

**DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO – Hecho del príncipe – Imprevisión
– Presupuesto común – Situación imprevista**

No se configuró el desequilibrio financiero alegado por el actor y admitido por el a quo, ni bajo la teoría del hecho del príncipe ni de la imprevisión, toda vez que ambas instituciones exigen, como presupuesto común, que la medida que las origina sea imprevista, es decir, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera prever la ocurrencia del suceso que afecta la economía del mismo [...]; luego, no es posible alegar su vigencia para configurar la teoría del hecho del príncipe el descuento de la Contribución Especial o impuesto de guerra, sobre las actas de pago de estos contratos adicionales, no constituyó un hecho imprevisto, porque el contratista debió prepararse para esta consecuencia, cuando los suscribió.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2.012).

Radicado número: 05001-23-24-000-1996-02271-01(21909)

Actor: CONSTRUCTORA DE CARRETERAS Y OBRAS CIVILES Y OTRO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS-

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó, el 21 de abril de 2.001, que la condenó. Advierte la Sala que la sentencia será revocada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El consorcio conformado por la empresa Constructora de Carreteras y Obras Civiles SA. –en adelante Construca SA.- y Topco SA., en ejercicio de la acción contractual –según poder otorgado al abogado por los representantes legales de ambas empresas-, formularon demanda contractual contra el Instituto Nacional de

Vías –en adelante INVIAS-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones. Entre otras solicitaron:

“1. Se condene al Instituto Nacional de Vías a devolver a las sociedades que represento la suma de \$147.123.563.64, que hasta la fecha de ésta [sic] demanda han cancelado a aquel [sic], que constituye el mayor valor que las sociedades que represento 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 las sociedades que represento por concepto de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, que no es otra que la del doble del bancario corriente de conformidad con el artículo 884 del Código de comercio, sobre la expresada suma de \$147.123.563.64, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al no haber devuelto a las sociedades 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 las sociedades que represento la suma o sumas que a partir de la fecha de ésta [sic] 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 las sociedades 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) procedente [sic], se ordene al Instituto Nacional de Vías que proceda [sic] 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 Contratista [sic] atender a los nuevos costos que surgieron por razón de la aplicación de la ley que estableció la Contribución Especial o Impuesto de Guerra”.

1.2. Hechos de la demanda. Previo proceso de licitación para la ampliación y rehabilitación de la vía en el sector San Cristóbal - Santa Fe de Antioquia, de la carretera Medellín-Turbo, el 11 de septiembre de 1.995 el Fondo Vial Nacional – transformado luego en el INVIAS- y la empresa Constructora de Carreteras y

Obras Civiles SA. y Topco SA. -quienes actuaron bajo la forma de un consorcio- celebraron el contrato de obra pública No. 665.

Este contrato se adicionó en seis (6) oportunidades, unas veces en plazo y otras en valor, y para la fecha de presentación de la demanda aún se ejecutaban los trabajos.

El 14 de diciembre de 1992 –es decir, 1 año después de suscrito el contrato- el Gobierno Nacional expidió el decreto No. 2.009, por medio del cual creó la Contribución Especial, que gravó con un 5 % los contratos de obra pública. Esta norma fue prorrogada, por 90 días más, mediante el decreto No. 1.515 de 4 de agosto de 1993, lo cual ocurrió hasta el 2 de noviembre de 1993; y luego se expidió la ley 104 de diciembre 30 de 1993, que retomó el anterior impuesto.

La Contribución fue cobrada ilegalmente por el INVIAS sobre el contrato objeto de este proceso, pese a que estaba en ejecución desde hacía varios años, de manera que no le aplicaban las disposiciones citadas, porque no existían en el momento en que se celebró. En este sentido, agrega -con fundamento en la ley 153 de 1.887-, que a los contratos le son aplicables las leyes vigentes al momento de su celebración, y la ley 104 fue posterior, de allí que era imposible prever el impuesto cuando se presentó la oferta -fl. 86, cdno. 1-.

En estos términos, la expedición de las normas que establecieron la contribución especial constituyeron un hecho imprevisible e irresistible para las partes -el hecho del príncipe- e hizo incurrir al consorcio en costos adicionales que rompieron el equilibrio financiero del contrato, al disminuir su utilidad prevista durante la ejecución del mismo.

Agregó que la ruptura del equilibrio financiero, por razón de los impuestos, puede obedecer a una medida adoptada por la contratante o por cualquier otra entidad, siempre que sea estatal, y que incida en la economía del contrato.

2. Contestación de la demanda

El INVIAS se opuso a las pretensiones de la demanda, porque tenía la obligación de descontar el impuesto de guerra, sobre los contratos adicionales sucritos con la parte actora, ya que son contratos nuevos, aunque sean adicionales.

De otro lado, negó la ocurrencia de algunos hechos relatados en la demanda; aceptó otros; y se atuvo a lo que se probara en el proceso, frente a algunos más. En relación con otros hechos, señaló –enfáticamente- que el impuesto de guerra sobre los contratos adicionales no constituyó un hecho imprevisible para el contratista, porque se amparó en normas vigentes que debían cumplirse y que el contratista conocía -fl. 119, cdno. 1-.

Finalmente, propuso las excepciones de: caducidad de la acción, inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de la obligación a cargo de la parte demandada e inexistencia de la relación sustancial predicada -fl. 121, cdno. 1-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. La parte actora. Sostuvo que en los pliegos de condiciones y en el contrato se pactó que los precios unitarios de un eventual contrato adicional debían ser los mismos del contrato inicial –fl. 292, cdno. 1-, y por ello no era posible modificar los ofrecidos originalmente. Eso explica por qué no se pactó un precio mayor para cada uno de ellos.

Además, reiteró que de conformidad con la ley 153 de 1.887 las normas que rigen un contrato son las vigentes al momento de su celebración, y como el impuesto de guerra se creó en 1.992, no le eran aplicables a un negocio jurídico que para esa fecha tenía más de 2 años de perfeccionado, siendo ilegal su cobro –fls. 297 a 298, cdno. 1-.

Insistió en la ruptura del equilibrio financiero del contrato, porque la medida estatal que creó el impuesto fue imprevisible e irresistible, y en ese orden analizó conceptos de diferentes autoridades públicas que estudiaron el tema, y algunas sentencias que se han ocupado del denominado hecho del príncipe.

3.2. El INVIAS. Señaló que las leyes que crearon la contribución especial eran de obligatorio cumplimiento para él, y que allí se dispuso la obligación de cobrar a todo aquél que suscribiera un contrato de obra pública sobre vías, a partir de su entrada en vigencia, tal como aconteció en el caso concreto con los contratos adicionales en valor. Además, esta regla no tuvo excepciones, por ello los contratos del caso *sub iudice* no podían excluirse de su aplicación.

Además, la entidad no hizo más que recaudar el impuesto para el Ministerio de Hacienda y no recibió ninguna utilidad de ello -fls. 328 a 334, cdno. 1-.

3.3. *Concepto del Ministerio Público.* No actuó en el proceso.

4. La sentencia del Tribunal Administrativo –Descongestión-

El *a quo* profirió sentencia el 27 de abril de 2.001. Rechazó dos de las excepciones propuestas, esto es: caducidad de la acción, porque la demanda se presentó oportunamente; e inexistencia de la relación sustancial predicada, porque sí existió un contrato entre las partes de este proceso. Sobre las otras dos excepciones -inexistencia del derecho pretendido e inexistencia de la obligación a cargo de la parte demandada- manifestó que las resolvería al estudiar el fondo del asunto, porque atacan este aspecto –fl. 358, cdno. ppal.-.

A continuación, sin más argumentos que una relación de las normas que crearon el impuesto de guerra o contribución especial, recordó cuáles fueron las pretensiones de la demanda, y concluyó: “Como los contratos adicionales fueron celebrados a raíz del contrato 665 de septiembre 11 de 1.991 no cobija a este contrato ni a sus adicionales el impuesto inicialmente establecido por el decreto 2.009 del 12 de diciembre de 1.992 y las normas que lo fueron prorrogando y estableciendo.” –fl. 362, cdno. ppal.-.

De esta manera, se condenó al INVIAS a pagar la suma de \$286'308.711,99, que corresponde al valor descontado por concepto del impuesto, y su actualización.

5. El recurso de apelación

Lo interpuso la parte demandada –fls. 368 a 372, cdno. ppal.-. Recordó que el impuesto de guerra sólo se le aplicó a los contratos adicionales al No. 665 de 1991, y cuando se suscribieron estaba en vigencia el mismo, de manera que no es cierto que el contratista fuera sorprendido por la norma, y más bien debió considerarla para suscribir los contratos adicionales.

Apoyado en una sentencia de exequibilidad de las normas que crearon el impuesto de guerra –sentencia C-782 de 1.999-, concluyó que el INVIAS no lo

aplicó de manera retroactiva, porque no lo cobró sobre el contrato inicial sino sobre los adicionales –que “son una realidad nueva” (fl. 370)-, posteriores a la ley tributaria.

6. Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público.

6.1. *La parte actora.* No actuó en esta instancia del proceso.

6.2. *El INVIAS* reiteró la posición sostenida hasta el momento, especialmente los argumentos del recurso de apelación.

6.3. *Concepto del Ministerio Público.* Solicitó que se revoque la sentencia, porque luego de hacer un análisis probatorio, y sobre todo de vigencia de las normas que crearon y prorrogaron el impuesto de guerra, concluyó que los descuentos que hizo el INVIAS sobre las actas de obra del contratista sólo correspondieron a contratos adicionales suscritos en vigencia de aquél, y que “de la meridiana claridad del texto legal, se concluye que la contribución debía ser pagada por quienes celebraran contratos de adición al valor de los existentes, dado que tales adiciones encuadraban en el supuesto exigido por la norma tributaria para la imposición de la contribución, pues estas, cumplieron con el requisito de hacer un adición al precio, y fue precisamente esa una de las circunstancias que el legislador quiso gravar con el impuesto.” –fls. 403 a 404, cdno. ppal.-

Concluyó considerando que el descuento del 5% no constituyó un hecho sobreviniente a la suscripción de los contratos adicionales, toda vez que el contratista los suscribió en vigencia de la ley 104 de 1993.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico propuesto por el recurrente consiste en establecer si en los contratos adicionales, celebrados bajo la vigencia de una ley que crea un impuesto, el pago que haga el contratista desequilibra la ecuación financiera del negocio jurídico y, en caso afirmativo, si hay lugar a adoptar medidas consecuenciales de restablecimiento a favor de éste.

Sobre el particular, advierte la Sala que el estudio y decisión de este asunto tendrá como soporte, en lo fundamental, el razonamiento ya expuesto en oportunidades anteriores, frente a casos similares¹, especialmente en sentencias recientes de esta Sección, que han construido una línea jurisprudencial sólida, entre ellas: del 7 de marzo de 2007 –exp. 15.799 -, del 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055²-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.400-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.665-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.017- y del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.022-.

Con particular referencia esta sentencia reiterará lo expresado en la del 18 de enero de 2012 –exp. 19.304- dictada hace unos pocos meses por la Subsección C de la Sección Tercera.

Se advierte también que la sentencia apelada será revocada, y al estudiar el proceso de fondo se negarán las pretensiones, previo análisis de los siguientes temas: i) la legitimación por pasiva en el proceso, ii) los contratos del Estado y la vigencia de la ley tributaria en el tiempo, iii) la regulación de la *contribución especial*, denominada también *impuesto de guerra*, iv) la jurisprudencia aplicable al caso y v) el caso concreto.

1. Legitimación por pasiva en el proceso

Dado que la entidad pública contratante fue el Fondo Vial Nacional - establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, que luego desapareció –durante la ejecución del contrato 655 de 1.991, y sus adicionales-, al ser reestructurado, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, mediante el decreto 2.171 de 1.992 –art. 52-, “Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del orden Nacional”, es imprescindible precisar quién fue su sucesor procesal en el asunto *sub iudice*, desde el momento en que entró a regir la aludida norma. Para el efecto, se debe estudiar el art. 60 CPC., el cual prescribe:

¹ Sección Tercera, sentencias del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, actor Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., C. P. Ricardo Hoyos Duque; del 18 de septiembre de 2003, expediente 15.119, actor Sociedad Castro Tcherassi y Cía Ltda., C. P. Ramiro Saavedra Becerra; del 30 de octubre de 2003, expediente 17.213, actor Construca S. A., expediente 21.570, actor Sociedad Castro Tcherassi y Cía Ltda. y otra C. P. María Elena Giraldo Gómez; del 11 de diciembre de 2003, expediente 16.433, actor Conciviles S. A., C. P. Ricardo Hoyos Duque y del 2 de septiembre de 2004, expediente 14.578, actor Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., C. P. María Elena Giraldo Gómez.

² En ambas providencias Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22). Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

“Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (negritas fuera de texto)

Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento de que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la carga procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso este continuará y producirá los efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, para establecer cuál entidad pública debió ser la sucesora del proceso por pasiva, hay que determinar si el contrato objeto del litigio corresponde a alguno de los objetivos y funciones a cargo del Instituto Nacional de Vías - INVIAS-, o si acaso el pago de las obligaciones que se deriven del mismo debía sufragarlas al Ministerio de Transporte. Esta duda la despeja el art. 62 del decreto 2.171 de 1992, el cual establece:

“Art. 62. TRANSITORIO. CONTRATOS PERFECCIONADOS. **Los contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, y que correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación a este Instituto, hasta el vencimiento de los mismos.** Los demás contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, pero que no correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación al Ministerio de Transporte, hasta el vencimiento de los mismos.” (negritas fuera de texto)

En este orden de ideas, dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2.171 de 1.992 –arts. 53 y 58³, se encuentra la ejecución de las políticas y proyectos relacionados con **la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras**”, de manera que la ampliación y rehabilitación de la vía en el sector San Cristóbal - Santa Fe de Antioquia, de la carretera Medellín-Turbo –objeto del contrato en cuestión- quedó a cargo de dicha entidad, y por eso podía ser la parte demandada en este proceso, pues las competencias que se le asignaron fueron las relacionadas con la infraestructura vial de carreteras.

2. Los contratos del Estado y la vigencia de la ley tributaria en el tiempo.

Este aspecto es uno de los argumentos principales en los que el actor apuntala su inconformidad con la retención que el INVIAS le hizo del impuesto de guerra, toda vez que parte de afirmar que los contratos adicionales fueron suscritos en distintos años. Se acudirá, entonces, a la legislación que regula la vigencia de la ley en el tiempo, y la diferencia entre las leyes procesales y las sustanciales.

³ “Art. 53. OBJETIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Corresponde al Instituto Nacional de Vías ejecutar las políticas y proyectos relacionados con **la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras.**” (Negrillas fuera de texto)

“ARTICULO 54. FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales:

“1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.

“2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia.

“3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.

“4. Dos delegados del Presidente de la República.

“5. Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en sus infraestructuras viales, cuando ellas lo soliciten.

“6. Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión, de conformidad con los respectivos contratos.

“7. Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

“8. Elaborar conforme a los planes del sector la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.

“9. Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura vial de su competencia, revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley.

“10. Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.

“11. Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

“12. Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.

“13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.

“14. Administrar y conservar, bien sea directamente o mediante contratación, los monumentos nacionales cuando no estén a cargo de otras dependencias.

“15. Las demás que se le asignen y correspondan a la naturaleza de sus funciones.”

Desde un punto de vista general, en cuanto a la vigencia de la ley en el tiempo, es pertinente precisar que la ley 153 de 1.887 determina que las normas procesales - de sustanciación y ritualidad de los juicios- rigen desde su vigencia y prevalecen sobre las anteriores y, que por lo tanto, son de aplicación inmediata, excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones o diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues, todos éstos aspectos se rigen por la ley vigente al momento de su iniciación -art. 40-.

Por el contrario, a las situaciones reguladas en leyes sustanciales -no procedimentales- debe aplicarse la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que sanciona, coligiéndose que la regla general predominante sobre el punto es la de irretroactividad de la ley, y que la excepción a esa regla se da por indicación expresa del legislador.

Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencias de 3 de junio y 2 de septiembre de 2003⁴, donde se reiteraron los antecedentes jurisprudenciales en la materia, tanto de la Corte Constitucional (C-922 de 2001, T-438 de 1992, C-769 de 1998 y C-214 de 1994) como del Consejo de Estado, estos últimos mencionados en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 16 de octubre de 2002, para concluir, precisamente, en la aplicación del principio de irretroactividad de la ley sustancial.

La irretroactividad de las leyes no procedimentales, como regla general, garantiza la efectividad de principios que son el pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como son la seguridad jurídica y la garantía de ser juzgado con la normatividad preexistente al hecho que se imputa, de acuerdo con lo preceptuado en el entonces artículo 26 de la Constitución Política de 1.886, y ahora en el 29 de la Constitución de 1991.

De otra parte, en materia contractual la ley 153 de 1.887, en los artículos 38 y 39, establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo *de su celebración*, salvo, en cuanto al modo de reclamar los derechos contractuales y a las penas por infracción de las estipulaciones, pues, éstas dos últimas hipótesis se rigen por las normas vigentes *para ese momento*, esto es, de

⁴ Sentencias S-131 de 3 de junio de 2003, actor: José Moisés Sarmiento Jiménez y S-417 de 2 de septiembre de 2003, actor: Uriel Antonio Loaíza Hurtado, ambas con ponencia del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

ocurrencia de tales eventos. Así mismo, se advierte, en relación con los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua, que podrán demostrarse con los medios probatorios que ese precepto disponía, pero aplicando la nueva ley respecto *de la forma* de rendirse la prueba.

Estas disposiciones fueron tenidas en cuenta en los Estatutos Contractuales que se han dictado. Así, por ejemplo, se tiene en el Decreto ley 150 de 1.976:

“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. En este último caso, no será necesario repetir las operaciones o trámites que se hubieren cumplido conforme a disposiciones semejantes a las aquí consignadas”.

En el decreto-ley 222 de 1.983:

“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”.

En la ley 80 de 1.993, Estatuto Contractual 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.”⁵

De las normas transcritas se deduce que el tratamiento de la ley en el tiempo, en materia de contratación estatal, ha tenido variaciones. En el decreto-ley 150 de 1.976 se previó la facultad de optar: por continuar el trámite de acuerdo con la ley anterior o por acogerse a la nueva normatividad; en el decreto-ley 222 de 1.983 la opción de escogencia de régimen desapareció, dando paso a la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración y, en el actual estatuto contractual -la ley 80 de 1.993- el legislador determinó que los contratos y los procedimientos en curso se regirían por la norma anterior.

⁵ Promulgada el día 28 de octubre de 1993. Diario Oficial 41.094.

Ahora bien, en materia de contratos adicionales celebrados bajo la vigencia de la ley 80 de 1.993, pero que adicionaban un contrato principal celebrado bajo el decreto ley 222 de 1.983, el régimen contractual aplicable se determina con la ayuda de las disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados, porque estos ordenamientos disponen claramente y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían sometidos a la norma anterior, en otros términos, que los contratos en curso continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

En principio, en relación con la existencia y su regulación normativa, los contratos adicionales están sujetos a las mismas normas que gobiernan el principal. Pero, el tema de 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, como lo es la vigencia de los tributos, pues, normativamente no tiene incidencia en la situación concreta que se juzga, referente a los descuentos por contribución de guerra efectuados sobre los contratos adicionales, porque, es la propia Constitución Política la que determina, que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período siguiente al de inicio de la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. Textualmente el inciso final del artículo 338 constitucional, dispone:

"Las 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**". (Resalta la Sala).

En resumen, aunque en materia contractual es cierta la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración del contrato, en materia tributaria y contributiva no resulta correcta la pretendida extensión de las normas vigentes al momento de la celebración del contrato principal, porque, se repite, la Constitución Política, clara y perentoriamente determina que, las normas tributarias se aplican hacia el futuro.

3. La Contribución Especial -o impuesto de guerra-, a que se refieren los Decretos-ley 2.009 de 1992 y 1.515 de 1993, así como las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, y las demás leyes que la han reproducido.

Sobre los antecedentes de esta contribución ha dicho la Sala, en reiteradas decisiones -las cuales se citan a continuación-⁶, que fue creada por el decreto legislativo No. 2.009 del 14 de diciembre de 1992, en los siguientes términos, con el fin de dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación:

“Art. 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 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”.

Esta 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 del 5 de febrero de 1993-.

Esta norma fue prorrogada por el decreto legislativo 1.515, de 4 de agosto de 1993; posteriormente la mantuvo el art. 123 y siguientes de la ley 104 del 30 de diciembre de 1993, que sólo modificó la forma como se pagaría, pues ya no sería deducida del valor total del contrato sino “del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista” ⁷. Desde entonces se sigue cobrando, ya que

⁶ En este caso se citará la sentencia de esta Sala de diciembre 11 de 2003, Rad. 16.433. Actor: Sociedad Construcciones Civiles SA. “Conciviles SA.”

⁷ Disponen estas normas que “Art. 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.”

“Art. 124. Para 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 el 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.”

“Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o a la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente, las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.”

fue prorrogada por las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999, 782 del 23 de diciembre de 2002, 1.106 de 2006⁸, hasta la actual ley 1.421 de 2010 -que prorrogó el art. 6 de la ley 1.106, por cuatro años más-.

El sujeto pasivo o responsable del pago de la contribución especial –en vigencia de las normas que regulan el caso concreto- era el contratista, persona natural o jurídica, que celebrara con una entidad de derecho público un contrato para la construcción o mantenimiento de vías públicas o suscribiera adiciones al mismo y el beneficiario de la contribución es la Nación, Departamento o Municipio del nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante. Fue luego que se amplió la contribución a toda clase de contratos de obra pública, y también a las concesiones de obra.

Se trata, pues, de una medida de carácter general que se aplica a un sector determinado de la economía: los contratistas del Estado para la construcción o

“Art. 125. Los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución consagrada en el presente capítulo deberán invertirse en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general, a todas aquellas inversiones sociales que permitan hacer presencia real del Estado.

“Los recursos que recauden las entidades territoriales por este mismo concepto deberán invertirse por el Fondo o Consejo de Seguridad de la respectiva entidad en dotación, material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipos de comunicaciones, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas, servicios personales, dotación y raciones para nuevos agentes y soldados o en la realización de gastos destinados a generar un ambiente que propicie la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general a todas aquellas inversiones sociales que permitan hacer presencia real del Estado.”

⁸ “Art. 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 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 1º.** 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 2º.** 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.”

mantenimiento de obras públicas –antes sólo de las vías-⁹, 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.

Una vez las entidades públicas contratantes empezaron a deducir dicha contribución de los contratos adicionales que se celebraron respecto a los contratos que venían en ejecución, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció en el concepto No. 637 del 19 de septiembre de 1994, solicitado por el señor Ministro de Transporte y en el cual se buscaba una solución frente a los contratos que se habían celebrado antes de la ley 104 de 1993 y sobre los cuales se hicieron adiciones, puesto que los contratistas reclamaban el restablecimiento del equilibrio contractual en razón de la nueva contribución creada por la ley.

Allí se dijo, de acuerdo con la ley 80 de 1993, que la ecuación contractual se puede afectar por: a) La ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables a los contratantes, b) El incumplimiento de la entidad estatal contratante y c) La modificación unilateral del contrato. Esto llevó a esa Sala a concluir que: “... los impuestos fijados por el Congreso o las entidades territoriales, son ajenos a la ecuación contractual de los convenios celebrados con las entidades públicas, porque obviamente se excluyen del incumplimiento y de la modificación unilateral del contrato; respecto de la causal relativa a situaciones imprevistas no imputables a los contratantes, se debe señalar que ella se refiere a aquellos hechos imprevisibles ajenos a la voluntad de los contratantes como la presencia de un estado de guerra o una crisis económica, que produzcan efectos serios en la ejecución del contrato de tal magnitud que impidan su cumplimiento pleno, es decir que presenten situaciones directamente relacionadas con la ejecución del contrato, no por circunstancias coyunturales o con ocasión del contrato, como sucede, en el asunto estudiado, con el impuesto que se fijó para quienes celebren contratos de obra con el Estado.

⁹ En la sentencia C-083 del 26 de febrero de 1993, que examinó el decreto legislativo 2009 del 14 de diciembre de 1992, el cual creó la contribución especial de que trata este proceso, ante la afirmación de los intervinientes de que dicha norma resultaba inequitativa porque hacía recaer toda la carga de la financiación de recursos “en unas pocas firmas contratistas de construcción de vías”, cuando “la equidad en los impuestos supone que las personas deben ser gravadas consultando su capacidad económica, pero en ningún caso teniendo en consideración la actividad que desarrollan”, la Corte Constitucional sostuvo que dicho cargo no tenía fundamento “porque es facultad de la ley, y, debe hacerlo por disposición superior, la determinación del sujeto pasivo del impuesto, y no se quebranta el principio de la igualdad propio de la equidad en los tributos, porque no se establece un trato discriminatorio entre quienes se encuentren en la condición de contratistas de construcción y mantenimiento de vías”.

“Este impuesto grava, a partir de la vigencia de la ley, la actividad particular dedicada a celebrar contratos principales o adicionales de obras públicas para la construcción y mantenimiento de vías, colocando a los sujetos pasivos en igualdad de condiciones frente a la ley y a las cargas públicas.

“De manera que si el valor del contrato se incrementa en la suma que corresponde al porcentaje del impuesto, ello implicaría imposibilidad de hacer efectivo el gravamen y su traslado a la entidad pública contratante, con desconocimiento de la Constitución y de la ley.

“En este orden de ideas es preciso concluir que los impuestos fijados por la ley, no constituyen factor que altere la ecuación económica de los contratos estatales, por lo mismo, no deben efectuarse reajustes en el valor inicial de los contratos de obra que incidan en el valor de los contratos adicionales que sea necesario celebrar.”¹⁰

4. La jurisprudencia aplicable al caso.

Como quiera que en el presente proceso las pretensiones del contratista son idénticas a las de otros casos resueltos por la Sala (como, por ejemplo, la sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577¹¹, del 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055¹²-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.400-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.665-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.017- y del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.022), viene al caso lo que en esas oportunidades se sostuvo:

“1. El equilibrio económico del contrato

“(…) Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

¹⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto No. 637 del 19 de septiembre de 1994.

¹¹ Actor: Sociedad Pavimentos Colombia contra el Instituto Nacional de Vías. CP. Ricardo Hoyos Duque.

¹² En ambas providencias Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

“La ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el decreto ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

“Sin embargo, no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

“En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

“El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.

“Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

“Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto.

“El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.

“Es solamente la relación aproximada, el ‘equivalente honrado’, según la expresión del comisario de gobierno León Blum¹³, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; ‘como un cálculo’, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

“ ‘Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.’¹⁴

“Al abordar el análisis del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, como factores que alteran el equilibrio financiero del contrato, la Sala precisó lo siguiente:

“1.1 El hecho del príncipe

“(…)El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- a. La expedición de un acto general y abstracto.
- b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.”

¹³ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

¹⁴ André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLLÉ. *Traité des Contrats Administratifs*. París, L.G.D.J, 1983. 2ª edic. Tomo 1, num 718, p. 717.

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el *hecho del príncipe (le fait du prince)* se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa¹⁵. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto -Nación, Congreso de la República- puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Al respecto sostiene Riveró:

“La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del cocontratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública, por ejemplo, cuando un decreto acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los cocontratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del álea administrativo al álea económico y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión.

“La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato)”¹⁶.

En esta misma línea, el profesor argentino HECTOR JORGE ESCOLA¹⁷ afirma: “En primer lugar, debe precisarse qué se entiende, a los fines de esa teoría, por ‘poder’ o ‘autoridad pública’, designación, esta última, que hemos de preferir.

“En este sentido, y compartiendo la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, entendemos que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión

¹⁵ “Puede decirse que el principio del equilibrio del contrato administrativo juega con respecto a la responsabilidad contractual sin falta un papel análogo al que juega el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a la responsabilidad extracontractual sin falta”. André de Labaudare, *Ob. Cit.* Tomo 2, número 1325.554

¹⁶ JEAN RIVERÓ. *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 141.

¹⁷ Tratado Integral de los Contratos administrativos. Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977. Volumen I p. 456 s.s.

o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato.

“De tal modo, no quedan comprendidas dentro del concepto de hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que correspondan a autoridades públicas distintas de aquella que es parte en el contrato de que se trate ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto.

“En este sentido, el hecho del príncipe se diferencia del hecho de la administración en que mientras que este último se relaciona directamente con el contrato, con el carácter que tiene la administración en él como parte contratante, es decir, con verdaderas conductas contractuales, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la autoridad pública adopta, no como parte en el contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa sino refleja. No hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de autoridad pública.

“...Por tanto, se entenderá que existe hecho del príncipe cuando se esté frente a decisiones o conductas que emanen de la misma autoridad pública que celebró el contrato administrativo y que ésta realiza en su carácter de tal autoridad pública (...)”¹⁸

¹⁸ Sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577 -Actor: Sociedad Pavimentos Colombia contra el Instituto Nacional de Vías. CP. Ricardo Hoyos Duque-. La Sección sostuvo con posterioridad la misma posición, aunque con algunas variantes, pero manteniendo, en esencia, el criterio que se describe, el cual aplica perfectamente al caso objeto del presente proceso: “Sobre esta teoría, la Sala manifestó en la mencionada providencia, recogiendo abundante doctrina al respecto, que se presenta un hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo, que “... 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. 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 imprevisión”. “Y en este punto se observa que, si bien para que se pueda predicar la existencia del hecho del príncipe se exige que la medida que incide de manera gravosa en el contrato provenga de una autoridad distinta de la contratante, debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, para efectos de determinar la existencia del hecho del príncipe, ella sigue siendo una misma autoridad administrativa, actuando a través de dos de sus órganos y en tal caso, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que ambos pertenecen; al respecto, la doctrina francesa ha dicho: (...) “De tal manera que, si la medida proviene de otra autoridad pero que pertenece a la misma persona jurídica contratante, será posible hablar de la existencia del hecho del príncipe, siendo el caso típico el de la Nación, persona jurídica que actúa a través de diversos representantes, pero sin dejar de ser ella misma quien toma las decisiones o asume las obligaciones contractuales correspondientes, así como la responsabilidad que de las mismas se pueda derivar.” (Sentencia de septiembre 18 de 2003. CP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 15.119)

La Sala viene considerando también, en las sentencias citadas, y en otras de 2.010 -referenciadas antes-, que 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. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.

Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe.

El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo.

La doctrina coincide en que para aplicar la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, “cuando ellas causen una verdadera *alteración o trastorno* en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante”, ya que “el álea *“normal”*, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aún tratándose de resoluciones o disposiciones *generales*, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato¹⁹.

¹⁹ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1992. III-A 3ª edición. P. 482. Cabe señalar que este fue el criterio acogido en la exposición de motivos presentada por el gobierno en el proyecto de ley que luego se convirtió en ley 80 de 1993. Allí se dijo que uno de los supuestos que podían dar lugar a la responsabilidad contractual del Estado, era “la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante” (*Gaceta del Congreso* del 23 de septiembre de 1992. pág. 15).

De ahí que la dificultad que enfrenta el juez, al momento de definir la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, consiste en la calificación de la medida, toda vez que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, no existe, en principio, como consecuencia de ésta, responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por acto legislativo cuando el perjuicio sea especial con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración.

En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo.

Como puede observarse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.

Concluyó la Sala en esa oportunidad, de acuerdo con los planteamientos anteriores, y con fundamento en la jurisprudencia sobre las cargas impositivas en los contratos estatales²⁰, que las mismas “no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista”. Exigencia que está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su “especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación”²¹.

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1938 (Sala Plena en lo Civil) y sentencias del Consejo de Estado del 11 de febrero de 1983, exp. 4929 (sección cuarta); 27 de marzo de 1992, Exp. 6353 (sección tercera); auto del 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588 (sección tercera) y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil Nos. 561 del 11 de marzo de 1972 y 637 del 19 de septiembre de 1994.

²¹ GEORGES VEDEL. *Derecho Administrativo*. Madrid, Edit. Aguilar, 1980. p.343.

La Sala también se ocupó, en la sentencia del 29 de mayo de 2003 ya citada, de los contratos adicionales en los contratos de obra pública por el sistema de precios unitarios, en los siguientes términos, lo cual es aplicable al caso objeto de este proceso: “En vigencia del decreto ley 222 de 1983 las adiciones relacionadas con el valor se perfeccionaban ‘una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal’ y era requisito para poder iniciar la ejecución del contrato la adición de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. Era pues un imperativo legal cumplir dichas formalidades, muy semejantes a las exigidas para el perfeccionamiento y legalización de un contrato cualquiera.

“Si bien es cierto no ha existido claridad respecto a la naturaleza jurídica de los contratos adicionales, en tanto el legislador no se ocupó de definirlos, si puede decirse que es una figura propia de la contratación pública, de la cual se ha ocupado la jurisprudencia.”²²

En el examen de constitucionalidad del decreto legislativo 2.009 de 1992, por medio del cual se creó la contribución especial del 5% sobre los contratos celebrados con entidades públicas para la construcción y mantenimiento de vías, a propósito de su aplicación a los contratos adicionales, se cuestionó ante la Corte Constitucional la circunstancia de que si conforme al artículo 58 del Decreto ley 222 de 1983, el contratista tenía derecho a la adición cuando fuera necesario modificar el valor convenido, resultaba patente la retroactividad del impuesto, ya que recaía sobre una estipulación anterior a su vigencia en los contratos celebrados antes del 15 de diciembre de 1.992. Al respecto, la Corte sostuvo:

“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

²² Particularmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado diferenció los contratos adicionales a que se refería el art. 58 del decreto ley 222 de 1983 y la adición de los contratos a que hace referencia la ley 80 de 1993 (Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1121). Posteriormente, en el concepto del 18 de junio de 2002, Rad. 1439, sostuvo que dichos contratos no resultaban necesarios cuando “por una deficiente estimación de las cantidades requeridas para ejecutar el objeto contractual (alcance físico de la obra) descrito en el mismo contrato, el presupuesto calculado para su ejecución resulta insuficiente y, por lo mismo, se hace necesario disponer de una mayor presupuesto para pagar el valor total y real de su ejecución”. Allí se dijo que “lo procedente es, simplemente, efectuar por la administración misma, sin intervención del contratista, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato”.

"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."²³ (se subraya)

De aquí se desprende la autonomía de los contratos adicionales, a los que la Corte Constitucional califica de *nuevas realidades contractuales*, que se definen por el mutuo acuerdo, y ello es así si se tiene en cuenta que es la voluntad de las partes la creadora de esos nuevos derechos y obligaciones recíprocas.

Sostuvo la Sala, en la misma sentencia del 29 de mayo de 2003 (reiterada en las del 7 de marzo de 2007 –exp. 15.799 -, del 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055²⁴-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.400-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.665-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.017- y del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.022-), 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”.

Por consiguiente, 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 alega 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 1.993 estableció que debían pagarla todas las personas que suscribieran contratos “o celebren contratos de adición al valor de los existentes”.

²³ Sentencia C-083 del 26 de febrero de 1993. MP. Fabio Morón Díaz.

²⁴ En ambas providencias Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Además señaló la Sala 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.”

Por la similitud del tema analizado con el problema que se involucra en el caso concreto, la Sala acoge, íntegramente, los argumentos allí expuestos, como quiera que conservan plena validez, amén de la utilidad que tiene observar los precedentes judiciales, en materias idénticas.

5. El caso concreto

5.1. Las pruebas del proceso, y el criterio de la Sala en relación con lo que pretenden probar.

a) Se encuentra demostrado que el 11 de septiembre de 1.991 el Fondo Vial Nacional celebró con el consorcio conformado por la empresa Constructora de Carreteras y Obras Civiles SA. –Construca SA.- y Topco SA., el contrato de obra pública No. 655, cuyo objeto fue la ampliación y rehabilitación de la vía en el sector San Cristóbal - Santa Fe de Antioquia, de la carretera Medellín-Turbo –fls. 9 a 14 vto., cdno. 3-.

b) Este contrato se adicionó en seis oportunidades, una veces en plazo y otras en valor, de la siguiente manera –fls. 15 al final del cdno. 3-.

- 1) Contrato No. 587 del 21 de julio de 1993, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato, en \$597'490.540.
- 2) Contrato No. 954 del 24 de noviembre de 1.993, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato.
- 3) Contrato No. 316 del 18 de junio de 1.994, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato, en \$368'452.500.
- 4) Contrato No. 807 del 16 de diciembre de 1.994, cuyo objeto consistió en adicionar en adicionar el plazo del contrato.

- 5) Contrato adicional No. 5, del 13 de septiembre de 1.995, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato, en \$817'359.300.
- 6) Contrato adicional No. 6, del 28 de diciembre de 1.995, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato.

Advierte la Sala que de los contratos adicionales que sólo ampliaron el plazo del contrato inicial –identificados con los Nos. i) 954 de 1.993, ii) 807 de 1.994 y iii) contrato número 6 de 1.995-, no ofrecen dificultad, pues su modificación fue sólo en el término de ejecución de los trabajos, de manera que sobre ellos el INVIAS no retuvo dinero, por concepto de Contribución Especial.

No obstante, los otros contratos adicionales si lo fueron en valor, identificados con los números: i) 587 del 21 de julio de 1.993, ii) 316 del 18 de junio de 1.994 y iii) adicional No. 5, del 13 de septiembre de 1.995, por celebrarse en vigencia de las normas que crearon y luego mantuvieron la Contribución Especial del 5% del valor del contrato. Estos justifican el estudio que propone la parte actora y ahora la recurrente, por ende, la Sala circunscribirá su análisis a ellos.

c) El 14 de diciembre de 1992 –quince meses después de suscrito el contrato principal- el Gobierno Nacional expidió el decreto No. 2.009, por medio del cual creó la Contribución Especial, que gravó con un 5% los contratos de obra pública sobre vías.

Esta norma se prorrogó mediante el decreto No. 1.515 del 4 de agosto de 1993, lo cual ocurrió hasta el 2 de noviembre de 1993; y luego se expidió la ley 104 de diciembre 30 de 1993²⁵ -que tuvo una vigencia de 2 años-, y retomó el anterior impuesto, norma que fue reproducida, a su vez, por la ley 241 de 1995²⁶ -que

²⁵ El art. 123 de la ley 104 de 1993 –publicada en el diario oficial de 31 de diciembre de 1993- disponía: “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.”

²⁶ El art. 62 de la Ley 241 de 1995 –publicada en el diario oficial de 14 de febrero de 1996- modificó el 123 de la ley 104, el cual quedó así: “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 del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición, a excepción de los contratos de construcción de vías terciarias y los de adición a éstos.

también tuvo una vigencia de dos años, pero entró a regir el 14 de febrero de 1996-.

d) Para acreditar el pago de la Contribución Especial, obra un “Comprobante de Egreso”, a favor del consorcio contratista, en el que consta la retención del 5% que hizo el INVIAS –fls. 25 a 50, cdno. 1-.

Además, para demostrar el monto de las retenciones de la contribución especial, efectuadas por el INVIAS, la entidad también envió al Tribunal Administrativo una certificación –fls. 289 a 290, cdno. 2-, donde la oficina financiera hace constar que retuvo la suma de \$286'308.711,99. Pero luego, el apoderado de la parte actora también aportó una certificación expedida por la División de Tesorería de la misma entidad, adjunta al memorial del 25 de noviembre de 1998 –fls. 176 a 178, cdno. 1-. En esta ocasión la oficina financiera del INVIAS hace constar que retuvo la suma de \$287'381.645,99 sobre los contratos adicionales.

e) También se aportaron varios conceptos jurídicos -de la DIAN, el IDU y el Ministerio de Hacienda-, relacionado con el alcance de las normas tributarias en cuestión.

5.2. Los argumentos del actor y del recurrente sobre el desequilibrio financiero del contrato, ocasionado por la Contribución Especial.

Con fundamento en las razones expuestas, y en las pruebas aportadas al proceso, la Sala analizará el tema *sub iudice*, en relación con los argumentos invocados por el apelante -que no fueron aceptados por el *a quo*-:

i) Apoyado en una cláusula del contrato principal, el actor advirtió que las partes pactaron que los precios unitarios del contrato adicional que se llegaren a celebrar no podían superar el valor del precio del contrato inicial, para el correspondiente *ítem*. De manera que si bien es cierto cuando se suscribieron los contratos adicionales en valor conocía la ley que estableció la contribución o impuesto de guerra, también es cierto que no podía tenerla en cuenta al fijar los precios unitarios para los contratos adicionales, porque no se podían incluir

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

factores diferentes a aquellos existentes al momento de presentar su propuesta, porque así lo ordenan las normas y el contrato principal a que ha hecho referencia.

ii) Sugirió que si la Sala llegare a considerar que los contratos adicionales se celebraron conforme a la ley, es preciso concluir, con base en la teoría del hecho del príncipe, que se rompió el equilibrio económico del contrato, pues la ley introdujo un nuevo factor de costo no previsto por el contratista.

La Sala encuentra, por el contrario, que no se configuró el desequilibrio financiero alegado por el actor y admitido por el *a quo*, ni bajo la teoría del hecho del príncipe ni de la imprevisión, toda vez que ambas instituciones exigen, como presupuesto común, que la medida que las origina sea imprevista, es decir, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera prever la ocurrencia del suceso que afecta la economía del mismo.

En el caso concreto, tanto los decretos-ley 2.009 del 14 de diciembre de 1992 y 1.515 del 4 de agosto de 1993, como la ley 104 de diciembre 30 de 1993 - publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1993-, entraron a regir antes de celebrarse los contratos adicionales afectados con ellas; luego, no es posible alegar su vigencia para configurar la teoría del hecho del príncipe. Esos contratos adicionales en valor fueron:

i) El contrato No. 587 del 21 de julio de 1993. Cuando se suscribió ya estaba en vigencia el decreto-ley 2.009 de 1992 –desde hacía siete meses-, de allí que el contratista debió tenerlo en cuenta, pues sin lugar a dudas impactaría sobre su utilidad, luego no se trató de un hecho imprevisto.

ii) El Contrato No. 316 del 18 de junio de 1.994. Al momento en que se suscribió estaba en vigencia la ley 104 de 1993 –desde hacía seis meses-, fue por ello que el contratista debió tenerlo en consideración, toda vez que afectaría su utilidad, luego no se trató de un hecho imprevisto.

iii) El contrato adicional No. 5, del 13 de septiembre de 1.995. Cuando se suscribió estaba en vigencia la ley 104 de 1993 –desde hacía 21 meses -, luego esta circunstancia debió ser advertida por el contratista, como quiera que impactaba su utilidad, y por tanto no se trató de un hecho imprevisto.

En este orden de ideas, el descuento de la Contribución Especial o impuesto de guerra, sobre las actas de pago de estos contratos adicionales, no constituyó un hecho imprevisto, porque el contratista debió prepararse para esta consecuencia, cuando los suscribió. En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

Este criterio es equivocado, porque bien pudo 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.

Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica²⁷.

Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.

En un caso similar, entre otros que tratan exactamente el mismo tema, y que acoge la Sala en esta ocasión, se concluyó que:

²⁷ También ha dicho la Sala, en este sentido, que “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.” –Sección Tercera, sentencia de octubre 30 de 2003. CP. María Elena Giraldo. Actor: Construca SA. Exp. 17.213-.

“Dentro de los argumentos aducidos por la parte apelante, se halla el atinente a la naturaleza de los convenios suscritos entre el INVIAS 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’ (fl. 434) (negrillas fuera de texto).

“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 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:

“ ‘Art. 58. *De los contratos adicionales.*- Salvo lo dispuesto en el título IV (modificación, interpretación y terminación unilaterales), **cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto**, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

“ ‘Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

“ ‘Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

“ ‘Los contratos de interventoría, administración delegada y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

“ Las adiciones deberán publicarse en el *Diario Oficial*.

“ **‘En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos,** ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, **so pretexto de la celebración de contratos adicionales,** ni pactarse prórrogas automáticas.

“ *‘Parágrafo.-* Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo’. (negrillas fuera de texto).

“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 ...” (fl. 434).

“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.”²⁸

La Sala acoge este análisis y lo hace propio, porque en el proceso se debatieron las mismas observaciones, de allí que aplica perfectamente al caso *sub examine*.

En cuanto al tema de las costas, la ley 446 de 1.998 indica que sólo hay lugar a la imposición de éstas cuando alguna de las partes actúa temerariamente -art. 55- y, dado que ninguna obró de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó, el 21 de abril de 2.001. En su lugar se resuelve:

SEGUNDO: Niéganse las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

²⁸ Sección Tercera, sentencia de octubre 30 de 2003. CP: María Elena Giraldo. Actor: Construca SA. Exp. 17.213

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.