 que es imposible para la entidad efectuar un reconocimiento de los mismos, pues tanto su liquidación como su posible reconocimiento en este tipo de contratos de consultoría resultaría contrario a la ley y por esta razón no es exagerado admitir que su reconocimiento por parte de la administración deprecia en un posible detrimento patrimonial, situación que debe ser conjurada tomando las medidas pertinentes que eviten el pago de sumas de dinero sin fundamento legal alguno. Por tal motivo cabe resaltarse las nociones básicas del detrimento patrimonial el cual e puede sintetizarse en los siguientes términos:

⁵ Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA- SUBSECCIÓN C. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de Julio de 2013 Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).



*"Este punto es central en el estudio de la Responsabilidad Fiscal puesto que ella se estructura sobre el concepto de Gestión Fiscal. La Contraloría General de la República la vigila y la Responsabilidad Fiscal precisamente se deriva de ella. Esta es el pilar, contemplado en el artículo 3 de la ley 610 de 2000, sobre el cual se debe estructurar cualquier teoría seria al respecto. Es el elemento propio que la diferencia de otras responsabilidades y le da autonomía conceptual. En segundo lugar, la Ley nos dice que la gestión fiscal que produce el daño es aquella antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Lo cual básicamente quiere decir que el daño patrimonial al Estado ocurre cuando los gestores fiscales actúan de forma contraria a los principios que rigen la función administrativa en general y la gestión fiscal en particular. En síntesis, el Daño Patrimonial al Estado es producido en desarrollo de la Gestión Fiscal. La Ley contempla una serie de calificativos para la gestión fiscal que produce el daño en general se trata de una gestión fiscal que contraría los principios establecidos para la función administrativa y los fines o cometidos Estatales."*⁶

En consideración a lo expuesto se mantendrá el acto de adjudicación en las condiciones jurídicas y técnicas en el establecidas no dando lugar al reconocimiento de los costos indirectos planteados a la administración tanto en la oferta económica como en el derecho de petición. En virtud de lo expuesto se procede a efectuar la notificación del contrato en las condiciones señaladas recordando según lo expuesto en los términos de condiciones que el contratista cuenta con dos días contados partir de la presente comunicación para suscribir el contrato y aportar los documentos necesarios para proceder a su legalización.

Cordialmente,

CAROLINA WIESNER CEBALLOS

Directora General

Revisó: Michael Alejandro Alba Martínez - Profesional Especializado I Grupo Área Gestión Contractual. (En misión Gold RH)

Vo Bo: Wilson Ibarquén Lozano - Coordinador Grupo Área Gestión Contractual (E).

Revisó Lía Margarita Álvarez Puente- Subdirector General de la Gestión Administrativa y Financiera (E).

DG/CWC/SGGA/LMAP/GAGC/WIL/Sandra M.

⁶ Contraloría General de la República. Auto No 062 de marzo 12 de 2018. Gerencia Departamental Colegiada de Nariño. Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal. Proceso ordinario de doble instancia No 2015-0085.

