

EQUILIBRIO FINANCIERO O ECONOMICO / Contrato estatal. Vigencia de una norma tributaria como causa de su ruptura

El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (...) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (...) con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar.

FUENTE FORMAL: Con relación a este tema, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias: 30 de octubre de 2003, exp. 17213 y 2 de septiembre de 2004, exp. 14578.

CONTRIBUCION ESPECIAL - Impuesto. Rompimiento del equilibrio económico o financiero de contrato estatal

En el evento de que el contratista hubiese padecido un daño con ocasión del pago de la contribución especial o del impuesto de guerra, éste se debe a su actividad, en tanto celebró el contrato adicional, estando en libertad de no hacerlo en caso de que no fuera adecuado a sus intereses económicos. De manera que, no puede

ser de recibo que una vez celebrado los contratos adicionales, en vigencia de la Ley 104 de 1993, que establecía la contribución en mención, se pretenda o persiga un reconocimiento indemnizatorio por hechos que no son ajenos a la parte que lo solicita, dado que de haber actuado en forma cautelosa no se habrían producido los efectos económicos negativos que afirma soportar. (...) de las pruebas aportadas no es posible inferir que la contribución especial se hubiese cobrado sobre el contrato principal o durante sus dos primeras prórrogas efectuadas en los contratos adicionales en plazo que no debían gravarse y que no quedaban afectados con dicho impuesto (números 194 de 1992 y 242 de 1993), dado que, como se mencionó, en los comprobantes de pago no se realizó una discriminación ni se detalló sobre cuál contrato se realiza el descuento, y tampoco existe experticia que permita al juez dilucidar este punto, luego se deduce que se hicieron con cargo a los contratos adicionales en valor que sí quedaron gravados. Así mismo, aunque se trata de un asunto distinto al desequilibrio económico alegado, cabe señalar que si se hubiesen efectuado retenciones en exceso del referido impuesto, su devolución debía ser reclamada y demandada por otra vía diferente a la contractual (reclamaciones en sede administrativa y acción de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente). (...) Siguiendo el criterio jurisprudencial transcrito, basta afirmar que si bien la adopción de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, es indispensable que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato. En el presente caso, la sociedad demandante no probó la real situación económica del contrato en cuanto a cargas y beneficios después de los descuentos que por concepto de contribución especial le fueron practicados en algunos pagos, y si las utilidades obtenidas fueron menores a las que proyectó al momento de contratar, o si el pago del impuesto excedió el porcentaje de imprevistos pactado con grave detrimento de sus intereses. Por lo tanto, al no demostrar la parte actora la excepcional onerosidad que supuestamente le representó el cumplimiento de la medida estatal frente a las condiciones generales del contrato pactadas al momento de su celebración, no se cumple con el segundo presupuesto necesario para que se abran paso las pretensiones condenatorias contra la entidad pública demandada, cual es la alteración extraordinaria y anormal de la economía del contrato, o sea, la ruptura del equilibrio económico del mismo.

FUENTE FORMAL: Al respecto ver: Corte Constitucional, sentencia C-083 de 26 de febrero de 1993. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de septiembre de 2004, exp. 14578 y 4 de febrero de 2010, exps. 15.665, 15.400, 16.022 y 16.017

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

Actor: SOCIEDADES EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de mayo de 2001, proferida por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en el departamento de Antioquia, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARANDO que el Consorcio Contratista conformado por las SOCIEDADES EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA., CASTRO TCHERASSI Y CIA. LTDA. Y EL SR. EDGARDO NAVARRO, no está obligado a cancelar el impuesto de guerra consagrado en los artículos 1 y 2 del decreto 2009 de 1992 y los artículos 123 y 124 de la ley 104 de 1993, causados dentro de la ejecución del contrato 0544 de 1989 y los adicionales 194 de 1992, 242 de 1993, 014 y 462 de 1994, celebrados con el Ministerio de Transporte-Fondo Nacional de Vías-hoy Instituto Nacional de Vías ‘Invías’ sino que el valor de dicho impuesto debe cancelarlo directamente la entidad contratante.

SEGUNDO: CONDENANDO al Instituto Nacional De Vías-‘Invías’ a cancelar a las SOCIEDADES EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA., CASTRO TCHERASSI Y CIA. LTDA. Y EL SR. EDGARDO NAVARRO VIVES la suma de DOS MIL TREINTA Y OCHO MILLONES, OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$2.038.867.094) por concepto del impuesto de guerra retenido a los contratistas actualizado con base en el índice de precios al consumidor y del interés de mora causado sobre las mismas sumas.

TERCERO: NEGANDO las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS.”

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será revocada por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 11 de junio de 1996, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives, formularon demanda contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Se condene al Instituto Nacional de Vías a devolver a las sociedades que represento la suma de \$434.933.019,97, que hasta la fecha de ésta demanda ha cancelado a aquel, que constituye el mayor valor que los Contratistas tuvieron que cancelar por concepto de la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

2. Se condene, igualmente, al Instituto Nacional de Vías a pagar a mis poderdantes por concepto de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, que no es otra que la del doble bancario corriente de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio, sobre la expresada suma de \$434.933.019,97, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al no haber devuelto a la sociedad a los Contratistas que represento desde las fechas en que tuvieron que hacer los pagos y hasta la devolución de los montos correspondientes, como consecuencia de los valores cancelados por concepto de la Contribución Especial.

3. Se ordene al Instituto Nacional de Vías a devolver, junto con los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, a los Contratistas que represento la suma o sumas que a partir de la fecha de ésta demanda se hubieren visto obligadas a pagar por razón de la Contribución Especial o Impuesto de Guerra a que se refiere esta demanda.

4. Se ordene al Instituto Nacional de Vías que a partir de la fecha de la sentencia que ponga fin al presente juicio no cobre a los poderdantes en cuyo nombre actúo y durante el tiempo que quedare para la ejecución final del contrato, los valores correspondientes a la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

5. En subsidio de la petición indicada en el numeral 4) precedente, se ordene al Instituto Nacional de Vías que proceda a partir de la sentencia que ponga fin al presente proceso, a revisar los precios del contrato de obra pública materia de esta demanda, cuyos nuevos precios tendrán una vigencia igual a la que faltare para la finalización del plazo contractual, con el fin de aumentarlos en el porcentaje que se calcule como necesario para poder los contratistas atender a los nuevos costos que surgieron por razón de la aplicación de la ley que estableció la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.”

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. El 28 de septiembre de 1989, previo adelantamiento de proceso de licitación pública, el Fondo Vial Nacional, luego Instituto Nacional de Vías, y el Consorcio conformado por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives., suscribieron el contrato número 0544, cuyo objeto según la cláusula primera fue: *“EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala éste contrato, las obras necesarias para la pavimentación del sector Empalme Anillo Vial Cartagena-Carretera Santa Catalina-Galera-Zamba de la carretera Bayunca-Pontezuela-Galerazamba,, de acuerdo con los planos y las especificaciones suministrados por el FONDO VIAL, y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.”*

2.2. El contrato número 0544 de 1989, se modificó en 4 oportunidades para prorrogar su plazo, ampliar las fianzas o su valor y elaborar nuevos programas de trabajo e inversiones, así: a) Contrato n.º 194 de 1992, adicional n.º 1; b) Contrato

n.º 242 de 1993, adicional n.º 2; c) Contrato n.º 014 de 1994, adicional n.º 3; y d) Contrato n.º 462 de 1994, adicional n.º 4.

2.3. En la fecha de presentación de la demanda, el Consorcio compuesto por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives, se encontraba ejecutando el contrato 0554 de 1989 y sus adicionales, pues el plazo de su duración no estaba vencido, y la entidad contratante había recibido las obras realizadas, en forma parcial y, mes a mes, a su entera satisfacción, en prueba de lo cual el interventor designado ha suscrito las actas de obra mensual ejecutada y los comprobantes de pago.

2.4. El día 14 de diciembre de 1992, esto es, 3 años después de suscrito el contrato, el Gobierno Nacional, al amparo del estado de conmoción interior, dictó el Decreto 2009 de aquel año, en cuyo artículo primero dispuso que *“todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contrato de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”*.

2.5. El Gobierno Nacional prorrogó la vigencia del estado de conmoción interior, mediante el Decreto 1515 de 4 de agosto de 1993, con base en el cual prorrogó a su vez por 90 días calendario la vigencia del Decreto 2009, esto es, hasta el 2 de noviembre de 1993.

2.6. El día 30 de diciembre de 1993 se promulgó la Ley 104 de ese año, en cuyos artículos 123 y 124, se ordenó una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición, para todas las personas naturales o jurídicas que suscribieran contratos de obra pública para la construcción o mantenimiento de vías, la cual se descontaría por la entidad contratante de cada cuenta que se cancelara al contratista.

2.7. No obstante que el contrato materia de esta demanda se suscribió con anterioridad a la vigencia tanto de los decretos como de la ley que establecieron lo que se ha denominado el Impuesto de Guerra y, por tanto, no le eran aplicables las nuevas disposiciones, el Instituto Nacional de Vías procedió ilegalmente a aplicar dichas normativas y a efectuar deducciones de los pagos por obra mensual ejecutada de las actas 40d; 41-3, 42-3, 43-3, 44-3, 45-2, 46-2, 47-2, 48-2, 49-2, 50-2, 51-2, 52, 41d, 42, 43d, 44d, 45d, 46d, 47d, 46d, 49d, 50d, 51-3, 52-2, 53, 54, 55, 51d, 52d, 56, 53d, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 62 (bis), 63, 54-2, 56-2, 57-2, 58-2, 59-2, 60-2, 61-2, 64, 54d, 55d, 56d, 57d, 58d, 59d, 60d, 61d, 62-2, 65, 66, 67, 62, 63, 68, 69, 70, 71, 72, 64d, 65d, 66d, 67d, 73, 68d, 69d, 70d y 71, por un valor total de \$434.933.019.97.

2.8. El cobro de la contribución del denominado Impuesto de Guerra constituye un hecho imprevisible e irresistible, que rompió el equilibrio económico del contrato y que debe restablecerse en las mismas condiciones financieras que existían al momento en que el Consorcio compuesto por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives suscribió el contrato con el Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías.

2.9. El Consorcio compuesto por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives y otros

contratistas del INVÍAS se quejaron por la aplicación a tales contratos de una ley que no existía cuando se celebraron y procedieron a presentar, cada uno, las correspondientes reclamaciones.

2.10. El Instituto Nacional de Vías, así como otras entidades del Estado, solicitaron conceptos sobre el particular a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con el propósito de que se les informara si era procedente o no la aplicación de la ley que imponía la contribución para los contratos de obra pública celebrados con anterioridad a su vigencia.

2.11. Aun cuando los conceptos emitidos -que estima procedentes al caso- eran claros en el sentido de que la contribución correspondiente al Impuesto de Guerra no era aplicable para los contratos de obra pública que se hubiesen celebrado con anterioridad a la vigencia de las normas que lo establecieron, el Ministro de Transporte resolvió hacer una consulta sobre el particular a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quien en concepto de 19 de septiembre de 1994, señaló que el impuesto rige a partir de la fecha de su vigencia y es ajeno a la ecuación financiera del contrato, razón por la cual los mismos no podían ser reajustados para efectos de celebrar contratos adicionales, criterio que está en contradicción con la jurisprudencia de la Sala Contenciosa de la misma Corporación, en particular, las sentencias de 11 de marzo de 1972, exp. 561, y 27 de marzo de 1992, exp. 6353.

2.12. En consecuencia, la expedición de las normas que establecieron la contribución especial del Impuesto de Guerra es un hecho imprevisible e irresistible para las partes (hecho del príncipe), que implicó para los integrantes del consorcio contratista incurrir en costos adicionales que rompieron el equilibrio económico del contrato al disminuir la utilidad prevista en su ejecución, hecho que es imputable a la entidad contratante y por el que debe responder incluso con el reconocimiento de intereses y adoptando el mecanismo necesario para revisar los precios acordados con el fin de aumentarlos en el porcentaje requerido para atender el Impuesto de Guerra durante el tiempo que resta de ejecución el contrato.

3. Normas infringidas y concepto de la violación

El actor consideró que el INVÍAS al no restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato transgredió los artículos 2 y 6 de la Constitución Política; 38 de la Ley 153 de 1887; 86 del Decreto Ley 222 de 1983; 5 numeral 1, 4 numeral 8, 25 numeral 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 1495, 1496, 1602, 1603, 1604, 1613 y siguientes y concordantes del Código Civil; 822, 831, 868, 870, 871 y 884 del Código de Comercio.

En su concepto los contratos de la administración son ley para las partes y si bien se le conceden a ésta prerrogativas frente a los contratistas, se le otorgan también a éstos derechos que equilibran las cargas en orden a preservar la naturaleza contractual y su bilateralidad, los cuales desconoce el INVÍAS, al aplicar por sí y ante sí una ley posterior. En su criterio, *“[n]o restablecer las condiciones económicas y financieras del contrato materia de esta demanda, así como el ejercicio de facultades en forma arbitraria, no puede ser atribuido sino a la negligencia, ligereza, o descuido de la administración, conductas que no corresponden al deber de proteger a las personas en su vida, honra y bienes”*.

Así mismo, el INVÍAS no solo omitió el cumplimiento de sus funciones como autoridad, sino que, con su negativa de restablecimiento del equilibrio económico

del contrato, irrespetó las ventajas económicas otorgadas al contratista al pretender que asuma costos adicionales que no le son imputables a él sino a la administración.

A su juicio, para deducir la responsabilidad de la administración, en este caso resultan aplicables las teorías del hecho de príncipe y de la imprevisión, según lo enseña la jurisprudencia, toda vez que se presentó un hecho excepcional e imprevisible que rompió el equilibrio financiero del contrato, al imponérsele al contratista el impuesto de guerra, previsto en una ley que es posterior a la elaboración del pliego de condiciones y a la presentación de la propuesta que dio lugar a la celebración del contrato.

Concluyó que las partes habían ajustado su voluntad en torno a un régimen impositivo específico, que merece respeto.

4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

En auto de 8 de julio de 1996 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y al demandado.

5. La oposición de la demandada

Una vez notificada personalmente la demanda, la entidad pública demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y manifestó estar a lo probado en relación con los demás. Formuló las siguientes excepciones:

(i) Cumplimiento a lo estipulado en la ley

Señaló que el INVÍAS lo único que hizo fue darle cumplimiento a lo preceptuado en las normas impositivas contenidas en el Decreto 2009 de 14 de diciembre de 1992, Decreto 1515 de 4 de noviembre de 1993 y la Ley 104 de 1993.

Así, el INVÍAS antes Fondo Vial Nacional, dentro de la vigencia de las disposiciones citadas, al adicionar en valor el Contrato número 544 de 1989 suscrito con la parte demandante, llegó con éste a un nuevo acuerdo y cumplió, como era su obligación, lo ordenado en las mismas.

Agregó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto de 17 de mayo de 1994, rad. 601, indicó que a los contratos suscritos al amparo del Decreto Ley 222 de 1983 se les aplica ese estatuto, pero su reforma o adiciones, por tratarse de nuevos acuerdos de voluntades, se rigen por la Ley 80 de 1993 y la nueva legislación, de manera que teniendo en cuenta este concepto es claro que al adicionar en valor el contrato número 544 de 1989, las partes han manifestado su voluntad en forma libre y considerado todas las situaciones que implican su aceptación, en especial, lo relativo a la obligación que tenía el consorcio contratista de cancelar sobre el valor de la adición del contrato, la contribución especial o Impuesto de Guerra.

(ii) Inexistencia de la obligación a cargo de la demandada

Manifestó que, como consecuencia de la anterior fundamentación también se configura esta excepción, dado que en el caso concreto lo único que ocurrió fue el cumplimiento y ejecución por parte del ente estatal de un mandato legal, sin que

implique la obligación de tener que devolver con su patrimonio la mencionada contribución ni los intereses reclamados.

Adujo que el INVIAS sólo recauda los dineros por concepto de la contribución especial y luego los envía al Ministerio de Hacienda o a la entidad territorial respectiva, es decir, que los dineros no entran a sus arcas ni hacen parte de sus ingresos y menos aún de su patrimonio.

Insistió en que el contratista conociendo la existencia de la norma que lo obliga al pago de una contribución especial debe proveerla cuando celebre un contrato o lo adicione, pues dentro del mismo tal contribución constituye un costo que debe ser plenamente estipulado en el nuevo contrato (adición en valor), tal y como ocurrió en el contrato 462 de 1994, lo que hace que la contribución aludida *“no constituye un hecho imprevisible e irresistible para el contratista (...) Es decir que las partes alteraron y modificaron lo convenido inicialmente y se sometieron a la legislación vigente.”*

Finalmente, señaló que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto citado, concluyó que el descuento de la contribución especial no alteraba el equilibrio de los contratos.

6. Actuación procesal en primera instancia

6.1. Por auto de 28 de agosto de 1997 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes en la demanda y su contestación.

6.2. El 2 de septiembre de 1999 se celebró audiencia de conciliación, la cual resultó fracasada.

6.3. Mediante providencia de 11 de octubre de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual sólo intervino la parte demandante, para solicitar la declaratoria de prosperidad de sus pretensiones, a cuyo efecto reiteró los argumentos expuestos en la demanda e introdujo otros nuevos, así: (i) de las disposiciones contractuales se desprende claramente que en los contratos adicionales, los contratistas no podrían incluir en los precios unitarios que constituirían el nuevo valor del contrato, factores diferentes a aquellos que se tuvieron en cuenta al momento de presentar la propuesta, como podría ser, por ejemplo, nuevos impuestos que afectaran al contrato; (ii) para otros contratos suscritos por la demandante, ésta procedió a restablecerles el equilibrio económico, con lo cual resulta inexplicable que no hubiera hecho lo mismo en los demás contratos que se encontraban en condiciones similares; (iii) las adiciones que se hicieron al contrato principal no tuvieron como fundamento una adición real al contrato, pues nada nuevo se agregó a su alcance físico original, esto es, no hubo una ampliación del objeto contractual, sino una adecuación del valor estimado inicialmente, por cuanto la cantidad de obra a ejecutar había quedado mal calculada; y (iv) en todo caso, con base en la teoría del hecho del príncipe, se rompió el equilibrio financiero del contrato, toda vez que tanto la entidad contratante como la parte actora ajustaron su acuerdo de voluntades en torno a un régimen impositivo específico y vigente que merece el respeto de la ley y de ahí que el hecho nuevo creado por el Impuesto de Guerra, es exclusivamente imputable al INVIAS, quien debe asumir el riesgo de su restablecimiento. Citó en apoyo las sentencias de 18 de abril de 1989, exp. 5426; 27 de marzo de 1992, exp. 6353; 12 de marzo de 1992, exp. 6759; 19 de septiembre de 1994, exp. 8182, 16 de marzo de 1995, exp. 9863, 9 de mayo de 1996, exp. 10151 y 13 de diciembre de 1997, exp. 7873 del Consejo de Estado, Sección Tercera.

6.4. El Procurador Judicial 22 Administrativo de Bolívar, solicitó acoger las pretensiones, por cuanto la reglas de juego del contrato 0544 de 1989 venían predeterminadas desde la etapa precontractual, en la cual no se mencionaron circunstancias sobrevinientes, sino que se acordaron las pautas económicas del mismo; así *“luego que surgió la obligación de contribuir con el impuesto de guerra bajo la normatividad relacionada al principio del contrato que nos ocupa igualmente constituido en ley para las partes, no tenía porque ser alterado en detrimento del contratista en su ecuación financiera...[S]i los adicionales posteriores estaban llamados a ser cobijados por el nuevo dispositivo como lo pregona la parte demandada, porque en este caso se trataba de cumplir la ley, no por ello debió, ni debe perderse de vista que el cumplimiento de la ley aquí bien que se le vea bajo la óptica de un hecho del príncipe o de un acontecer propio o del marco de la teoría de la imprevisión (aunque para nosotros se trata de un hecho del príncipe), incidió inexorablemente en la ecuación financiera del contrato en condiciones desfavorables para el contratista.”*

7. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* estimó, en primer lugar, que dado que las excepciones formuladas atacaban la esencia misma del asunto, era procedente decidir las con el fallo de fondo.

Afirmó que la ejecución del contrato principal y de los adicionales estuvo gravada por el impuesto consagrado en el Decreto 2009 de 1992 y por el de la Ley 104 de 1993.

Sostuvo que en el Contrato n° 242 de 1993, en su cláusula primera, claramente se señala que el objeto de éste es la ampliación en valor del contrato principal y, a su vez, en el n° 462 de 1994, se reconoce un valor por imprevistos y por obras adicionales, de tal manera que el costo acumulado en la relación contractual ascendió en más de \$1.500.000.000oo.

Consideró que se cumplió con la condición consagrada en el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, dado que se amplió el valor, así como que se reconoció un mayor valor por obra adicional e imprevistos; es decir, a su juicio, los contratos adicionales celebrados luego de la entrada en vigencia de esta ley si estaban gravados por el Impuesto de Guerra.

Manifestó, además, que en el presente caso se cumplen los requisitos recogidos por la doctrina para que se configure el hecho del príncipe, así:

“a) Medida de carácter general y abstracto, imputable al Estado: se cumple por tratarse de una ley de contenido general y abstracto.

b) Naturaleza extraordinaria: tanto el Decreto 2009 de 1992, el cual se expidió con base en las facultades de conmoción interior, como la Ley 104 de 1993 son extraordinarias e imprevisibles.

c) Existencia del daño antijurídico: lo configura el valor deducido por INVIAS, que es una pérdida de la utilidad esperada por los contratistas en la ejecución de la obra.

d) Causalidad: la deducción es una aplicación directa de las normas que consagran el Impuesto de Guerra.

e) Ausencia de mora del contratista: No se señala por la contraparte y mucho menos por los demandantes, así como tampoco obra prueba en el proceso que demuestre que ellos se encontraban en mora. (...)

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la imposibilidad que tenían los Contratistas de prever el hecho de que un impuesto de esa naturaleza y calidad llegara a existir, variando de esta manera sustancialmente las condiciones de lo que esperaba ganar, máxime cuando en los Contratos Nro. 242 de 1993 y 462 de 1994 se expresa que las ganancias que estaban recibiendo corresponden al 8% del valor del Convenio. Sobre este porcentaje un impuesto del 5% del valor pagado es una suma considerable.”

Por lo expuesto, concluyó que en este caso con el cobro del Impuesto de Guerra al consorcio contratista se le alteró la ecuación contractual y con base tanto en los principios que rigen la contratación administrativa, como las normas vigentes sobre la materia, debe asumirse por el INVIAS dicho impuesto y cancelarle la suma que le fue retenida para tal fin de cada uno de los pagos efectuados, actualizada con base en el IPC y junto con los intereses moratorios al 12% anual, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

8. El recurso de apelación

La parte demandada presentó el 12 de octubre de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con el fin de que la sentencia impugnada fuera revocada y despachadas en forma desfavorables las pretensiones de los actores con algunos argumentos similares a los expuestos en la contestación de la demanda a propósito de la excepción de inexistencia de la obligación a su cargo.

Dentro de los fundamentos de la alzada esgrimió que se presentaba una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el beneficiario directo con el impuesto de guerra consagrado en el Decreto 2009 de 1992 (arts. 1 y 2) y en la Ley 104 de 1993 (arts. 123 y 124), es la Nación colombiana-Banco de la República, a quien debió demandarse y no al INVIAS.

Así mismo, señaló que la ley impositiva obliga a la parte contratista y no a la parte contratante, por lo que mal puede el INVIAS correr con un impuesto que la ley tributaria radica en cabeza de los contratistas beneficiarios de unos honorarios o utilidades.

Adicionalmente, señaló que si en todo caso no operara la apelación, se le diera el trámite del grado de consulta en los términos del artículo 184 del C.C.A.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. Remitido el expediente el 2 de noviembre de 2001 por el Tribunal *a quo* y previa sustentación, el recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 18 de junio de 2002.

9.2. Mediante auto de 22 de agosto de 2002 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto, etapa durante la cual:

9.2.1. El demandante solicitó confirmar la sentencia, por cuanto, en su criterio, están demostrados los supuestos establecidos para que se dé aplicación a la teoría del hecho del príncipe, causante del desequilibrio económico del contrato,

según se deduce de la jurisprudencia y lo manifestado en sus intervenciones en la primera instancia a las cuales se remite.

9.2.2. El demandado allegó memorial en el que argumentó que los actores están demandando como firmas independientes cuando debieron hacerlo como consorciados, dado que fue en esta calidad que celebraron el contrato y es una figura jurídica distinta a las personas que lo conforman, de donde se deduce que hay inexistencia de la obligación, tal y como se planteó en la excepción propuesta en este sentido en la contestación de la demanda, así como falta de derecho de pedir y de legitimidad en la causa por activa.

Así mismo, enfatizó que la contribución especial del 5% se le reconoció al consorcio dentro del rubro de imprevistos (\$436.179.414) equivalentes al 20% y al 25% del valor básico del contrato y dentro de los dos últimos adicionales, porque los dos primeros adicionales únicamente prorrogaron el contrato principal.

Indicó que, en efecto, el tercer contrato adicional n° 0014-94 fue gravado con el 5% de la contribución especial, pero hay que tener en cuenta que esa imposición no era nueva para el contratista ni era un acto imprevisto o imprevisible porque el gravamen ya venía rigiendo desde hacía 2 años con anterioridad a su suscripción, esto es, desde su creación mediante Decreto 2009 de 1992, de manera que el consorcio tuvo la oportunidad de incluir lo correspondiente a dicha contribución y si no lo hizo debe asumir su propio error.

Sostuvo que, de todos modos, en el cuarto contrato adicional n°. 462 de 1994, en el que se prorrogó el plazo, se reconfirmó la utilidad del 8% del valor básico del contrato y se estableció que el mayor valor de la obra por actividades complementarias más imprevistos era de \$2.034.036.376,40, que sumado al inicial daba lugar a la suma de \$4.193.933.448,40, pero para ayudar al contratista por los costos del impuesto de guerra se pactó una suma adicional de \$721.914.550, para un total final del contrato de \$4.915.847.998,40.

9.3. Por medio de auto de 1 de octubre de 2002 y a solicitud de la parte demandante se convocó a una audiencia de conciliación, la cual no se llevó a cabo pues la demandada manifestó que no le asistía ánimo conciliatorio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia impugnada, para lo cual abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) el objeto de la acción y el motivo de la apelación; 3) la legitimación en la causa por pasiva y por activa; 4) la contribución especial o "impuesto de guerra"; 5) el tránsito de legislación en materia de contratos estatales y su incidencia en la vigencia de los tributos; 6) la aplicación de la contribución especial a los contratos adicionales; 7) el principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura, y 8) el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal alegado en el caso concreto.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, idónea de acuerdo con la legislación vigente y ejercida en término

legal¹, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto por el Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998².

2. El objeto de la acción y el motivo de la apelación

La parte demandante pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública número 0554 de 28 de septiembre de 1989, celebrado con el Fondo Vial Nacional, ahora Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, por cuanto con la aplicación de la Ley 104 de 1993 (antes Decreto 2009 de 1992), se afectó la ecuación económica de la relación contractual, al imponer una contribución especial (impuesto de guerra) del cinco por ciento (5%) deducible sobre el valor de la obra mensual ejecutada, no obstante que aquel se suscribió con anterioridad a la vigencia tanto de los decretos como de la ley que la estableció. Estima que en este caso se dan los supuestos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, pues la ley constituyó un hecho imprevisible e irresistible para las partes, que produjo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, al disminuir la utilidad prevista por el consorcio contratista.

La entidad demandada se opuso a la demanda y formuló las excepciones de fondo de cumplimiento de la ley e inexistencia de la obligación a su cargo, pues consideró que lo único que hizo fue obedecer un mandato legal contenido en las normas impositivas del Decreto 2009 de 1992 y la Ley 104 de 1993, las cuales regían al momento de suscribir los contratos adicionales en valor que fueron afectados, lo que hace que la contribución aludida no constituya un hecho

¹ El término para intentar la acción de controversias contractuales estaba previsto en el artículo 136 del C.C.A. -en su versión del Decreto 2304 de 1989-, esto es, dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. La jurisprudencia de la Corporación había definido que en los contratos de ejecución sucesiva, como es el de obra pública, el término para demandar con ocasión de cualquiera de las incidencias que se presentaran en la relación negocial, apenas empezaba a computarse desde la liquidación del contrato. Vid. Sección Tercera, auto 8 de junio de 1995, exp.10.684 y sentencia de 22 de junio de 1995, exp. 9.965, C.P. Daniel Suárez Hernández. Igualmente, la jurisprudencia en lo atinente a la oportunidad para la realización de la liquidación de un contrato de la administración, señaló que si bien el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado (Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1988, exp. 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo) y, luego de transcurrido ese término la administración debía proceder a liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes (sentencia de 11 de diciembre de 1989, exp. 5334, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo). En este caso, como no se encuentra probado que el contrato de obra pública 544 de 1989 y sus adicionales se hubiesen liquidado, se tiene que la fecha de terminación del mismo habría sido el 28 de mayo de 1996, según el contrato adicional n.º 462 de 1994, luego la oportunidad para hacer la liquidación, en aplicación de la jurisprudencia (4 meses en forma bilateral más los 2 meses unilateralmente) vencía el 28 de noviembre de 1996, fecha desde la cual comenzaba el cómputo legal para el ejercicio oportuno de la acción y que permite colegir que al tiempo de la interposición de la demanda el 11 de junio de 1996, no había transcurrido el plazo legal mencionado para presentarla.

² De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13.460.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda por perjuicio materiales con la cual se inició este proceso ascendía a la suma de \$434.933.019.97.

imprevisible e irresistible para el consorcio contratista, de tal manera que no existe la obligación reclamada por los actores.

El Tribunal *a quo* acogió las súplicas al considerar, en esencia, que los contratos adicionales celebrados luego de entrada en vigencia de la Ley 104 de 1993 si estaban gravados por el Impuesto de Guerra, circunstancia que configuró un hecho del príncipe que alteró la ecuación financiera del contrato, motivo por el cual el INVÍAS debe asumir el valor retenido por dicho concepto, en forma indexada y con los intereses de mora a que hubiere lugar.

El INVÍAS impugnó esta decisión, alegando que existe falta de legitimación por pasiva, pues no es beneficiario del impuesto sino la Nación; y reiteró algunos de los argumentos de sus intervenciones en primera instancia, relacionados con la inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, por cuanto el Impuesto de Guerra está a cargo del contratista quien es el beneficiario de unos honorarios o utilidades y no de la contratante, quien únicamente cumplió la función de autoretenedor en los términos de ley.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico fundamental que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública número 0544 de 1989 por hechos no atribuibles al contratista y, como consecuencia de este análisis, si surge para la entidad demandada el deber de reparar, quien alude que sólo cumplió la ley y, por ende, que no existe obligación a su cargo.

En efecto, en el *sub lite*, las pretensiones de la demanda se fundamentan, precisamente, en la aplicación que hizo el INVÍAS de las normas que consagraron la contribución especial o impuesto de guerra respecto de contratos adicionales suscritos por las partes, lo que a juicio de la actora, rompió el equilibrio financiero del contrato principal celebrado.

En este contexto, la Sala efectuará el estudio y adoptará la decisión que corresponda, de conformidad con el análisis de los aspectos arriba enunciados y con fundamento en el criterio jurisprudencial expuesto en procesos similares en materia de la contribución especial o del impuesto de guerra³.

3. La legitimación en la causa por pasiva y por activa

La demandada en su recurso de apelación y en su escrito de alegaciones antes esta instancia formuló, por una parte, la falta de legitimación por pasiva por considerar que la demandada debió ser la Nación y no ella; así como la falta de legitimación por activa al estimar que debió demandar el Consorcio parte del

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, actor Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., C. P. Ricardo Hoyos Duque; de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, actor Sociedad Castro Tcherassi y Cía Ltda., C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 30 de octubre de 2003, exp. 17.213, actor Construca S. A., exp. 21.570, actor Sociedad Castro Tcherassi y Cía Ltda. y otra, C.P. María Elena Giraldo Gómez; de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, actor Conciviles S. A., C.P. Ricardo Hoyos Duque y de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, actor Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., C.P. María Elena Giraldo Gómez; de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, Actor: Luis Héctor Solarte Solarte, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, Actor: Victor Raúl Rodríguez Amaya, de 19 de febrero de 2009, exp. 19.055, y de 4 de febrero de 2010, exp. 15.665, Actor: Pavimentos y Construcciones de Colombia Ltda., exp. 15.400, Actor: Luis Héctor Solarte Solarte y otro, exp. 16.022, Actor: Guillermo Apraéz Ordoñez y otros, exp. 16.017, Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda. C.P. Enrique Gil Botero; 8 de febrero de 2012, exp. 20.344, actor: Industrial de Mezclas Asfálticas Ltda.-Indumezclas Ltda., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contrato 0544 de 1989 como tal y no los integrantes del mismo individualmente considerados.

Si bien podría considerarse que se trata de hechos exceptivos que debieron formularse oportunamente y en concreto en la contestación de la demanda⁴, lo cierto es que deben ser materia de pronunciamiento, en tanto el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo ordena que en “...la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada” e incluso prevé que “el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuesta o no, sin perjuicio de la reformateo in pejus”.

Previo el análisis de estos dos aspectos, es importante para la Sala distinguir la legitimación en la causa de la legitimación en el proceso.

La legitimación en la causa *-legitimatío ad causam-* se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal. En contraste, la legitimación en el proceso *-legitimatío ad processum-* se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, esto es, atañe a la aptitud legal de los sujetos para comparecer y actuar en el proceso y a su debida representación como partes en el mismo; por ello, sí constituye un presupuesto procesal y su falta configura un vicio de nulidad que compromete el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse.⁵

Bajo el anterior entendido, en el caso concreto, observa la Sala que:

3.1. No hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por pasiva, ni sobre la legitimación en el proceso, porque la demanda en acción de controversias contractuales se dirigió expresamente en contra de una de las partes del contrato 544 de 1989 y sus adicionales, fuentes del conflicto, esto es, el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, pues aunque la entidad pública contratante fue el Fondo Vial Nacional -establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, éste fue reestructurado mediante el Decreto 2171 de 1992 (art.52) y se transformó en dicho instituto.

Es decir, es menester precisar que podía ser dicho instituto la parte demandada en este proceso, teniendo en cuenta que se trata de un contrato del cual se hizo cargo al desaparecer el mencionado fondo por estar directamente relacionado con su objetivo y funciones (art. 62 *ibídem*), en tanto es claro que “las obras

⁴ Aunque el argumento de la falta de legitimación por pasiva se desprende de lo argumentado en dicha contestación de la demanda, cuando fundamentó la excepción de inexistencia de la obligación de la demandada.

⁵ Sobre estas nociones y diferencias Cfr. DEVIS, Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Dike, Duodécima Edición, 1987, págs. 263 y ss. Y a MORALES, Molina, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Undécima Edición, Editorial ABC, 1991, págs. 222 y 223, 452 y 453.

necesarias para la pavimentación del sector Empalme Anillo Vial Cartagena-Carretera Santa Catalina-Galera-Zamba de la carretera Bayunca-Pontezuela-Galerazamba, de acuerdo con los planos y las especificaciones suministrados por el FONDO VIAL,” se enmarcan dentro de las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial de responsabilidad de la Nación en lo que se refiere a las carreteras (Cfr. arts. 53 y 58 *ejusdem*)⁶.

Igualmente, se recuerda que la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa, es decir, una responsabilidad con falta y por lo mismo subjetiva, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales; o con base en un fundamento objetivo como el derecho del contratista al equilibrio financiero del contrato y el deber de las entidades públicas de mantenerlo y restablecerlo, es decir, una responsabilidad sin falta (objetiva), tal y como se explicará más adelante.

Por lo tanto, es importante aclarar, siguiendo las pretensiones y la *causa petendi* de la demanda que lo que se imputa es una responsabilidad contractual por la ruptura del equilibrio económico del contrato del que son parte los actores en consorcio y la demandada, de suerte que el INVIAS es la persona jurídica llamada a ser sujeto pasible de la acción de controversias contractuales ejercida en el *sub lite*, con independencia de que le asista razón o no aquellos, lo cual es materia del fondo del debate, no configurándose por tanto un falta de legitimación en la causa *-ilegitimatio ad causam-* por pasiva.

3.2. Tampoco se presenta una falta de legitimación en la causa por activa. En efecto, en el ámbito de la contratación estatal se le otorga a los consorcios y uniones temporales⁷ una capacidad jurídica limitada a la presentación conjunta por dos o más personas de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal⁸.

Los consorcios o uniones temporales son negocios jurídicos de colaboración económica, mediante los cuales se conjugan esfuerzos entre los contratantes (experiencia, capacidad técnica y operativa, personal, know how, recursos físicos y financieros, tecnología, etc.), con el objeto de ejecutar una actividad determinada

⁶ En este mismo sentido ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de fecha 4 de febrero de 2010, exp. 15.665, Actor: Pavimentos y Construcciones de Colombia Ltda., exp. 15.400, Actor: Luis Héctor Solarte Solarte y otro, exp. 16.022, Actor: Guillermo Apraéz Ordóñez y otros, exp. 16.017, C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ Los consorcios o uniones temporales son mecanismos de cooperación entre empresas, que se instrumentan a través de un negocio jurídico de colaboración, en virtud del cual dos o más personas naturales o jurídicas se vinculan transitoriamente y sin ánimo de asociarse, para realizar determinadas labores o prestar ciertos servicios en el tráfico jurídico comercial, sin que se constituya una persona jurídica diferente a ellas.

⁸ Según los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, bajo la primera figura del consorcio respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, en cuyo evento las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman; o al amparo de la segunda unión temporal, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se les impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal, debiendo en uno u otro caso designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. Así mismo, cabe anotar que ya el Decreto 222 de 1983, en los artículos 3, 5 y 6, permitía la figura del consorcio cuando se consideraba que de la ejecución conjunta de varias personas de un contrato, responsables solidariamente, se derivaran beneficios para la entidad contratante, en cuyo caso el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos o la celebración del contrato, según el caso, autorizaba esa modalidad de participación, que debía figurar expresamente en los pliegos de condiciones o en la invitación.

o la realización de una obra o la prestación de un servicio, y si bien en el campo de la contratación estatal permiten la presentación conjunta de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad pública, no constituyen una persona jurídica independiente a las personas que lo integran, las cuales conservan su individualidad jurídica y patrimonial, pese a que responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Además, la duración del consorcio o la unión es temporal y desaparecen de la vida jurídica, salvo estipulación en contrario, en el caso de que no sea favorecido con la adjudicación del contrato o a la expiración de la vigencia del contrato.

Ahora bien, corolario de lo anterior es que los consorcios y uniones temporales no pueden constituirse como sujetos procesales, es decir, no pueden comparecer al proceso en calidad de demandante o de demandado, pues se trata de figuras reguladas por el derecho sustancial que no tienen capacidad para ser parte procesal, pues quienes detentan esa capacidad son las personas naturales o jurídicas que lo integran.

Por consiguiente, de comparecer en juicio como demandante o demandados, tal calidad la tendrán sus integrantes y no el consorcio o unión temporal, pues tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia vigente de la Sección *“al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, la capacidad para comparecer en proceso reposa en cabeza de las personas naturales o jurídicas que los integran...”*⁹

Así las cosas, dada la naturaleza jurídica de los consorcios explicada en precedencia, la Sala entiende que los miembros de éstos deben intervenir en juicio y actuar debidamente representados como demandantes o demandados en calidad de litis consortes (necesarios o facultativos, según el evento)¹⁰, tal como sucede en el presente caso en el que demandaron las personas jurídicas y naturales, esto es, las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives, que integraban el consorcio parte del contrato de obra públicas n.º 0544 de 1989 y sus adicionales, motivo por el cual se concluye que no existe una falta de legitimación por activa en el presente proceso.

4. La contribución especial o “impuesto de guerra”

La contribución especial, comúnmente denominada “impuesto de guerra”, fue creada por el Gobierno Nacional al amparo del estado de conmoción interior¹¹, por el Decreto Legislativo 2009 de 14 de diciembre de 1992¹², con el fin de dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación, así:

“Artículo 1º. Todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente Decreto, suscriban contrato de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contratos de

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 7 de diciembre de 2005, Exp. 76001-23-31-000-1998-00091-01(27651), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Radicación número: AP- 760012331000200505632-01, Actor: Personería Municipal de Santiago de Cali, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ Declarado mediante Decreto 1793 de 8 de noviembre de 1992.

¹² Diario Oficial número 40.690 de 15 de diciembre de 1992.

adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”.

Dicha contribución debían pagarla *“los contratistas cuando la respectiva licitación haya sido abierta con posterioridad al 1º de enero de 1993, o, en los casos en que no haya habido licitación, cuando la oferta o cotización se haya presentado a las entidades de derecho público a partir del 1º de enero de 1993”*, así como los que celebraran contratos adicionales a los ya existentes y se liquidaba *“sobre el valor del contrato, descontando previamente los impuestos que se causaran directamente en razón de éste”* (Decreto 265 de 5 de febrero de 1993).

Posteriormente la disposición que consagró la contribución fue prorrogada por el Decreto Legislativo 1515 de 4 de agosto de 1993¹³, preservándose en los artículos 123 y siguientes de la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993¹⁴, así:

“Artículo 123.- Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.”

Parágrafo. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este capítulo.

Artículo 124.- Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución financiera que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente...”

La Ley 104 de 1993 únicamente varió la forma como se cobraría el impuesto, dado que ordenó que fuera deducido del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista. A partir de esa época la disposición que consagra el impuesto sigue vigente, por cuanto las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006¹⁵ y actualmente 1421 de 2010, con algunas modificaciones, la han venido prorrogando.

¹³ Diario Oficial 40.977 de 4 de agosto de 1993.

¹⁴ D.O. No. 41.158 de 31 de diciembre de 1993.

¹⁵ “Artículo 6. De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así: “Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición./Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión./Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley./ Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder

Como puede apreciarse de las anteriores normas, la mencionada contribución, para la época de los hechos que suscitan el presente proceso, presenta las siguientes características:

(i).- El hecho económico generador es la celebración de contratos principales o contratos adicionales al valor de los existentes con entidades públicas, cuyo objeto sea la obra pública para construcción y mantenimiento de vías.

(ii).- El sujeto pasivo es el contratista, persona natural o jurídica, que celebre con una entidad pública el aludido contrato o contratos adicionales al mismo.

(iii).- El beneficiario es la Nación, Departamento o Municipio del nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante.

(iv).- La tarifa o monto es del 5% del valor total del contrato o de la respectiva adición, según sea el caso y se hará efectivo su recaudo por la respectiva entidad pública contratante mediante descuento sobre el anticipo o sobre cada cuenta que cancele el contratista, según sea el caso.

En fin, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación, *se trata de una medida de carácter general que se aplica a un sector determinado de la economía: los contratistas del Estado para la construcción o mantenimiento de las vías, gravamen que si bien es cierto fue creado por el legislador excepcional en uso de las atribuciones del estado de conmoción interior -art. 213 Constitución Política-, luego el Congreso lo incorporó a la legislación ordinaria y desde entonces tiene fuerza material de ley*¹⁶.

5. El tránsito de legislación en materia de contratos estatales y su incidencia en la vigencia de los tributos

Dentro del debate del proceso se presenta como uno de los temas centrales la aplicación de la ley en el tiempo frente a los contratos, específicamente la que consagra cargas impositivas, dado que, por una parte, se alega que el contrato materia del *sub lite* se suscribió con anterioridad a la vigencia tanto de los decretos como de la ley que estableció el Impuesto de Guerra y por tanto no le eran aplicables las nuevas disposiciones; y de otra parte, porque los contratos adicionales fueron suscritos en distintos años, bajo la vigencia de estatutos contractuales diferentes. Por esta razón, resultan pertinentes las siguientes reflexiones:

5.1. La regla general es que las normas jurídicas rigen todos los hechos que ocurran durante su vigencia, esto es, durante el tiempo en que resultan plenamente

el recaudo de sus impuestos o contribuciones. /Autorízase a los Gobernadores Departamentales y a los Alcaldes Municipales y Distritales para celebrar convenios interadministrativos con el Gobierno Nacional para dar en comodato inmuebles donde deban construirse las sedes de las estaciones de policía./Parágrafo 1°. En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución./Parágrafo 2°. Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación.”

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque; reiterada en sentencias de 4 de febrero de 2010, exp. 15.665, Actor: Pavimentos y Construcciones de Colombia Ltda., exp. 15.400, Actor: Luis Héctor Solarte Solarte y otro, exp. 16.022, Actor: Guillermo Apráez Ordoñez y otros, exp. 16.017, Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda. C.P. Enrique Gil Botero.

aplicables sus efectos y, por tanto, resultan obligatorias, de manera que realizados o verificados los supuestos fácticos que ella contempla se producen las consecuencias jurídicas que la misma establece, regla que ningún inconveniente ofrece cuando las consecuencias jurídicas se extinguen totalmente estando en vigor la norma, como tampoco cuando el hecho no se ha presentado o comenzado en vigencia de la ley antigua, al tener advenimiento otra norma posterior.

No obstante, se plantea un conflicto de normas en el tiempo cuando el hecho ocurrió al amparo de la ley antigua, pero sus consecuencias jurídicas se producen o se prolongan en vigencia de la ley nueva, o cuando acaecido el hecho en rigor de una determinada norma, la ley posterior entra a fijar nuevas condiciones o suprime o modifica las previstas en la antigua. Es decir, se está en presencia de un conflicto de leyes en el tiempo, cuando a una situación de hecho que venía siendo regida por una norma jurídica se le somete a otra norma nueva y se desea indagar si los derechos y demás relaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la primera pueden ser desconocidas o no por la segunda.

Adviértase, entonces, que la entrada en vigencia de una norma tiene una sustancial influencia en las cargas, deberes, derechos, obligaciones y en general en todas las situaciones y relaciones jurídicas que entran bajo su cobijo, sea para sanearlas, ora para su constitución o nacimiento, modificación o extinción de las mismas, lo que genera problemas en la aplicación de la ley, y plantea el interrogante de cuál es aquella ley bajo cuyo mandato ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere o modifique lo que otra establecía.

En la búsqueda de una solución al problema que suscita la temporalidad de las normas jurídicas, la doctrina clásica *ius privatista* estructuró la noción de los derechos adquiridos, entendidos como todos "...aquellos que han entrado a nuestro dominio en rigor de una ley y que no pueden sernos arrebatados o desconocidos por aquel de quien lo hubimos..." (Merlín), definición a partir de la cual se proscribió el efecto retroactivo de la nueva norma cuando se violan esos derechos, pero no cuando se desconocen meras expectativas. Bajo este criterio, la ley nueva es aplicable siempre que no vulnere derechos adquiridos, o sea, situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley antigua, y que, en consecuencia, quedan incorporadas válidamente al patrimonio de una persona; a contrariedad de lo que sucede con las meras expectativas, esto es, aquellas esperanzas de alcanzar un derecho o la posibilidad de beneficiarse de un resultado jurídico, en cuyo caso nada se opone a que la ley sobreviviente se aplique, porque, como se señala en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra ley nueva que las anule o cercene..."

Otra corriente (Roubier) explicó que el problema se resuelve al distinguir entre las situaciones jurídicas constituidas al entrar en vigencia la ley nueva y las que aún se encuentran en vías de constitución, de manera que las totalmente extinguidas o las ya constituidas no pueden ser vulneradas o desconocidas por la ley nueva (*facta praeterita*) y, *contrario sensu*, la ley nueva sólo podría ser aplicada a las situaciones que se encuentran en vías de constitución (*facta pendentia*), o a las que se constituyan en el futuro (*facta futura*).

De las tesis anteriores, cuyos matices han dado lugar a una profusa discusión en la ciencia jurídica¹⁷, se han valido los ordenamientos¹⁸ para construir la regla

¹⁷ Por ejemplo, según Baudry - Lacantinerie y Houques - Fourcade, el derecho adquirido es la facultad regularmente ejercida, y la expectativa la que no lo había sido al momento de efectuarse el cambio de legislación, o viceversa, la facultad legal no ejercida es una simple expectativa que solo se convierte en

general de la irretroactividad de la ley, según la cual, con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla.

El efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, dejando insubsistente la ley anterior, de manera que las situaciones nacidas o los hechos ocurridos durante la vigencia de ésta pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva. O sea, la ley posterior puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que, pese a que se originaron bajo el imperio de la ley antigua, no tuvieron la virtualidad de obtener su consolidación como un derecho¹⁹.

La irretroactividad, entendida, pues, como la no aplicación de la ley a unos hechos o actos jurídicos cumplidos en una fecha anterior a su entrada en vigor, es un principio consagrado en nuestra Constitución Política (arts. 29²⁰ y 58²¹), para evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de una ley por la expedición de otra, y en fin, en aras de la seguridad jurídica y el juzgamiento conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa.

derecho adquirido en virtud de su ejercicio, de suerte que cuando la nueva ley destruye una facultad no ejercida dentro de la vigencia de la norma anterior no puede ser vista como retroactiva, porque nadie perjudica. O, Bonnecasse, quien se aparta de estas nociones, y explica su tesis a partir de las situaciones jurídicas concretas en cambio del derecho adquirido, esto es, la manera de ser que se deriva para determinada persona de un acto o hecho que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, y la situación jurídica abstracta en vez de la mera expectativa, es decir, la manera de ser eventual o teórica frente a una disposición, en forma tal que una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta y no abstracta. Cfr. Maynez, García, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, Pág. 391 y ss.

¹⁸ El artículo 2 del Código Civil Francés, estatuye: “*La ley solo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo*”. Similar norma se encontraba contenida en el artículo 13 del Código Civil Colombiano que señalaba: “*La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción a esta regla que la que admite el artículo 24 de la Constitución Nacional, para el caso de que la ley posterior, en materia criminal, imponga menor pena...*”, disposición que fue derogada por el art. 49 de la Ley 153 de 1887, pues se consideró en su texto que no se trataba de un principio absoluto y por ello introdujo una serie de disposiciones para su aplicación.

¹⁹ Verbigracia: Art. 18 de la Ley 153 de 1887: “*Las leyes que por motivo de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general e inmediato...*”; o lo previsto en materia procesal en el artículo 40 *ibídem*, el cual determina que las leyes procesales -de sustanciación y ritualidad de los juicios- rigen desde su vigencia y, por tanto, prevalecen sobre las anteriores, esto es, son de aplicación inmediata, excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, o actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, eventos que se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

²⁰ Con la excepción consagrada en el inciso tercero de este artículo 29 de la Constitución Política para efectos penales, en la que se admite expresamente la aplicación de la ley posterior a hechos pasados cuando la disposición es permisiva o favorable.

²¹ El artículo 58 de la Constitución dispone: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social...”, precepto superior que consagra la no retroactividad de la ley, aun cuando establece su excepción.

Sin embargo, este principio no es de carácter absoluto y cede por autoridad de la propia Carta Política y, por ende, ante principios superiores, como ocurre en el caso de las leyes penales favorables (art. 29 C.P.); o por precisas razones de orden público e interés general, con fundamento en las cuales bien puede el Legislador establecer ciertas y expresas excepciones a la misma; o también como sucede en los casos de las leyes interpretativas (arts. 14 y 58 C.R.P.M).

5.2. En materia de contratos, por regla general, impera la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua.

En efecto, cuando *Roubier* concluyó que debía exceptuarse del efecto general e inmediato de la ley las consecuencias jurídicas no realizadas de los contratos regidos por normas precedentes, para aceptar que a los mismos continúa aplicándose la ley antigua, fundamentó esa supervivencia de la norma vigente al tiempo de la celebración de los contratos, en que en ellos, con excepción de las condiciones de validez y capacidad, existe un margen amplio de libertad de las partes para manifestar su voluntad en múltiples formas, para obtener los efectos jurídicos por ellos deseados, de suerte que constituyen un acto de previsión, en el que “[l]os contratantes, que vinculan a él sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley. Es evidente que la elección hecha por las partes sería inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluído, viniese a echar por tierra sus previsiones...”²²

En esta misma dirección, al comentar la jurisprudencia francesa *Henri, León y Jean Mazeaud*, señalan que ésta tiene por sentada la necesidad de “...distinguir entre las situaciones jurídicas no contractuales, que la nueva ley debe alcanzar inmediatamente, de las situaciones contractuales incluso en curso, que no podrían ser modificadas sin perturbar injustamente el equilibrio del contrato con perjuicio de uno de los contratantes (...) Sin embargo, motivos imperiosos de orden público, pero solo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debía alcanzar...”²³

En nuestro orden jurídico, a la par que en la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato; en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. A propósito de esta norma, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia de vieja data, puntualizó:

“...Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados

²² Cfr. en Maynez, García, Eduardo, Ob. Cit. Pág. 393 y ss, en el cual este autor expone que la tesis de Paul Roubier, en su obra “*Des conflicts de lois dans le temps, 1928,*” se basa en la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley, según atrás se explicó.

²³ Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa, 1959, Págs. 299 y ss.

con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento que se celebró la convención...”²⁴

La citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general.

De otra parte, el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (*tempus regit actum*), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley.

En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

5.3. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:

(i) En el Decreto Ley 150 de 1976: *“Artículo 203. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto...”*

(ii) En el Decreto Ley 222 de 1983: *“Artículo 300. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes”.*

(iii) En la Ley 80 de 1993 (actualmente vigente): *“Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”*²⁵

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.

²⁵ La lectura de este artículo debe realizarse conjuntamente con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 81 *ibidem*, en virtud del cual, a partir de su promulgación, la cual tuvo lugar el 28 de octubre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.094, entraron a regir varias de sus normas relacionadas -entre otras materias- con el contrato de concesión, la fiducia pública, el encargo fiduciario y los servicios y actividades relacionadas con telecomunicaciones; Dispone el precepto: “A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el párrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.” A su vez, el inciso tercero de esta última norma, estableció que las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, entrarían a regir el 1º de enero de 1994, salvo las disposiciones relativas a registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciaría un año después de la promulgación de esta ley.

Cabe advertir que en el Decreto Ley 150 de 1976 se dio la posibilidad de escoger entre el régimen anterior y el nuevo para efectos exclusivos del trámite de perfeccionamiento del contrato, facultad que fue suprimida por el Decreto Ley 222 de 1983, para en cambio ordenar la aplicación en esta misma materia - procedimiento- de la ley anterior vigente y precedente al nuevo estatuto; mientras que en la Ley 80 de 1993, se amplió la regla al disponer que los contratos (régimen sustantivo), los procedimientos de selección y procesos judiciales en curso, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación, según el caso.

Así las cosas, conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia, tal y como lo explicó la Sala en el siguiente pronunciamiento:

“...¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato? (...) La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

Queda claro entonces que **frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia -mas no su validez- como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite**; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales **deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó...**²⁶ (negrilla por fuera del texto original).

En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas, regla de carácter general que admite excepciones, de acuerdo con la Constitución y la ley.

5.4. No obstante lo expuesto, es del caso señalar que esta Corporación ha precisado que la aplicación de la ley contractual al contrato principal y a sus adicionales, es un tema diferente al fondo de la controversia objeto de juzgamiento, pues *“normativamente no tiene ninguna incidencia con la vigencia de los tributos, porque es la Constitución Política la que determinó que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”*²⁷. En efecto, el

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de octubre de 2003, exp. 17.213, C.P. María Elena Giraldo Gómez..

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

artículo 338 constitucional, último inciso, dispone que “[l]as leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

Por tanto, reitera esta Sala el criterio jurisprudencial ya decantando en el sentido de que si bien es cierto que los contratos se rigen por la ley vigente al momento de celebración del contrato principal, salvo las excepciones indicadas en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, no resulta cierta la pretendida extensión de las normas vigentes a la celebración del principal con los hechos relativos a las contribuciones, en los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, etc., porque es la propia Constitución Política la que determinó que se aplicarán a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo²⁸.

6. La aplicación de la contribución especial a los contratos adicionales

La norma del Decreto Ley 2009 de 1992 que estableció el pago de la contribución especial en relación con los contratos adicionales en valor, fue demandada ante la Corte Constitucional, con el argumento de que de conformidad con el artículo 58 del Decreto ley 222 de 1983 el contratista tenía derecho a la adición del contrato cuando fuera necesario modificar su valor, de manera que era clara la retroactividad del impuesto, pues recaía sobre una estipulación anterior a su vigencia en los contratos celebrados antes del 15 de diciembre de 1992. La Corte Constitucional, en sentencia C-083 de 26 de febrero de 1993, declaró la exequible la anterior disposición al considerar que:

“El artículo revisado, tampoco resulta contrario a lo preceptuado por el artículo 363 de la Constitución Política, al disponer que las personas naturales o jurídicas cuando ‘celebren contratos de adición al valor de los existentes’ deberán igualmente pagar la contribución del 5% sobre el valor de dicha adición. El contrato adicional si bien es cierto que se refiere a un objeto predeterminado entre la Administración y el contratista, tiene autonomía en cuanto a la determinación de ‘plazos’ y al ‘valor’ del pago. Estas nuevas realidades contractuales se fijan de común acuerdo entre las partes conforme a lo previsto en el artículo 58 del Decreto 222/83. Difiere este valor proveniente del contrato adicional de la ‘revisión de precios’ prevista en el artículo 86 del mismo estatuto contractual, la cual no es más que la ejecución o desarrollo de una realidad contractual predeterminada. No ocurre lo mismo, por tratarse de una realidad nueva, no prevista en el contrato principal, en el caso del contrato adicional para lo cual no se presenta la violación planteada por uno de los intervinientes, a la no retroactividad propia de las leyes tributarias que ordena la Carta Fundamental.”²⁹ (se subraya)

En tal virtud, la Corte Constitucional consideró ajustada la disposición legal a la Constitución Política, en punto a su aplicación a los contratos adicionales, con fundamento en que, aún cuando dependen y están sometidos al contrato principal en tanto éste predetermina su objeto -que incluso no pueden modificar-, se trata de nuevos acuerdos de voluntad entre las partes y tienen autonomía en cuanto al plazo y al valor del pago.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, C.P. María Elena Giraldo Gómez y 4 de febrero de 2010, exps. 15.665, 15.400, 16.022 y 16.017, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-083 del 26 de febrero de 1993, MP. Fabio Morón Díaz.

A su turno, la Sección en sentencia del 29 de mayo de 2003, señaló que era procedente el cobro de la contribución especial en los contratos adicionales, por cuanto las adiciones al valor *“fueron formalizadas por las partes de acuerdo con las exigencias del art. 58 del decreto ley 222 de 1983, esto es, suscribieron los respectivos contratos adicionales y se cumplieron los requisitos presupuestales”* y, además, por cuanto en ellos expresamente se señaló que a dichos contratos les era aplicable *“la contribución especial de que trata el artículo 123 de la ley 104 del 30 de diciembre de 1993”*.

En esa oportunidad hizo énfasis en que si no existía la obligación legal para el contratista de suscribir contratos adicionales para incrementar el valor inicialmente estimado en el contrato principal, como lo alegaba la parte demandante, *“debió, entonces, demandar la declaratoria de ilegalidad de los mismos, en tanto dichos contratos se suscribieron y fueron objeto del cobro de la contribución especial, pues cabe recordar que la ley 104 de 1993 estableció que debían pagarla todas las personas que suscribieran contratos o celebren contratos de adición al valor de los existentes”*.

Igualmente agregó que *“si el equilibrio económico del contrato puede lograrse a través de la revisión de precios o ajuste de los mismos, pudo también la sociedad contratista acudir a ese mecanismo, en la medida que los precios inicialmente convenidos hubieran resultado insuficientes para cumplir cabalmente con la ejecución del contrato y haber demostrado el detrimento de la remuneración pactada que alega.”*

7. El equilibrio económico o financiero del contrato estatal y la vigencia de una norma tributaria como causa de su ruptura

7.1. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe preservarse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio³⁰.

³⁰ Actualmente, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, preceptúa: “Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”/“Para tales efectos, las

De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*³¹, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas³².

Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean éstas abusivas o no.

b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.” Igualmente, en el artículo 5 numeral 1, bajo el título de los derechos y deberes de los contratistas e inspirado en la debida realización de los fines de la contratación pública prevista en esa ley (artículo 3° *ídem*), determinó que 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. Y, para garantizar la inalterabilidad e intangibilidad de la equivalencia financiera de las prestaciones del contrato, la citada ley otorgó a las partes el 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; y si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. Así mismo, vid. Arts. 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14 y 28 *ibídem*.

³¹ «*Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*»: los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes– surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico.

³² Vid. Marienhoff, Miguel S, Marienhoff, Miguel Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III –B, Contratos Administrativos, págs. 469 y ss. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

7.2. Ahora bien, en materia contractual, ha entendido la Sección Tercera que la entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato, advirtiendo en todo caso que si el tributo es impuesto por la entidad estatal contratante se está frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien crea el gravamen se está en la teoría de la imprevisión.

El hecho del príncipe³³ se refiere al rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante -según posición mayoritaria de la Sección- (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (álea administrativa).

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia³⁴, se presenta cuando la administración contratante (intervención de los poderes públicos) profiere actos generales en su calidad de autoridad estatal³⁵, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, generando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que ocasiona un detrimento de los intereses económicos del contratista, aunque a título de responsabilidad sin culpa. En este evento, procede la indemnización integral de los perjuicios.

En el contexto de esta figura, como arriba se anotó, se ha señalado que, por ejemplo, la expedición de una ley tributaria (impuestos del Estado que gravan al concesionario de un servicio), o también un arancel, o una tarifa o cualquier otra medida de carácter económico o social, puede llegar a afectar, lesionar, alterar o

³³ *Fait du prince*: “Expresión histórica y arcaica tomada del absolutismo, aunque se aplicaba en otro contexto, el del poder del rey de quebrantar los pactos. Ha sido criticada por evocar el autoritarismo, pero hoy alude a todo tipo de medidas legislativas o administrativas que afectan la ejecución del contrato. De ahí las dificultades de su aplicación práctica.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁴ En Francia el famoso fallo del Tranvía de Marsella en 1910, citado por los tratadistas para acuñar la teoría del equilibrio contractual (*Jéze, Haurio, Benoit*), se refiere a un hecho del príncipe: una autoridad administrativa ha tomado en virtud de textos precisos que le han dado una competencia de policía, decisiones directas sobre la ejecución de un contrato. Se trataba en concreto de una modificación de los horarios de un servicio de tranvías otorgado mediante contrato de concesión, impuesta por el Prefecto por razones de orden público –con el fin de evitar atropellamientos y sobrecarga de los coches- que conducía, de hecho, a aumentar el número de vehículos de servicio frente a los que se había previsto inicialmente por las partes en el contrato. En este caso, si bien es cierto que las condiciones de ejecución habían sido modificadas por esa decisión, no lo es menos que no se trataba en absoluto de una manifestación del poder unilateral de variar las condiciones del contrato por la Administración, por cuanto el prefecto no actuó en calidad de representante del Estado contratante, sino ejerciendo competencias que le habían sido conferidas por un Decreto de 1881 en materia del ejercicio del poder de policía sobre el funcionamiento y la actividad de los ferrocarriles. El Prefecto adoptó estas decisiones en razón de las competencias que los textos le otorgaban. Así, el Consejo de Estado Francés indicó que en cuanto al hecho de que la misma autoridad pueda obrar en dos calidades diferentes es, precisamente, lo origina el problema del hecho del príncipe que en ese evento resolvió así: el contrato no puede impedir el ejercicio de un derecho de policía, pero puede determinar, eventualmente, el derecho de indemnización al particular cocontratante. Cfr. González Rodríguez, Manuel, *El Contencioso Contractual*, Universidad Libre, 2000, págs. 46 a 48.

³⁵ Porque los de carácter particular dan lugar a responsabilidad contractual del Estado por violación a sus estipulaciones.

perturbar el equilibrio del contrato y es por ello que jurisprudencialmente se le ha entendido como constitutivo de la figura llamada “hecho del príncipe”, al ser una medida general proveniente del Estado en ejercicio del poder público impositivo fiscal³⁶.

Empero, en la doctrina no ha sido pacífico el debate para la aplicación de esta figura, en especial en torno de la autoridad pública de la que emana el acto general con incidencia en la ecuación financiera del contrato y las materias incluso en donde se puede presentar, observándose dos posiciones claramente diferenciadas: una restrictiva o limitativa (posición de la doctrina francesa expuesta entre otros por Laubadère y Jean Riveró) para quienes la medida debe emanar de la misma autoridad o persona jurídica pública que celebró el contrato y otra general (posición de cierto sector de la doctrina argentina, expuesto entre otros por Miguel S. Marienhoff) para quienes el acto que desequilibra el contrato puede ser de cualquier autoridad del Estado sea que ostente o no la calidad de contratante pero a condición de que no lo haga en ejercicio de potestades contractuales y que esté en la misma esfera jurídica.

Esta distinción es vital en orden a reparar el desequilibrio del contrato, por cuanto en el primer evento -hecho del príncipe- el cocontratante puede requerir una reparación integral y en el segundo –teoría de la imprevisión-, en cambio, parcial, sólo una compensación por los mayores gastos en que incurrió para ejecutar el contrato debido a la medida³⁷.

Cabe precisar que la jurisprudencia no ha sido ajena a este debate. En efecto, en una primera etapa, el Consejo de Estado estimó en sentencia de 27 de marzo de 1992³⁸ que venía al caso su aplicación como fuente de pretensión indemnizatoria, cuando una medida estatal de carácter general emanada de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado tuviera incidencia en la ecuación financiera del contrato, de manera que se configura una responsabilidad objetiva, que da lugar al deber de reparar el daño padecido por el contratista colaborador, pese a que se trate de una actuación legítima en la que no se puede predicar una falta o culpa.

En esta misma dirección se pronunció en sentencia de 15 de febrero de 1999, en la cual expresó que *“es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como ‘el hecho del príncipe’, según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación*

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de abril de 1999, exp. 14.855 y de 21 de junio de 1999, exp. 14.943 y providencia de 7 de marzo de 2002, exp. 28.616. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto de 11 de marzo de 1972, Rad. 561 ya había destacado que sí el régimen tributario varía o se hace más gravoso, la nueva ley se aplica a los contratantes, porque la generalidad de la ley no admite excepciones, pero las partes, tanto el particular como la administración, tendrán derecho a los reajustes o compensaciones correspondientes, para restaurar el equilibrio financiero original del contrato, siempre que se compruebe que éste se ha alterado, más allá de las áleas normales implícitas en toda actividad o negocio.

³⁷ En este caso se trata del álea ‘administrativa’, emergente de un acto o hecho del Estado e imputable al mismo; y si las consecuencias dañosas para el cocontratante provienen de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios ‘ajenos’ o ‘extraños’ a la voluntad del Estado, o de cualquiera de sus órganos o reparticiones, tendrá vigencia la ‘teoría de la imprevisión’, pues se trata del álea ‘económica’ que no es imputable al Estado.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 1992, exp. 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse*³⁹; y en providencia de 7 de marzo de 2002⁴⁰, señaló que la fijación de nuevos impuestos o el incremento de los ya existentes, es una medida que se ajusta a la noción del denominado “hecho del príncipe” y, por lo tanto, puede alterar la ecuación económica de los contratos, vulnerar el principio de igualdad ante las cargas públicas y ser causante de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar el contratista contribuyente.

No obstante, este asunto se volvió a abordar por el Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 2003 en la que se estudió el impuesto de guerra - contribución especial prevista en la Ley 104 de 1993-, para fijar su posición actual, adoptando un criterio estricto de la figura según el cual sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante, porque cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión⁴¹, de acuerdo con las características que se analizarán más adelante.

Esta tesis fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003⁴², y aun cuando atemperó su rigidez en el sentido de que el acto o el hecho puede provenir de la misma persona jurídica contratante, afirmó que la expedición de impuestos por parte del legislador o por una autoridad distinta de la contratante, no encuadraría en la teoría del hecho del príncipe, sino que obedecería más bien a la teoría de la imprevisión, en la medida en que en ésta, la circunstancia o hecho que la constituye y que produce el trastorno grave de las condiciones económicas del contrato debe ser externa y ajena a las partes del negocio jurídico, aunque advirtió que cualquiera sea la teoría que se aplique debe probarse la afectación grave del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva.

De otra parte, en sentencia de 14 de abril de 2005⁴³, se advirtió que cuando se presenta el hecho del príncipe se reúnen los elementos propios de la responsabilidad objetiva, consistentes en: (i) un daño antijurídico, que en este caso está dado por la alteración de la ecuación económica del contrato; y (ii) su imputabilidad a la acción legítima del Estado contratante, que emite un acto general y abstracto; y en relación con sus consecuencias económicas, también puntualizó que: (iii) el contratista tiene derecho a recibir una indemnización integral, que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, o sea que se le deben reconocer las utilidades que hubiera dejado de percibir con ocasión de la decisión administrativa⁴⁴.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 1999, exp. 11.194, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 7 de marzo de 2002, exp. 21.588, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, y sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En similar sentido sentencia de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, exp. 28.616, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 1992, exp. 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

En suma, según la posición mayoritaria de la Sala⁴⁵ el hecho del príncipe es un acto o hecho de carácter general proferido por la autoridad contratante pero en desarrollo de una atribución administrativa o prerrogativa diferente a la contractual, que perturba el contrato a tal punto que impacta negativamente en la ecuación económica del mismo y por ende, produce un desequilibrio de las prestaciones que no debe jurídicamente soportar el colaborador contratista del Estado, como consecuencia de lo cual tiene derecho a que por disposición legal se le restablezca el equilibrio financiero, mediante la respectiva indemnización integral de perjuicios, por la ocurrencia del álea administrativa anormal que hace excesivamente onerosa y gravosa la ejecución del contrato.

Así, los requisitos que deben reunirse para la procedencia de la indemnización basada en la teoría del “hecho del príncipe”, son:

(i) Que exista un acto de carácter general expedido por el órgano o autoridad pública contratante (ley o acto administrativo) en ejercicio de una competencia diferente a la contractual que afecte gravemente la ecuación financiera de un contrato; es decir que no se dirija en forma particular, concreta o directa al contrato, aún cuando incida en él tornándolo excesivamente oneroso;

(ii) Que el acto que genera el daño sea sobreviniente, súbito, anormal, extraordinario e imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista que resulte afectado;

(iii) Que, como consecuencia de lo anterior, exista una relación causal entre el acto y el daño o perjuicio resarcible; y

(iv) Que quien alegue como motivo o causa el “hecho del príncipe”, pruebe objetivamente el desequilibrio económico del contrato y la existencia de un perjuicio cierto y directo.

Por su parte la teoría de la imprevisión consiste en el acaecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes (*guerra, crisis económica grave*), que afectan el equilibrio de económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución (álea económica). Es un principio de derecho administrativo⁴⁶.

⁴⁵ Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el Salvamento de Voto a la Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un “álea administrativa” debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas.

⁴⁶ En la contratación administrativa, la teoría de imprevisión es de origen jurisprudencial y nace como consecuencia de la grave crisis económica presentada con ocasión de la Primera Guerra Mundial que repercutió negativamente en los servicios públicos de electricidad y gas, y en particular en un contrato para suministrar alumbrado eléctrico, dado que en su explotación se utilizaba como materia prima el carbón cuyo precio presentó, poco después de iniciadas las hostilidades y la ocupación por tropas de zonas carboníferas, alzas desmesuradas e insospechadas. Fue el comisario de Gobierno *M. Chardenet* en el *Arrêt Gaz de Bordeaux* de 30 de marzo de 1916 (*Cie. Générale d’Eclairade de Bordeaux*) quien se refirió a ella al estudiar un contrato de concesión de electricidad en el que ante la imposibilidad de seguir suministrando el gas al precio fijado, so pena de caer en ruina, y la ausencia de una cláusula que le permitiera el aumento de las tarifas, la concesionaria Compañía General de Gas de Burdeos pidió a la municipalidad de de Burdeos autorización para aumentar el precio del servicio y así sufragar, parcialmente, los quebrantos extraordinarios

La finalidad de esta teoría, basada en los principios de equidad contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal ejecución y la satisfacción del fin general propuesto con él y el de ayuda de la administración a su colaborador cocontratante sobre la base de la obtención de su remuneración justa y razonable, y cuyo nítido antecedente es la cláusula *rebus sic stantibus* -aun cuando por las particularidades del derecho administrativo se diferencia de ella⁴⁷-, es la de retornar al equilibrio prestacional del contrato trastocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes.

La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista⁴⁸ son los siguientes:

que venía sufriendo. Ante el rechazo del pedimento por el municipio con fundamento en que el contrato era ley para las partes y luego por la prefectura de Gironde, el caso llegó al Consejo de Estado francés, quien expuso los elementos que caracterizan esta teoría, luego de superar más de un siglo de aplicación de la *contractus lex*, (según el cual cada parte debe soportar su álea) imperante en el derecho privado y no recurrir simplemente a los criterios de morigeración de ésta relacionados con la buena fe, la equidad, la mora, la conducta de las partes, etc. sino al tomar en cuenta que el contrato administrativo no era absolutamente inmutable, por su condición de adaptación al fin público que sirve. En resumen, adujo el Consejo Francés que (i) el alza de los precios del carbón constituía un hecho de carácter excepcional, que sobrepasaba los límites previstos por las partes al momento de contratar; (ii) que la economía del contrato se encontraba absolutamente alterada por esa circunstancia que constituía un álea extraordinario; (iii) que resultaba importante poner fin a una dificultad temporal para la continuación del servicio, teniendo en cuenta el interés general; (iv) que la compañía estaba obligada a asegurar el servicio concedido, soportando las consecuencias onerosas de la fuerza mayor, de acuerdo con una interpretación razonable del contrato; (v) que, en consecuencia, era conducente reenviar a las partes a la Prefectura para que, en caso de que ellas no se pusieran de acuerdo sobre las condiciones especiales en las que debía continuar la compañía el servicio, teniendo en cuenta los hechos, fijara el monto de la indemnización a la cual tenía derecho la compañía en razón a las circunstancias contractuales en las cuales ella habrá de soportar el servicio durante el período pactado. Este fallo luego se reiteró en otras decisiones y se difundió en el derecho administrativo en general siendo acogido en países que sufrieron severos fenómenos inflacionarios o de inestabilidad económica, configurándose así la teoría sobre la base del riesgo imprevisible en la contratación de la administración pública, cuya ocurrencia hace más difícil y oneroso el contrato, superando aquello que razonablemente las partes pudieron prever al tiempo de su gestación, con las características de anormalidad y excepcionalidad que dan derecho a exigir de la administración ayuda mediante la compensación de los gastos que se generaron en exceso. Cfr. Granadillo Ocampo, Raúl Enrique, *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*, ed. Astrea, 1990, págs. 120 a 124. En similar sentido, Berçaitz, Miguel A, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ed. de Palma, 1980, págs. 446 a 448.

⁴⁷ La diferencia entre la cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría de la imprevisión del derecho administrativo francés, se explica en que en aquélla se “permite variar las condiciones de cumplimiento pactadas de *tratum succesivum et dependintiam de futurum* y aun llegar a su resolución, cuando las circunstancias actuales han alterado substancialmente las condiciones tenidas en cuenta al celebrarse el contrato...La teoría de imprevisión, en cambio –siempre el derecho administrativo francés- contempla como único supuesto de un acontecimiento anormal y transitorio, temporario, ajeno a las partes, que hace excepcionalmente oneroso el cumplimiento de la obligación, pero nunca su resolución”. Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, *Ob cit.*, pág. 453.

⁴⁸ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido los requisitos expuestos como configurativos de la teoría de la imprevisión. Ver entre otras las sentencias de 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, exp. 5295; de 16 de abril de 1991, exp. 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, y de 29 de mayo de 2003, exp. 14577.

(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.

Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios.

En otras palabras, la indemnización en este evento, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, dado que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual no es por obra de la entidad sino que obedece a hechos ajenos a ambas partes y, en consecuencia, la administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista⁴⁹.

7.3. Así las cosas, nótese que la jurisprudencia que aceptaba la configuración del hecho del príncipe para la fijación de tributos, en los últimos años ha variado para circunscribir su aplicación sólo para cuando el acto general es expedido por la misma autoridad contratante, toda vez que si es diferente a ella el desequilibrio del

⁴⁹ La línea jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de efectos del desequilibrio económico del contrato con base en la teoría de la imprevisión, es la indemnización del contratista hasta el punto de no pérdida, sin que éste implique el pago del lucro cesante que éste haya podido sufrir. Posición que se encuentra reforzada por la derogatoria que de los apartes del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 realizó expresamente el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

contrato que se alegue con ocasión al mismo debe ser analizado bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión, lo cual tiene hondas implicaciones jurídicas y económicas, pues, según se anotó, mientras el hecho del príncipe emana de un acto general (decisión soberana) que altera gravemente la ecuación económica del contrato y genera una responsabilidad contractual objetiva, con indemnización integral de los daños, la teoría de la imprevisión pende de un hecho exógeno a las partes que altera gravemente la ecuación económica del contrato, el cual debe restituirse con el pago de los costos hasta el punto de no pérdida (compensación).

Sin embargo, cualquiera que sea la causa que se invoque, ha dicho la Sala -y ahora reitera- que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátase de un hecho del príncipe o de una circunstancia imprevista, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva:

“...Es decir que no basta con probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab-initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él...” (subraya la Sala)⁵⁰.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos [como suele suceder en los de obra pública], le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”⁵¹.

En síntesis, con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

en la economía del contrato, pues no es viable inferir *a priori* que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar.

8. El rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal alegado en el caso concreto

El reclamo de las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives, se concreta en que se presentó la ruptura del equilibrio financiero del contrato n.º 0554 de 1989, como consecuencia de la aplicación de nuevas normas jurídicas, creadoras de un impuesto que no estaba vigente a la fecha en que se celebró el contrato, en virtud de las cuales el INVÍAS le dedujo el 5% en cada uno de los pagos de valor por obra mensual ejecutada correspondiente a las actas 40d; 41-3, 42-3, 43-3, 44-3, 45-2, 46-2, 47-2, 48-2, 49-2, 50-2, 51-2, 52, 41d, 42, 43d, 44d, 45d, 46d, 47d, 46d, 49d, 50d, 51-3, 52-2, 53, 54, 55, 51d, 52d, 56, 53d, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 62 (bis), 63, 54-2, 56-2, 57-2, 58-2, 59-2, 60-2, 61-2, 64, 54d, 55d, 56d, 57d, 58d, 59d, 60d, 61d, 62-2, 65, 66, 67, 62, 63, 68, 69, 70, 71, 72, 64d, 65d, 66d, 67d, 73, 68d, 69d, 70d y 71, por un valor total de \$434.933.019.97.

La entidad demandada ha manifestado su oposición planteando la inexistencia de la obligación de restituir el equilibrio económico del contrato e invocando el cumplimiento de la ley, razón por la cual expresó su inconformidad frente a la sentencia del juez *a quo* en la que concedió la razón a la actora.

Al respecto, la Sala considera:

8.1. De conformidad con la prueba que fue decretada, allegada y recaudada en los términos y oportunidades legales para ello, se demostraron las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

a) Está demostrado que el 28 de septiembre de 1989, el Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías, y el Consorcio conformado por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y el señor Edgardo Navarro Vives, celebraron el contrato de obra pública número 0544, cuyo objeto según la cláusula primera fue: *“EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala éste contrato, las obras necesarias para la pavimentación del sector Empalme Anillo Vial Cartagena-Carretera Santa Catalina-Galerazamba, de la carretera Bayunca-Pontezuela-Galerazamba, de acuerdo con los planos y las especificaciones suministrados por el FONDO VIAL, y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato”* (copias autenticadas a fls. 49 a 53 cd.ppal).

El valor del contrato se pactó en \$2.591.876.486.40, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos y el costo de imprevistos y obras complementarias; y su duración en veintiocho (28) meses, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento, de conformidad con las cláusulas segunda y cuarta. Para el respectivo pago, se acordó en la cláusula séptima la realización y presentación mensual de actas de obra ejecutada, cuyo valor básico resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios acordados y consignados en el anexo de costos, podía reajustarse de acuerdo con las fórmulas previamente establecidas en dicha estipulación.

Según la fecha de celebración del contrato de obra pública número 0544 de 1989, es claro que el régimen de derecho de este negocio jurídico del cual se predica el rompimiento del equilibrio económico, es el previsto en el Decreto-Ley 222 de 1983, en el que si bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia, se incluyeron disposiciones orientadas a la conservación de la ecuación financiera (6, 8, 19, 20, 86 y 113), lo cierto es que así este *“...Estatuto Contractual no lo estipulara expresamente, existen otras circunstancias que, no siendo imputables a las partes contratantes, pueden incidir así mismo en dicha ecuación en forma desfavorable para cualquiera de ellas, como sucede en los casos de las teorías del hecho del príncipe, de la imprevisión”*, de tal manera que, en el presente caso, si se comprueba por la parte actora que efectivamente la ecuación económica que se configuró al momento de contratar con el INVÍAS se vio gravemente afectada por el cobro de la contribución especial, tendrá derecho a que la misma sea restablecida⁵².

b) Igualmente, se estableció que al contrato de obra número 661 de 1989, se le suscribieron 4 contratos adicionales (copias auténticas fls. 56 a 60 cd. ppal), así:

(i).- Contrato n.º 194 de 30 de marzo de 1992, adicional n.º 1, cuyo objeto consistió en reanudar la ejecución del contrato principal número 544 de 1989 y prorrogar el plazo inicial hasta el 28 de abril de 1993, ampliar las fianzas y exigir un nuevo programa de trabajo e inversiones.

(ii).- Contrato n.º 242 de 15 de abril 1993, adicional n.º 2, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo inicial hasta el 28 de abril de 1994, ampliar las fianzas y exigir un nuevo programa de trabajo e inversiones.

(iii).- Contrato n.º 014 de 22 de febrero de 1994, adicional n.º 3, cuyo objeto consistió en adicionar el valor en \$721.914.550,00, para un total de \$3.313.791.036,40, así como prorrogar el plazo inicial hasta el 28 de abril de 1995, ampliar las fianzas y exigir un nuevo programa de trabajo e inversiones.

(iv).- Contrato n.º 462 de 3 de agosto de 1994, adicional n.º 4, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera, consistió en prorrogar el plazo inicial hasta el 28 de mayo de 1996, así como modificar, de acuerdo con la cláusula segunda, el anexo del contrato principal número 544 de 1989, en el sentido de incrementar el porcentaje y por ende los valores correspondientes de imprevistos y de las obras complementarias, consignados en dicho anexo (cláusula segunda), así: a) el mayor valor de la obra por actividades complementarias a ejecutar por el contratista es de \$1.602.056.962; b) el valor de los imprevistos y las obras complementarias es de \$2.034.036.376,40; c) el valor total de la propuesta y por consiguiente el valor del contrato principal se aumenta a la suma de \$4.193.933.448,40. Así mismo, como consecuencia de la modificación, se obligó el contratista a ampliar las fianzas y presentar un nuevo programa de trabajo e inversiones.

Igualmente, en los párrafos primero y segundo de la cláusula primera se estipuló que *“para los efectos de la aplicación de la Ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios la utilidad del contratista es del ocho por ciento (8%). (...) El presente contrato está sujeto a la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993.”*

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Además, en este contrato adicional se modificó la cláusula primera del contrato n.º 014 de 1994, adicional n.º 3, en el sentido de indicar que como consecuencia de la modificación realizada el valor del contrato principal se incrementa en la suma de \$721.914.550, para un total de \$4.915.847.998,40.

En todos esos contratos adicionales, las partes expresamente establecieron que quedaban vigentes las estipulaciones del contrato principal que no fueron adicionadas; y, así mismo, en aquellos suscritos con posterioridad a la Ley 80 de 1993, dejaron expresamente consignado que se regirían por el Decreto Ley 222 de 1983, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 78 de la primera ley, lo cual -según se explicó al comienzo- guarda armonía con la regla establecida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Igualmente, en los adicionales en valor (contratos números 906 de 1993 y 230 de 1994) se estipuló que el contratista no solo debía ampliar las garantías sino también efectuar *“el pago de los impuestos en la cuantía que la ley señale (en el evento que se requiera)”*.

Como puede apreciarse, el contrato principal se celebró cuando no existía norma tributaria que ordenara el descuento de la contribución especial, y los dos primeros adicionales, esto es, el n.º 194 de 1992 y el n.º 242 de 1993, no fueron afectados con el Impuesto de Guerra, en tanto el primero fue anterior a su creación y en todo caso ambos tuvieron simplemente como objeto prorrogar el plazo del contrato principal, de suerte que con sustento en los mismos no se debió retener dineros por concepto de contribución especial.

Así las cosas, sólo los contratos n.º 014 de 22 de febrero de 1994, adicional n.º 3 y n.º 462 de 3 de agosto de 1994, adicional n.º 4, que adicionaron el valor del contrato principal, por celebrarse en vigencia de la Ley 104 de 1993, que reguló la contribución especial del 5% del valor del contrato, entrarán dentro del análisis del problema expuesto por la parte actora.

c) Para acreditar el pago de la Contribución Especial, se allegaron en copia auténtica varios comprobantes de pago, de diversas fechas, en los cuales consta la retención del 5% que hizo el INVIAS al consorcio contratista (fls. 61 a 138 cd. ppal.). Cabe anotar que en relación con los comprobantes de pago de las actas de obra ejecutada materia de la demanda, en cada uno se especifica la retención del impuesto de guerra, pero si bien se menciona en ellos el contrato principal y los adicionales, no detallan ni discriminan con cargo a qué contratos corresponde el descuento.

Igualmente, con el fin de acreditar el monto del descuento y pago de la Contribución Especial, obra certificación del INVÍAS de 10 de febrero de 1998 (fls. 207 a 209 cd.ppal.) junto con los anexos correspondientes (fls. 1 a 166 cd. 2), en la cual consta la retención del 5% que hizo por concepto del Impuesto de Guerra de que trata la Ley 104 de 1993, entre el período de presentación de las cuentas comprendido entre el 15 de abril de 1994 y el 26 de marzo de 1996, que asciende a la suma total de \$479.357.502.66. Certifica también la entidad demandada que estos dineros fueron consignados en la cuenta n.º 610110001-3 del Banco de la República- Dirección del Tesoro Nacional. Llama la atención de la Sala que en dicha certificación se hacen constar los descuentos sobre un valor total de cuentas pagadas al contratista por un monto de \$6.362.578.036,19 con ocasión del contrato de obra pública n.º 544 de 1989, suma que resulta superior (en \$1.446.730.037,79) al valor total del mismo junto con sus adicionales, el cual como se advirtió ascendió a un total de \$4.915.847.998,40 al tiempo de la suscripción del contrato n.º 014 de 1994, adicional n.º 3.

Sea lo que fuere, de lo anterior se infiere que para la fecha en que se efectuó el primer descuento del 5% por concepto de la contribución especial, el 9 de mayo de 1994 y hasta el 26 de marzo de 1996 (según aparece en los comprobantes de pago a fls. 62 a 138 cd. ppal.), se encontraba vigente la Ley 104 de 1993, de tal manera que fue con fundamento en ésta que actuó el INVÍAS.

Así mismo, se aportaron con la demanda copias simples (fls. 139 a 151 cd. ppal.) que dicen contener conceptos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la DIAN y del IDU relacionados con la interpretación de las normas que establecieron la contribución especial, las que, al estar desprovistas de autenticidad, carecen de valor probatorio de conformidad con las disposiciones procesales (art. 254 C.P.C.)

Adicionalmente, la parte actora introdujo en la primera instancia “copias simples” de documentos que dicen contener “actas de acuerdo” y “modificaciones” a contratos, con los que pretendía demostrar que el INVÍAS reconoció a otros contratistas suyos, con posterioridad a la presentación de la demanda, el reajuste causado con las retenciones por el impuesto de guerra, las cuales no podrían ser valoradas, pues es claro que se allegaron al margen de las reglas sobre la práctica de pruebas (fls. 253 a 268 cd. ppal.).

Ahora bien, no obstante estar probado que la entidad contratante efectuó descuentos a las actas del Contrato 0544 de 1989 y sus adicionales en valor, con fundamento en una ley posterior a su celebración, este hecho no es suficiente para acreditar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, como se pasa a estudiar.

8.2. Bajo el anterior marco fáctico probado, la Sala considera que el Tribunal *a quo* erró cuando concluyó que se configuró el desequilibrio financiero alegado por la sociedad actora, dado que, como atrás se explicó, tanto la teoría del hecho del príncipe como la de la imprevisión, exigen que se acrediten ciertos presupuestos comunes: primero, que la medida o hecho que las origina sea imprevisto, esto es, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera prever la ocurrencia del suceso que afecta la economía del contrato; y segundo, que a una de las partes del contrato le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligada a soportar, es decir, la demostración de la alteración extraordinaria y anormal en la economía del contrato. Y en el caso concreto, se echan de menos dichos elementos.

En efecto, en cuanto al primero de ellos, es menester precisar que cuando se suscribió el Contrato n.º 014 de 22 de febrero de 1994, adicional n.º 3, cuyo objeto consistió en adicionar el valor en \$721.914.550,00, ya estaba en vigencia la Ley 104 de 1993, desde hacía más de un mes, razón por la cual el contratista debió tener en cuenta el costo de la contribución especial y hacer los cálculos sobre la incidencia que tendría el mismo en la economía del contrato, de manera que no se trató de un hecho imprevisto.

Además de lo anterior, en el Contrato n.º 462 de 3 de agosto de 1994, adicional n.º 4, de conformidad con el párrafo segundo de la cláusula primera, se estipuló expresamente que el mismo quedaba “sujeto a la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993”, por lo que resulta insólito, sorprendente e inadmisibles que reclame por el daño que afirma producirle una ley que conoció y tuvo en cuenta cuando lo suscribió.

Incluso, en este caso las partes acordaron tanto en el Contrato n.º 014 de 22 de febrero de 1994, como en el Contrato n.º 462 de 3 de agosto de 1994 (cláusulas

octava y décima, respectivamente) que el contratista no solo debía ampliar las garantías sino que efectuaría el pago de los impuestos en la cuantía que la ley señale (en el evento que se requiriera), estipulación que debe entenderse dentro del contexto de las obligaciones que impone la ley en materia tributaria no sólo para la ejecución del contrato, sino para asegurar el cumplimiento de la carga impositiva que le corresponde al contratista.

Por lo tanto, el actor conocía de antemano -pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa- que estaba obligado a pagar el impuesto de guerra por virtud de la normativa que gobernaba la materia y en consecuencia, la carga económica que debió soportar no fue el resultado de un hecho imprevisto ni sobreviniente, tal como lo exige cualquier motivo que se aduzca como causa de ruptura de la ecuación económica del contrato. Dicho de otro modo, el descuento de la contribución especial o impuesto de guerra, sobre las actas de pago a que hace referencia la demanda, no constituye un hecho imprevisto, en el entendido de que el contratista pudo afrontar sus efectos, al momento de la celebración de los contratos adicionales, pero en cambio guardó silencio y concurrió a su celebración aceptándolos en forma manifiesta y sin salvedades.

Cabe anotar que ni siquiera sería viable esgrimir que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser iguales a los del contrato inicial, sobre la base -errada- de que era un elemento que no podría ser variado, pues como lo ha manifestado esta Sección sería equivocado, porque *“...bien podría el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar...”*⁵³

En un proceso similar sobre este tema la Sección sostuvo:

“Dentro de los argumentos aducidos por la parte apelante, se halla el atinente a la naturaleza de los convenios suscritos entre el INVÍAS y su contratista, denominados contratos adicionales, los cuales a juicio de aquel, realmente no correspondían a la verdadera naturaleza de lo que es un contrato adicional, afirmando:

‘Las adiciones que se hicieron al contrato principal no tuvieron como fundamento una adición real al contrato, pues nada nuevo se agregó a su alcance físico original, esto es, no hubo una ampliación del objeto contractual, sino una simple adecuación del valor estimado inicialmente en el contrato, en atención a que el cálculo de obra estimada en el momento de celebrar el convenio de obra pública no fue adecuada. O, dicho de otra manera, no se presentaron mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato sino que esas mayores cantidades de obra surgieron de una deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato’ (...).

Por lo anterior, la actora sostiene que no procedía la celebración de contratos adicionales, sino que la Administración ha debido hacer, sin el concurso del contratista, los movimientos presupuestales necesarios para cubrir ese mayor

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 4 de febrero de 2010, exps. 15.665, 15.400, 16.022 y 16.017, C.P. Enrique Gil Botero.

costo de ejecución del contrato, afirmando además, que los contratos adicionales proceden sólo en aquellos eventos en los cuales se modifica o adiciona el objeto mismo del contrato principal.

La Sala no comparte las anteriores apreciaciones. En primer lugar, se observa que el Decreto Ley 222 de 1983, aplicable al contrato de obra suscrito por las partes, en su artículo 58 estipulaba: (...)

De acuerdo con los términos de la anterior estipulación, los contratos adicionales contemplados en el Decreto Ley 222 de 1983, procedían siempre que hubiera necesidad de prorrogar el plazo o modificar el valor convenido, sin que la norma se hubiera ocupado de determinar las razones de tal modificación y exceptuando tan solo los casos en los cuales se realizara una revisión de los precios pactados, estableciendo la prohibición tajante de modificar el objeto del contrato, lo cual desvirtúa lo afirmado por el apelante en el sentido de que los contratos adicionales están reservados "... a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto (...).

El anterior Estatuto contractual de las entidades estatales, Decreto Ley 222 de 1983, no se ocupó de definir qué debía entenderse por contrato adicional, lo que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre su naturaleza y procedencia, a pesar de la claridad de la norma que en el anterior régimen hablaba de su celebración, cuando fuera necesario el aumento del plazo o del valor del principal; así, se ha sostenido por ejemplo, que cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual -y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra-, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.

Sin embargo, se observa que una cosa es el valor del contrato y otra cosa su forma de pago, la cual puede pactarse por precio global, por el sistema de administración delegada, por el de reembolso de gastos, por otorgamiento de concesión o por precios unitarios **determinando el monto de la inversión**, tal como lo disponía el artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983.

Pero el contrato estatal, en la medida en que sea oneroso, siempre debe tener un valor, independientemente de que con posterioridad se den circunstancias que conduzcan a su variación, como resulta ser precisamente, en los contratos de obra pública por precios unitarios, la mayor cantidad de obra que sea necesario ejecutar para el cumplimiento del objeto contractual; en este caso, es evidente que el valor a pagar no puede ser el mismo pactado inicialmente, puesto que al hacer la operación de multiplicar la cantidad de obra realmente necesaria de los respectivos ítem por el precio unitario fijado para ellos en el contrato, dará una suma superior a la calculada, es decir que **el valor** del contrato necesariamente varía; y este cambio, a la luz de lo estipulado en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, debía ser recogido en un nuevo negocio jurídico que celebraran las partes, y que la ley denominaba expresamente contrato adicional, todo esto sin perjuicio de los reajustes necesarios para la conservación del valor intrínseco del contrato, según las fórmulas matemáticas pactadas en él. Al respecto, el artículo 86 del mencionado Decreto, estipulaba la Revisión de Precios, en los siguientes términos: (...)

(...)

Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente en el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar.”⁵⁴

En conclusión, en el evento de que el contratista hubiese padecido un daño con ocasión del pago de la contribución especial o del impuesto de guerra, éste se debe a su actividad, en tanto celebró el contrato adicional, estando en libertad de no hacerlo en caso de que no fuera adecuado a sus intereses económicos⁵⁵. De manera que, no puede ser de recibo que una vez celebrado los contratos adicionales, en vigencia de la Ley 104 de 1993, que establecía la contribución en mención, se pretenda o persiga un reconocimiento indemnizatorio por hechos que no son ajenos a la parte que lo solicita, dado que de haber actuado en forma cautelosa no se habrían producido los efectos económicos negativos que afirma soportar.

De otra parte, de las pruebas aportadas no es posible inferir que la contribución especial se hubiese cobrado sobre el contrato principal o durante sus dos primeras prórrogas efectuadas en los contratos adicionales en plazo que no debían gravarse y que no quedaban afectados con dicho impuesto (números 194 de 1992 y 242 de 1993), dado que, como se mencionó, en los comprobantes de pago no se realizó una discriminación ni se detalló sobre cuál contrato se realiza el descuento, y tampoco existe experticia que permita al juez dilucidar este punto, luego se deduce que se hicieron con cargo a los contratos adicionales en valor que sí quedaron gravados.

Así mismo, aunque se trata de un asunto distinto al desequilibrio económico alegado, cabe señalar que si se hubiesen efectuado retenciones en exceso del referido impuesto, su devolución debía ser reclamada y demandada por otra vía diferente a la contractual (reclamaciones en sede administrativa y acción de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente).

Ahora bien, en relación con el segundo de los presupuestos indicados, se tiene que el tribunal *a quo* no se detuvo a verificar la existencia del real impacto de la contribución especial o de impuesto de guerra sobre la utilidad esperada por el contratista o si el factor del contrato destinado a imprevistos cubría los gastos

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁵ Al respecto ha dicho la Sala: “Finalmente, la demandante pretendió excusar su aceptación a la cláusula de sometimiento a la contribución especial argumentando que no le era permitido, por razones del servicio, detener la obra, lo cual encuentra apoyo en efecto en la ley **pero lo que no es viable aceptar es la reiterada suscripción de contratos adicionales al valor del contrato sin salvedad alguna** a esta cláusula en el entendido de encontrarse cobijado por el artículo 5 de la ley 80 de 1993, cuyo texto reza: (...) Pero es que, en este caso, no se probó condicionamiento o coacción por parte de la entidad contratante sino que por el contrario se estableció la aceptación manifiesta y sin salvedades de la situación, por parte del contratista, sin haber desplegado ni previa ni concomitantemente actividad que permitiera a la Sala entender que en efecto la Sociedad demandante no aceptaba los términos del contrato adicional; **su conducta evidencia todo lo contrario.** Pero además si es que la coacción administrativa hubiese sido cierta, la Sociedad demandante pudo, con su conducta, frustrar la celebración del contrato adicional y colocar a la Administración en la adopción de una modificación unilateral del contrato, la cual como acto administrativo habría podido ser objeto de demanda, si es que se consideraba que el acto era ilegal, para que el juez definiera si en verdad lo era.” Vid. Sección Tercera, sentencia de 30 de octubre de 2003, exp. 17.213, CP. María Elena Giraldo. Actor: Construca SA.

ocasionados a propósito del mismo, aspecto esencial para determinar la ruptura o alteración del equilibrio económico del contrato.

En el presente caso, el contrato principal fue celebrado para ser ejecutado en un plazo de 28 meses (2 años y 4 meses), y sin embargo a la fecha de presentación de la demanda, 11 de junio de 1996, habían transcurrido más de 6 años sin que se hubieran culminado las obras contratadas; y, además, se pactó inicialmente un valor total del contrato que ascendía a \$2.591.876.486.40, pero a la fecha del contrato adicional n.º 4, esto es, al 3 de agosto de 1994, llevaba un valor acumulado de \$4.915.847.998,40, sin que se haya encontrado en los documentos contentivos de las adiciones en valor la justificación de las mismas y las razones técnicas por las cuales fueron necesarias, resultando imposible, en consecuencia, determinar la existencia de una alteración extraordinaria del contrato.

Adicionalmente, se advierte que no se conoce con exactitud en qué porcentaje se fijó la utilidad por el contratista en la propuesta, pues la prueba de este hecho no fue aportada, o si era del ocho por ciento (8%) como se consignó en los contratos adicionales al valor del principal para efectos tributarios, esto es, de la aplicación de la Ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios; menos aún se presentó prueba sobre la incidencia del pago del impuesto en la utilidad percibida con ocasión de la ejecución del contrato.

Y aun cuando en el anexo al contrato principal (fl. 53 vto.), en el que se relacionaron los ítems, cantidades de obra, precios unitarios y valor total del contrato, se estableció un monto por concepto de imprevistos y obras complementarias de \$436.179.414, equivalentes al 20% del valor de la propuesta (fl. 52 vto. Cd. ppal.) y que luego se incrementó a \$2.034.036.376,40, no se conoce la destinación y manejo de estos valores y si el rubro de imprevistos fue o no suficiente para la atención de la contribución, habida cuenta de que está destinado a cubrir, en la medida en que alcance, esos gastos que pueden afectar la economía del contrato y que las partes no pudieron prever al momento de contratar.

Es decir, en el *sub exámine*, ante la falta de elementos probatorios, no existe forma para determinar si los gastos en que incurrió la sociedad contratista durante la ejecución del contrato y en particular la erogación por concepto de la contribución especial o impuesto de guerra, incidieron negativamente en el resultado de sus utilidades o pérdidas, según el caso, para colegir si la ecuación económica del contrato se afectó gravemente o si persistía el equilibrio creado al momento de contratar⁵⁶.

⁵⁶ Obsérvese que no se pidió un dictamen pericial en el que se calculara la incidencia real que tuvo la contribución especial en los contratos adicionales frente al valor total de la utilidad esperada y si el rubro destinado a imprevistos logró o no cubrir los nuevos costos derivados del pago de la contribución especial, información que sí hubiese sido relevante. El único dictamen pericial que se decretó a petición de la parte actora era para efectuar la liquidación de las sumas descontadas a las cuentas presentadas por ésta a partir de la vigencia de la Ley 104 de 1993; la actualización de dichos descuentos y la liquidación de los intereses generados por las sumas de dinero retenidas por concepto de la contribución especial, desde el momento de su deducción hasta la fecha en que se presentó la experticia, prueba que resultaba innecesaria, teniendo en cuenta que las sumas descontadas fueron materia de certificación por la entidad demandada con respaldo en los documentos financieros del contrato y que la liquidación de intereses es una labor que bien puede realizar el juez, tal y como así lo reconoció la parte actora cuando desistió de la prueba en primera instancia (fls. 251 y 252 cd. ppal.).

Así las cosas, es del caso traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Sala, en el cual estudió un caso similar puntualizando la importancia del factor de imprevistos para la demostración del desequilibrio económico del contrato:

“Si bien es cierto no hay elementos en el expediente para determinar de la partida de imprevistos y obras complementarias que hizo parte del valor del contrato cuánto correspondía a los imprevistos, como quiera que no se allegó la propuesta que presentó la sociedad demandante, la Sala encuentra pertinente hacer algunas precisiones sobre la importancia de ese factor como parte integrante del valor de la propuesta económica del contratista.

La legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el A.I.U que se introduce en el valor total de la oferta. Sin embargo, no hay duda que 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.⁵⁷

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 unitarios⁵⁸.

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 contrata. 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 áleas del contrato⁵⁹.

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

⁵⁷ “Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, *imprevisto* es, ‘en lenguaje administrativo, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado’.

⁵⁸ “Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista”. GASPARE ARIÑO ORTIZ. *Ob. Cit.* P. 167.”

⁵⁹ “*Ibidem*, P. 168.

destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

En el presente caso, no se pretende afirmar que con dicha partida el contratista pudo cubrir el nuevo impuesto que afectó los pagos que se le hicieron por concepto del valor de los contratos adicionales, sino que correspondía a éste demostrar que la partida de gastos de imprevistos resultó insuficiente para cubrir el perjuicio económico o disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución.

(...)

Contrario al criterio de la demandante, en el sentido de que 'no es una partida de la cual pueda disponer el juez del contrato, como si fuera una RESERVA a disposición suya para cubrir cualquier déficit económico del contrato', la Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

Debe pues el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo⁶⁰; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo".⁶¹

Siguiendo el criterio jurisprudencial transcrito, basta afirmar que si bien la adopción de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, es indispensable que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato.

En el presente caso, la sociedad demandante no probó la real situación económica del contrato en cuanto a cargas y beneficios después de los descuentos que por concepto de contribución especial le fueron practicados en algunos pagos, y si las utilidades obtenidas fueron menores a las que proyectó al

⁶⁰ "Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF señala que "álea "extraordinaria o "anormal" es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc." *Ob. cit.* p. 524."

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, C.P Ricardo Hoyos Duque.

momento de contratar, o si el pago del impuesto excedió el porcentaje de imprevistos pactado con grave detrimento de sus intereses.

Por lo tanto, al no demostrar la parte actora la excepcional onerosidad que supuestamente le representó el cumplimiento de la medida estatal frente a las condiciones generales del contrato pactadas al momento de su celebración, no se cumple con el segundo presupuesto necesario para que se abran paso las pretensiones condenatorias contra la entidad pública demandada, cual es la alteración extraordinaria y anormal de la economía del contrato, o sea, la ruptura del equilibrio económico del mismo.

De acuerdo con lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada y negará las pretensiones de la demanda encaminadas al restablecimiento económico reclamado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 31 de mayo de 2001, por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en el departamento de Antioquia y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO