

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., febrero cuatro (4) de dos mil diez (2010)

Radicado No : 16.017  
Actor : Ingeniería y Construcciones Ltda.  
Demandado : Instituto Nacional de Vías  
Referencia : Acción contractual

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, el 29 de octubre de 1998, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

La ponencia para fallo presentada por quien inicialmente tenía a su cargo el proceso no fue acogida, en Sala de 23 de abril de 2009, motivo por el cual pasó el proceso al magistrado siguiente, correspondiéndole a este Despacho.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

La empresa Ingeniería y Construcciones Ltda., en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda -la cual fue corregida de fls. 100 a 102, cdno. 1- contra el Instituto Nacional de Vías –en adelante identificado con las siglas INVIAS-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

#### 1.1. Pretensiones

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Entre otras pretensiones solicitaron:

"1. Se condene al INVIAS a devolver... la suma de \$168'936.905,19, que hasta la fecha de esta demanda han cancelado a aquél, que constituye el mayor valor que la sociedad que represento tuvo que cancelar por concepto de la Contribución Especial o impuesto de guerra.  
(...)

"3. Se orden al INVIAS a devolver, junto con los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, a la sociedad que represento la suma o sumas que a partir de la fecha de esta demanda se hubieren visto obligado a pagar por razón de la Contribución Especial o impuesto de guerra a que se refiere esta demanda." –fls. 21 a 22, cdno. 1-

También pidió que se condene al pago de intereses moratorios, sobre las sumas reclamadas.

#### 1.2. Hechos de la demanda

Previo proceso de licitación para la construcción del sector: Monterrey-Aguaclara y acceso al Secreto de la carretera Aguazul-Villanueva, el 23 de diciembre de 1988, el Fondo Vial Nacional e Ingeniería y Construcciones Ltda., celebraron el contrato de obra pública No. 759.

El contrato se adicionó en nueve (9) oportunidades, una veces en plazo y otras en valor, y para la fecha de presentación de la demanda aún se ejecutaban los trabajos –fl. 4, cdno. 1-.

El 14 de diciembre de 1992 –es decir, 4 años 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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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, ya que no existían al momento en que se celebró –fl. 6, cdno. 1-. En este sentido, agregó que a los contratos le son aplicables las leyes vigentes al momento de su celebración, y la ley 104 fue posterior, de manera que era imposible prever el impuesto cuando se presentó la oferta.

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) que implicó para la sociedad que represento incurrir en costos adicionales que rompieron el equilibrio financiero del contrato al disminuir la utilidad prevista por la parte que represento en la ejecución del contrato.” –fl. 19, cdno. 1-

Agregó que la ruptura del equilibrio financiero, por razón de los impuestos, puede obedecer a una medida adoptada por la entidad 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 contestó la demanda, pero no aportó la copia auténtica de la representación de quien otorgaba el poder, en consecuencia, en auto de 4 de abril de 2007 el tribunal la tuvo por no contestada –fl. 144 a 146, cdno. 1-.

## **3. Alegatos**

Mediante auto de 23 de julio de 1998 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión –fl. 220, Cdno. 1-.

### 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. 222, cdno. 1-, y por ello no era posible variar los ofrecidos originalmente. Eso explica por qué no se puso un precio mayor en cada precio unitario.

Además, reiteró que las normas que rigen un contrato son las vigentes al momento de su celebración, y como el impuesto de guerra se creó en 1992, no le eran aplicable a un negocio jurídico que para esa fecha tenía más de 4 años de perfeccionado, siendo ilegal su cobro.

Insistió en la ruptura del equilibrio financiero del contrato, porque la medida estatal que creó el impuesto fue imprevisible e irresistible, para lo cual analizó conceptos de diferentes autoridades públicas que estudiaron el tema –fls. 243 a 252, cdno. 1-, y algunas sentencias de la Sección Tercera de esta Corporación que se han ocupado del denominado hecho del príncipe.

Finalmente, señaló que el INVIAS, con posterioridad a la presentación de la demanda, ha restablecido -aunque parcialmente- el desequilibrio financiero causado por estos hechos, en relación con otros contratistas del mismo INVIAS –fls. 228 a 232, cdno. 1-.

### 3.2. El INVIAS

Señaló que las leyes que crearon la contribución especial eran de obligatorio cumplimiento para el INVIAS, 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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

entrada en vigencia, tal como aconteció en el caso concreto con los contratos adicionales en valor.

De otro lado, los contratistas pudieron abstenerse de suscribir los contratos adicionales, pues sobre los mismos fue que se hizo el descuento del impuesto – fl. 260, cdno. 1-, de manera que no fueron presionados u obligados a hacerlo, y por esto no pueden solicitar una indemnización. Incluso, en el texto mismo de los contratos se incluyó la obligación, a cargo del contratista, de pagar el tributo, por esto al haber consentido queda probado que conocían su existencia –fl. 260, cdno. 1-.

Finalmente, señaló que el INVIAS, en relación con el impuesto, es un simple retenedor, por ello si acaso hubiese sido ilegal el comportamiento de la entidad, quien realmente tendría que responder es el Ministerio de Hacienda, toda vez que fue el destinatario de los recursos -fl. 263, cdno. 1-.

### 3.3. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

## **4. La sentencia del Tribunal Administrativo de Casanare**

El *a quo* profirió sentencia el 29 de octubre de 1998, negando las súplicas de la demanda. Encontró probada la celebración del contrato 759 de 1988, y sus nueve (9) adiciones, y que 4 años después de estar en ejecución el Estado creó la Contribución Especial, la cual consta en los decretos 2009 de 1992 y 1.515 de 1993, y en las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995. De allí, que a partir del 15 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia del decreto 2009, el contratista debió contribuir con este pago, es decir, el INVIAS debía recaudar el tributo.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Empezó precisando que por los contratos anteriores a la entrada en vigencia del impuesto de guerra, el INVIAS no realizó deducciones, al estar acreditado que se hicieron con posterioridad, es así como esos negocios no ofrecen problemas –fl. 279, cdno. Ppal.-.

En cuanto a los contratos suscritos con posterioridad, que son los que se discuten ahora, señaló que para el momento en que se celebraron, el contratista conocía la existencia del tributo, e incluso consintió en su cancelación, y por eso no hay irregularidad en el comportamiento del INVIAS.

Esta idea la soportó en jurisprudencia del mismo Tribunal, frente a un caso semejante, donde se señaló que los nuevos impuestos que gravan contratos que se celebren con posterioridad a su entrada en vigencia, no se enmarcan ni en la teoría de la imprevisión ni en la del hecho del príncipe, porque son contratos nuevos, a los cuales necesariamente se les debía aplicar la norma tributaria vigente para ese momento. Incluso, y con sobradas razones, si en el contrato se deja constancia expresa de ello, el contratista no puede alegar desconocimiento ni ignorancia del tema.

Coligiendo que, si las retenciones se hicieron después de que entró en vigencia el impuesto de guerra, y sobre contratos suscritos con posterioridad, no es posible hablar de imprevisión, pues el contratista debió contemplar los efectos tributarios de la ley vigente sobre las adiciones que celebró.

## **5. El recurso de apelación**

Lo interpuso la parte actora, el 11 de noviembre de 1998 –fls. 304 vto., cdno. Ppal.-.

En *primer lugar*, señaló que el hecho de que en una cláusula de los contratos adicionales se hubiera hecho referencia al impuesto de guerra, no significa que

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

el contratista no pueda reclamar el daño causado con su pago, ni que haya renunciado a reclamar su indemnización.

*En segundo lugar, se apoyó en el pliego de condiciones de la licitación, en una cláusula del contrato y en el párrafo del art. 2 de la Resolución 012409 de diciembre 30 de 1989 –que forma parte del negocio jurídico-, para advertir que allí se estableció que los precios unitarios del contrato adicional que se llegaren a celebrar no podían superar el valor del precio del convenio inicial, para el correspondiente ítem. En consecuencia: “Si bien es cierto que cuando se suscribieron los contratos adicionales... conocían la existencia del nuevo impuesto, también lo es que los contratistas no podían incluir ese nuevo costo en los precios unitarios, porque los mismos contratos se los prohibían, pues no podían incluir en tales precios factores diferentes a aquellos que el contratista tuvo en cuenta en el momento de presentar su propuesta.” –fl. 311, cdno. Ppal.-. Se insiste en que esta idea la soporta, con especial énfasis, en lo previsto en los pliegos de condiciones y en la resolución No. 012409 de 1989.*

*En tercer lugar, sostiene, con apoyo en la jurisprudencia, que las adiciones suscritas correspondieron a mayores cantidades de obra de las inicialmente pactadas –por mal cálculo de la entidad-, y no a actividades nuevas, y por ello realmente no se varió el alcance físico de la obra ni hubo modificación del objeto –fls. 313 a 315-. Por tanto, afirma, con base en la jurisprudencia, que no hubo un “contrato adicional” -nombre que se reserva para las modificaciones al contrato inicial-, pues la estimación equivocada de las cantidades de obra sólo exigía una modificación presupuestal –fl. 314-.*

De esta manera, “3. El haber obligado al contratista a suscribir contratos adicionales lo colocó en la situación de tener que pagar la contribución especial o impuesto de guerra, sin estar legalmente obligado a ello” –fl. 319, cdno. Ppal.-, y “5. de acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado de fecha 6 de agosto de 1987, en el presente caso no era necesario suscribir un contrato adicional,

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

toda vez que se trataba de una mayor cantidad de obra sin modificar el objeto del contrato.” –fl. 319-

En *cuarto lugar*, sugiere que si la Sala “... llegare a considerar que los contratos adicionales se hicieron 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 se introdujo por la ley un nuevo factor de costo no previsto por el contratista...” –fl. 319-.

Finalmente, reiteró la postura asumida a lo largo del proceso, en relación con la configuración de la teoría del hecho del príncipe; para lo cual cuestionó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de septiembre de 1994 –en el que se apoyó el *a quo*-, y reivindica el que en sentido contrario había expresado esa misma Sala en el año de 1972. A esto le sumó, una vez más, el análisis de varias sentencias de la Sección Tercera, referentes al tema, y que le conceden la razón.

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

*6.1. La parte actora.* Insistió en los argumentos expuestos a lo largo del proceso –fls. 372 a 374, cdno. ppal.-.

*6.2. El INVIAS.* No participó en esta etapa.

*6.3. Concepto del Ministerio Público.* Ofreció el siguiente análisis del proceso, solicitando que se confirme la sentencia.

En primer lugar, hizo un recuento de las distintas normas que han regulado la Contribución Especial, y afirmó que le aplicaban a los contratos nuevos y a los adicionales suscritos con posterioridad a la creación de dicho tributo, como ocurrió en el caso *sub iudice*, con varias adiciones –fls. 382 a 383, cdno. Ppal.-.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

En lo que concierne a la discusión acerca de la distinción entre “contrato adicional” y “mayores cantidades de obra” –que propuso el actor-, señaló que no existe prueba –la que incumbía al actor- de la cual se dedujera, para el caso concreto, qué naturaleza tenía cada adición efectivamente celebrada, por ello tampoco este argumento puede prosperar.

En cuanto a la figura del hecho del príncipe, sostuvo que no se configuró, porque la medida impositiva, sobre los contratos adicionales analizados, no fue imprevista ni imprevisible, toda vez que cuando se celebraron estaba en vigencia el tributo, como de hecho se menciona en los mismos contratos –fls. 384, cdno. Ppal.-.

Finalmente, señaló que “si se admitiera que por esta causa el contratista tiene derecho a la devolución de lo retenido por la demandada, actualizado y con intereses, se desvirtuaría la finalidad impositiva de la ley, trasladándose el gravamen a la entidad, quien en últimas resultaría haciendo la contribución especial, lo que sin lugar a dudas no fue intención (sic) del legislador.” –fl. 388, cdno. Ppal.-

### **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 contrato y, en caso afirmativo, si hay lugar a adoptar medidas consecuenciales de restablecimiento a favor suyo.

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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

oportunidades anteriores, con ocasión de varios casos similares<sup>1</sup>, especialmente las sentencias más recientes de esta Sección, de 7 de marzo de 2007 –exp. 15.799 - y de 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055<sup>2</sup>-.

Se advierte que la sentencia impugnada se confirmará, previo análisis de los siguientes aspectos: i) los contratos del Estado y la vigencia de la ley tributaria en el tiempo, ii) la contribución especial denominada impuesto de guerra, iii) la jurisprudencia aplicable al caso, y iv) 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 759 de 1988, y sus adicionales-, al ser reestructurado, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, mediante el decreto 2171 de 1992 –art. 52-, “Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Publicas 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 que:

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22).  
Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en

---

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

<sup>2</sup> En ambas providencias Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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.” (negrillas 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 2171 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.” (negrillas fuera de texto)

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

En este orden de ideas, dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2171 de 1992 –arts. 53 y 58<sup>3</sup>, 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 construcción del sector: Monterrey-Aguaclara y acceso al Secreto de la carretera Aguazul-Villanueva –objeto del contrato en cuestión- quedó a cargo de dicha entidad, y

---

<sup>3</sup> “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.”

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 el argumento principal en el que el actor apuntala su inconformidad con la sentencia impugnada, toda vez que parte de afirmar que los contratos adicionales fueron suscritos en distintos años, bajo la vigencia de estatutos contractuales diferentes. 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.

Desde el punto de vista general, en cuanto a la vigencia de la ley en el tiempo, es pertinente precisar que: La ley 153 de 1887 determina que las leyes 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 tiempo 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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencias de 3 de junio y 2 de septiembre de 2003<sup>4</sup>, 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 1886, y ahora en el 29 de la Constitución Política de 1991.

De otra parte, en materia contractual la ley 153 de 1887, 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 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.

Tales disposiciones fueron tenidas en cuenta en los Estatutos Contractuales que se han dictado. Así, por ejemplo, se tiene 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

---

<sup>4</sup> 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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 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”.

En la ley 80 de 1993, 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.”<sup>5</sup>

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 1976 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 1983 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 1993- el legislador determinó que los contratos y los procedimientos en curso se regirían por la norma anterior.

Ahora bien, en materia de contratos adicionales celebrados bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, pero que adicionaban un contrato principal celebrado bajo el decreto ley 222 de 1983, 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

---

<sup>5</sup> Promulgada el día 28 de octubre de 1993. Diario Oficial 41.094.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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.**

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Sobre los antecedentes de esta contribución ha dicho la Sala, en reiteradas decisiones -las cuales se citan a continuación-<sup>6</sup>, 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”<sup>7</sup>. Desde entonces se sigue cobrando, ya

---

<sup>6</sup> 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.”

<sup>7</sup> 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.”

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

que fue prorrogada por las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999, 782 del 23 de diciembre de 2002<sup>8</sup> y la actual ley 1.106 de 2007<sup>9</sup>.

---

“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.”

“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.”

<sup>8</sup> “Art. 37. El artículo 120 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, 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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

El sujeto pasivo o responsable del pago de la contribución especial es el contratista, persona natural o jurídica, que celebre con una entidad de derecho público un contrato para la construcción o mantenimiento de vías públicas o suscriba adiciones al mismo y el beneficiario de la contribución es la Nación,

---

“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”

<sup>9</sup> “**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 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.”

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Departamento o Municipio del nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante.

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 mantenimiento de las vías<sup>10</sup>, 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

---

<sup>10</sup> 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 encuentran en la condición de contratistas de construcción y mantenimiento de vías".

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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.

“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.”<sup>11</sup>

#### **4. La jurisprudencia aplicable al caso.**

---

<sup>11</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto No. 637 del 19 de septiembre de 1994.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 14.577<sup>12</sup>-, viene al caso lo que en esa oportunidad 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.

“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

---

<sup>12</sup> Actor: Sociedad Pavimentos Colombia contra el Instituto Nacional de Vías. CP. Ricardo Hoyos Duque.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

“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 Blum<sup>13</sup>, 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.”<sup>14</sup>

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.”

---

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

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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 culpa<sup>15</sup>. 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)”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> “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

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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

En esta misma línea, el profesor argentino HECTOR JORGE ESCOLA<sup>17</sup> 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 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 (...)"<sup>18</sup>

---

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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

La Sala considera 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.

---

<sup>18</sup> 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)

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 contrato<sup>19</sup>.

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

---

<sup>19</sup> 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).

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 cocontratantes, 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 estatales<sup>20</sup>, 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”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> GEORGES VEDEL. *Derecho Administrativo*. Madrid, Edit. Aguilar, 1980. p.343.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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."<sup>22</sup>

En el examen de constitucionalidad del decreto legislativo 2009 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

---

<sup>22</sup> 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".

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

impuesto, ya que recaía sobre una estipulación anterior a su vigencia en los contratos celebrados antes del 15 de diciembre de 1992. 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 "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.”<sup>23</sup> (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, 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

---

<sup>23</sup> Sentencia C-083 del 26 de febrero de 1993. MP. Fabio Morón Díaz.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 1993 estableció que debían pagarla todas las personas que suscribieran contratos “o celebren contratos de adición al valor de los existentes”.

También 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, pues conservan plena validez, amén de la utilidad que tiene observar los precedentes judiciales, en materias idénticas.

## **5. El caso concreto**

### **5.1. Las pruebas aportadas y practicadas, y el criterio de la Sala en relación con lo que pretenden probar en el proceso.**

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

a) Se encuentra demostrado que el 23 de diciembre de 1988 el Fondo Vial Nacional celebró con el actor, el contrato de obra pública No. 759, cuyo objeto era la construcción del sector: Monterrey-Aguaclara y acceso al Secreto de la carretera Aguazul-Villanueva –fls. 55 a 59, cdno. 1-.

b) Este contrato se adicionó en nueve (9) oportunidades, una veces en plazo y otras en valor, de la siguiente manera –fls. 60 a 80, cdno. 1-.

- 1) Contrato No. 804 de 5 de noviembre de 1991, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato inicial.
- 2) Contrato No.089 de 21 de abril de 1992, cuyo objeto consistió en adicionar una cláusula al contrato principal.
- 3) Contrato No. 540 de 27 de julio de 1992, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato inicial.
- 4) Contrato No. 101 de 10 de marzo de 1993, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo y el valor del contrato inicial
- 5) Contrato No. 002 de 30 de enero de 1994, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato inicial.
- 6) Contrato No. 488 de 12 de agosto de 1994, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo y el valor del contrato inicial.
- 7) Contrato No. 511 de 15 de mayo de 1995, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo y el valor del contrato inicial.
- 8) Contrato No. 759-8-88 de 20 de diciembre de 1995, cuyo objeto consistió en adicionar el plazo del contrato inicial.
- 9) Contrato No. 759-8-88 de 19 de marzo de 1996, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato inicial.

Advierte la Sala que los contratos adicionales Nos. 804 de 1991, 089 de 1992 y 540 de 1992 no se afectaron con el problema planteado por el actor en este proceso, pues son anteriores a la primera norma que introdujo la denominada Contribución Especial –decreto 2.009 de 14 de diciembre de 1992-. Además de

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

esto, el primero y el tercero fueron adicionados en plazo, y el segundo agregó una cláusula al contrato principal, de manera que por esta otra razón ni siquiera ofrecerían problema.

Frente a los otros seis (6) contratos adicionales –celebrados en vigencias de las distintas normas tributarias-, se encuentra que los que sólo ampliaron el plazo del negocio inicial –es decir, los Nos. i) 002 de 1994 y ii) 759-8-88 de 1995-, tampoco ofrecen dificultad, pues su adición fue sólo en el término de ejecución de los trabajos, luego sobre ellos no se debió retener dinero, por concepto de la Contribución Especial.

No obstante, los contratos adicionales en valor, identificados con los números: i) 101 de 1993, ii) 488 de 1994, iii) 511 de 1995 y iv) 759-8-88 de 19 de marzo de 1996, por celebrarse en vigencia de las normas que han mantenido la contribución especial del 5% del valor del contrato, son los que justifican el estudio que propone la parte actora. A estos, por ende, reducirá la Sala el análisis del tema.

c) El 14 de diciembre de 1992 –casi 4 años 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 sobre vías.

Esta norma fue prorrogada, 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<sup>24</sup> -que tuvo una vigencia de 2 años-, y retomó el

---

<sup>24</sup> 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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

anterior impuesto, norma que fue reproducida, a su vez, por la ley 241 de 1995<sup>25</sup> -que 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, obran en copia auténtica varios "Comprobantes de pago", de diversas fechas, a favor del consorcio contratista, en el cual consta la retención del 5% que hizo el INVIAS -fl. 81 a 95, cdno. 1-.

Sin embargo, para demostrar el monto de las retenciones de la contribución especial, efectuadas por el INVIAS, la parte actora también aportó una certificación expedida por la División de Tesorería del INVIAS, adjunta al memorial de junio 19 de 1997 -fls. 27 y 28, cdno. de pruebas 2-, la cual también se encuentra a folios 217 a 219 del cdno. 1-. Cabe precisar que esta prueba fue pedida y decretada debidamente -auto de abril 4 de 1997, fls. 144 a 146, cdno. 1-, y por eso su aporte es válido.

e) También se adjuntó, en copia auténtica: i) cuatro conceptos de la DIAN, que interpretan el alcance tributario de las normas que crearon la Contribución Especial -fls. 10 a 20, cdno. 2-, y iii) un concepto proferido por el IDU -fls. 22 a 26, cdno. 2-, también relacionado con el alcance de las mismas normas tributarias.

---

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

<sup>25</sup> 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.

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

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

f) Igualmente, se rindió un testimonio -fls. 44 a 51 del cdno. que contiene el Despacho Comisorio, debidamente auxiliado-, pero no se profundizará sobre su contenido, por ser irrelevante para la decisión que se adoptará.

g) Finalmente, la parte actora -desconociendo las reglas sobre la legalidad y la lealtad en la práctica de las pruebas-, introdujo por iniciativa propia, antes de la audiencia de conciliación en la primera instancia, varios documentos: la resolución No. 12409 de 1986, algunas "actas de acuerdo" y "modificaciones" a contratos-, con los que pretende demostrar que el INVIAS reconoció al mismo demandante, y a otros contratistas suyos -con posterioridad a la presentación de la demanda-, el reajuste causado con las retenciones por el impuesto de guerra.

Y en segunda instancia, mediante memorial de febrero 11 de 1999 -fls. 335 a 336, cdno ppal.- el ahora recurrente solicitó la práctica de nuevas pruebas, es decir, de los documentos irregularmente aportados con anterioridad. El Magistrado Ponente sólo aceptó el documento obrante de folios 351 a 352 del cdno. Ppal., y negó los demás -auto de 12 de mayo de 1999 (fls. 356 a 357, cdno. Ppal.)-, decisión que fue recurrida, y finalmente se confirmó -fls. 358 a 359, cdno. Ppal., y 362 a 368, cdno. Ppal.-.

En estos términos, lo admitido por el *ad quem* de dichos documentos fue un "acta de acuerdo de precios" -sin fecha-, que obra en copia simple, de manera que esta tampoco podrá valorarse, según lo disponen los arts. 253 y ss. del CPC.

## **5.2. Los argumentos del recurso de apelación**

Con base en las razones expuestas, y en las pruebas aportadas al proceso, pasa la Sala a concretar su análisis del tema, en relación con los argumentos

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

invocados en el recurso de apelación. En tal sentido, el recurrente no estuvo de acuerdo con los siguientes aspectos de la sentencia:

i) Señaló que el hecho de que en una cláusula de los contratos adicionales se hubiera hecho referencia al impuesto de guerra, no significa que el contratista no pueda reclamar el daño causado con su pago, ni que haya renunciado a reclamar su indemnización.

ii) Apoyado, en el pliego de condiciones, así como en una cláusula del contrato, y en el párrafo del art. 2 de la Resolución 012409 de diciembre 30 de 1989, advirtió que allí se estableció 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 que cuando se suscribieron los contratos adicionales... conocían la existencia del nuevo impuesto, también lo es que los contratistas no podían incluir ese nuevo costo en los precios unitarios, porque los mismos contratos se los prohibían, pues no podían incluir en tales precios factores diferentes a aquellos que el contratista tuvo en cuenta en el momento de presentar su propuesta." –fl. 311, cdno. Ppal.-.

iii) No hubo "contrato adicional" -nombre que se reserva para las modificaciones al contrato inicial-, pues la estimación equivocada de las cantidades de obra solo exigía una modificación presupuestal. De esta manera, "3. El haber obligado al contratista a suscribir contratos adicionales lo colocó en la situación de tener que pagar la contribución especial o impuesto de guerra, sin estar legalmente obligado a ello" –fl. 319, cdno. Ppal.-, y "5. de acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado de fecha 6 de agosto de 1987, en el presente caso no era necesario suscribir un contrato adicional, toda vez que se trataba de una mayor cantidad de obra sin modificar el objeto del contrato." –fl. 319-

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

iv) Sugirió que si la Sala "... llegare a considerar que los contratos adicionales se hicieron 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 se introdujo por la ley un nuevo factor de costo no previsto por el contratista..." –fl. 319-.

**5.2.1. El cargo iii) se desestimaré, porque varía la *causa petendi* de la demanda.**

Al recurrir la sentencia, el apelante la cuestiona con fundamento en que no se está en presencia de un contrato adicional –o por lo menos no era necesario suscribirlo-. Pero no cabe duda que este argumento es nuevo, es decir, extraño a la demanda y a los puntos de debate que propuso. Concretamente, no corresponden con la *causa petendi*, la cual se circunscribió a discutir lo siguiente: la anómala aplicación de los decretos-ley 2009 de 1992, 1.515 de 2003 y de la ley 104 de 1993, por las cuales se le impuso al contratista una carga tributaria que no existía a la fecha de la celebración del contrato inicial – de 1988-, y en caso de que hubiera procedido el cobro, entonces constituyeron un típico daño causado por un hecho del príncipe.

Ahora el recurrente introduce el debate sobre un aspecto que, de analizarse en esta instancia, sorprendería a las partes, y las dejaría sin argumentos frente a dichos temas. En efecto, la discusión acerca de si los contratos eran adicionales o no, como argumento para declarar la responsabilidad a cargo del INVIAS, no se puede introducir en el recurso de apelación, toda vez que definir esto requiere de un pronunciamiento del demandado, quien también debe explicar si lo eran o no. Tal asunto, que excede lo simplemente conceptual, requiere un análisis y conocimiento acerca de los ítems que fueron adicionados, para concluir si tiene o no razón el recurrente. De ello no hay prueba, y menos aún postura y defensa del INVIAS frente a este nuevo cargo. Esta razón hace

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

evidente que en realidad se está ante una *causa petendi* alterada, cuando procesalmente no es posible hacerlo.

Por las razones expuestas, este cargo del recurso se desestimaré. No obstante, y sólo en gracia de discusión, al final de esta providencia se hará una cita de la jurisprudencia de esta Corporación que incide directamente sobre este tipo de cuestionamientos.

### **5.2.2. Los cargos i), ii) y iv).**

Finalmente, afirma el recurrente, que si acaso los contratos adicionales se celebraron conforme a la ley, entonces, con fundamento en la teoría del "Hecho del príncipe", se rompió su equilibrio económico.

La Sala encuentra que el *a quo* tuvo razón en decir que no se configuró el desequilibrio financiero, alegado por el actor, ni bajo la teoría del hecho del príncipe ni la de la imprevisión, pues ambas 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 contrato.

En el caso concreto, tanto los decretos-ley 2.009 de 14 de diciembre de 1992 y 1.515 de 4 de agosto de 1993, como las leyes 104 de diciembre 30 de 1993 - publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1993- y 241 de diciembre 26 de 1995 -publicada en el Diario Oficial de 14 de febrero de 1996-, habían entrado a regir antes de celebrarse los contrato 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. 101 de 10 de marzo de 1993. Cuando se suscribió ya estaba en vigencia el decreto-ley 2.009 de 1992 –desde hacía 3 meses-, de manera que

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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. 488 de 12 de agosto de 1994. Cuando se suscribió ya estaba en vigencia la ley 104 de 1993 –desde hacía casi ocho meses-, de allí que el contratista debió tenerla en cuenta, ya que sin lugar a dudas afectaría su utilidad, luego no se trató de un hecho imprevisto.

iii) El contrato No. 511 de 15 de mayo de 1995. Cuando se suscribió estaba en vigencia la ley 104 de 1993 –desde hacía 17 meses-, por ello el contratista debió tenerlo en cuenta, toda vez que sin lugar a dudas impactaba su utilidad, y por tanto no se trató de un hecho imprevisto.

Como si fuera poco, en este caso las partes acordaron, en el párrafo segundo de la cláusula segunda, que: “Al presente contrato le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la ley 104 de 30 de diciembre de 1993”, -fl. 74, vto. Cdn. 1- en consecuencia resulta inconcebible que reclame por el daño que dijo producirle una ley que conoció y tuvo en cuenta cuando lo firmó.

iv) Contrato No. 759-8-88 de 19 de marzo de 1996. Para la fecha de suscripción estaba en vigencia la ley 241 de 1995 –desde hacía casi un mes-, de allí que debió tenerlo en cuenta el contratista, como quiera que sin duda le afectó la utilidad, luego no fue un hecho imprevisto.

En efecto, en este caso las partes acordaron, en el párrafo segundo de la cláusula segunda, que: “EL CONTRATISTA pagará por su cuenta la contribución especial de que trata el art. 123 de la ley 104 de 1993, cuya vigencia fue prorrogada por la ley 241 de 1995” -fl. 79, vto. Cdn. 1-, de manera que resulta inconcebible que reclame por el daño que dijo producirle una ley que conoció y tuvo en cuenta cuando lo firmó.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 constituye un hecho imprevisto, el contratista debió prepararse para esta consecuencia cuando los suscribió. En este sentido, tampoco es aceptable, como se afirma en el recurso, y lo apoya el Ministerio Público en su concepto, 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.

En este orden de ideas, si acaso se le causó un daño al contratista, este es imputable a su propia conducta, como quiera que firmó varios negocios jurídicos, pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> También ha dicho la Sala, en este mismo 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-.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Por tanto, es inadmisibile que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de una ley que claramente señalaba las condiciones tributarias vigentes, se solicite una indemnización por hechos imputables a la propia conducta, pues de haber sido más precavido no se habrían generado las consecuencias que se dice padecer.

De otro lado, ante el argumento del recurso de apelación según el cual en los pliegos de condiciones, en el contrato y en la resolución No. 12409 de 1986, se contempló la imposibilidad de renegociar los precios unitarios del convenio inicial, la Sala encuentra que: de un lado, el contrato no contempla el contenido que afirma el recurrente; de otro lado, los pliegos de condiciones no se encuentran en el proceso –porque no fueron pedidos como prueba-; y finalmente, la resolución aludida no está aportada válidamente –el actor pretendió hacerlo por fuera de término en la primera instancia-, de allí que no existe prueba de dicha afirmación.

No obstante, y sólo en gracia de discusión -si acaso fuera verdad lo afirmado-, lo cierto es que el contratista no estaba obligado, además de sostener el precio inicial, a celebrar las adiciones; luego, sería incomprensible que lo hiciera, sin estar sometido a ello. Por tanto, le bastaba rechazar el ofrecimiento de la entidad de ejecutar más cantidad de obra, toda vez que los precios ya no favorecían sus intereses. Se trata de una actitud normal en el mercado, por parte de un vendedor de bienes y servicios.

Pero como si fuera poco, en lugar de asumir el comportamiento precavido, en dos de los contratos aceptó pagar la contribución, lo cual no puede ahora traducirse en una impugnación de su propia voluntad, salvo que hubiera mediado error, fuerza o dolo, lo cual no se alega en la demanda. En otras palabras, este comportamiento muestra que el contratista actuó con

---

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

conocimiento de la existencia del tributo, luego su manifestación de voluntad lo compromete, siendo ilógico e inaceptable en el derecho, que ahora vaya contra sus propios actos, en desmedro de la confianza contractual que pone la otra parte del negocio jurídico en cuestión.

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

"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.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

“ 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.

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

"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."

<sup>27</sup>

La Sala acoge este análisis y lo hace propio, porque el actor planteó las mismas observaciones contra la sentencia del Tribunal, de manera que aplica perfectamente al caso concreto.

En cuanto al tema de las costas, la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de éstas cuando alguna de las partes actúa temerariamente -art. 55- y, dado que ninguna actuó de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

---

<sup>27</sup> Sección Tercera, sentencia de octubre 30 de 2003. CP: María Elena Giraldo. Actor: Construca SA. Exp. 17.213

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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

### **FALLA**

**PRIMERO:** Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, el 29 de octubre de 1998.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.**

**Radicación número:** 850012331000199600256 01  
**Expediente número:** 16017  
**Actor:** Ingeniería Y Construcciones Ltda.  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías.  
**Naturaleza:** Contratos.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MYRIAM  
GUERRERO DE ESCOBAR**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, expongo a continuación las razones que dieron lugar a que aclarara mi voto en la providencia de fecha 4 de febrero de 2010, proferida dentro del proceso de la referencia.

Comparto el fundamento de la decisión consignada en el fallo, en cuanto no podía aducirse un supuesto de imprevisión en relación con el impuesto de guerra, respecto de los contratos adicionales suscritos con posterioridad a la ley que estableció tal gravamen, sin embargo considero que la Sala debió analizar la naturaleza de la contribución especial de guerra, el sujeto pasivo

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

del gravamen y la posibilidad de trasladar la carga tributaria a la Entidad contratante, para determinar si efectivamente el gravamen tenía la virtualidad alterar el equilibrio financiero del contrato.

De la lectura de los artículos 123 y siguientes de la derogada Ley 104 del 30 de diciembre de 1993, se deduce que el hecho generador de la contribución era la suscripción y ejecución de contratos de obra pública que tuvieran por objeto la construcción y mantenimiento de vías o la adición de los ya existentes, de manera que el sujeto de tal contribución, es decir, el contratista, no podía pretender trasladar la carga tributaria a la Entidad Pública contratante, aumentando el valor del contrato a través de la inclusión de ésta como costos directos o indirectos del mismo o aumentando el valor de las adiciones en proporción igual al valor del gravamen, pues la contribución recaía sobre la actividad desarrollada por el contratista y, en consecuencia, debía ser asumida por éste como un riesgo propio o inherente al negocio jurídico, sin que implicara variación alguna en relación con el objeto mismo de las obligaciones contraídas – correlación -, ni con la representatividad económica de dicho objeto – equivalencia-, razón por la cual la carga impositiva no podía ser desplazada hacia la Entidad Pública contratante, la que únicamente servía de agente retenedor del gravamen, sin que su patrimonio pudiera verse afectado como

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

consecuencia de ella y, por la misma razón, la contribución no era un hecho constitutivo de ruptura del equilibrio financiero del contrato, como quiera que no tuvo la virtualidad de alterar la conmutatividad de las prestaciones de las partes intervinientes.

*Fecha ut supra.*

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Radicación 16.017

Actor: INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES LTDA Y OTRO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto la decisión que se adopta en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, en cuanto confirma la sentencia apelada, me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo, en particular en cuanto reitera el criterio de sentencias recientes de la Sala en relación con la configuración de la teoría del *“hecho de príncipe”*, que a mi entender no se ajustan a nuestro contexto constitucional y legal.

En el caso que se define respaldo la conclusión de que dentro del contexto probatorio, legal y jurisprudencial, es claro que no se alteró el equilibrio económico del contrato en contra del demandante, por cuanto al momento de celebrar los contratos adicionales con la Administración, el actor conocía de antemano, que estaba obligado a pagar el impuesto de guerra por virtud de la normativa que gobernaba la materia y, por ende, la carga económica que debió soportar no fue el resultado de un hecho sobreviniente, tal como lo exige cualquier motivo que se aduzca como causa de ruptura de la ecuación económica del contrato.

También estoy de acuerdo con que, no obstante cualquiera sea la teoría que se aplique, se observa que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo, no equivale a un rompimiento automático del equilibrio

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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, el actor debe probar, no solo el hecho sino también el quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida a la celebración del contrato, como resultado de la ocurrencia de esa “álea administrativa” imprevista.

Sin embargo, con todo respeto por la Sala me aparto y discrepo de la tesis según la cual la teoría del “hecho del príncipe”, como causal para solicitar el desequilibrio de la ecuación económica de un contrato celebrado por la Administración Pública, tan sólo resulta aplicable cuando el acto general que tiene incidencia en el contrato es proferido por la misma entidad pública contratante, pues, de lo contrario, se estaría en un evento externo a las partes que se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión.

Es cierto que de tiempo atrás la Sala 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 que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. La ruptura de la ecuación financiera del contrato puede verse alterada por las siguientes causas: a) Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato; b) Por actos de la administración general como Estado “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, se afecta negativamente el

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

contrato; y c) Por factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, que involucra circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él, todas ellas con características y requisitos propios para su configuración.<sup>28</sup>

Mi disentimiento con la tesis expuesta recientemente por la Sala y que ahora reitera, estriba en que considero que el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, es el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, opinión que fundamento así:

## 1. ANTECEDENTES DEL “HECHO DEL PRÍNCIPE”

En la jurisprudencia y en la doctrina no ha sido pacífico el debate en torno de la autoridad pública de la que emana el acto general con incidencia en la ecuación financiera del contrato, para la aplicación de la figura del “hecho del príncipe”, según lo describo a continuación:

### 1.1. La posición de la Jurisprudencia de la Sección

Esta Sala en Sentencia de 20 de septiembre de 1979 (Exp. 2742), definió que “Cuando la causa de la agravación consiste en un acto de la propia administración contratante, o en un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que la figura se denomine hecho del príncipe”.<sup>29</sup>

---

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14855 y de 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P. Daniel Suárez Hernández.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de septiembre de 1979, Exp.2742 C.P. Jorge Valencia Arango.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Igualmente, teniendo en cuenta que es la teoría que sirve como fuente para reclamar cuando surgen nuevos impuestos en un contrato estatal que se encuentra vigente al momento en que el gravamen se hace exigible y el cual no existía cuando se celebró, en Sentencia de 27 de marzo de 1992 (Exp. 6.353)<sup>30</sup>, consideró la Sala que venía al caso la aplicación de la teoría del hecho del príncipe como fuente de pretensión indemnizatoria, cuando una medida estatal de carácter general,<sup>31</sup> emanada de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado y que tuviera “incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace mas onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.”<sup>32</sup>

En este mismo sentido se pronunció en Sentencia de 15 de febrero de 1999 (Exp. 11194), en la cual expresó que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución por actos de la administración como Estado y puntualizó 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 contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse.”<sup>33</sup>

---

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 1992, Exp. 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

31 Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, precisa la sentencia, “su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada”.

32 En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto de 11 de marzo de 1972 (Rad. 561), destacó 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”.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Posteriormente, en providencia de 7 de marzo de 2002 (Exp. 21.588)<sup>34</sup>, siguiendo esta línea jurisprudencial, se señaló que “...la fijación de nuevos impuestos o el incremento de los ya existentes, con carácter general, es una medida que se ajusta a la noción del denominado “hecho del Príncipe” y, por lo tanto, puede incidir en el ámbito contractual.”<sup>35</sup>

No obstante, la Sección en providencia de 29 de mayo de 2003 (Exp. 14.577), sostuvo, luego de acoger los planteamientos que sobre el tema ha hecho la doctrina y la jurisprudencia -en especial la francesa-, 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”, y que “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”.<sup>36</sup>

La tesis anterior, fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003 (Exp.15119), aún cuando atemperó su rigidez en el sentido de que el acto o el hecho puede provenir de “la misma persona jurídica contratante”, según las siguientes precisiones:

“...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

---

<sup>34</sup> Actor: Consorcio Conascol S.A. contra Instituto Nacional de Vías -Inviás.

<sup>35</sup> Esta misma exigencia se había puesto de presente por la Sala en auto de 30 de enero de 1998 (Exp. 13.722) al señalar que “la promulgación de leyes que inciden en el acontecer administrativo, no debe, en principio, generar costos mayores o extras en la ejecución de contratos de prestación de servicios, consultorías o asesoramientos porque la actividad profesional de los contratistas les debe permitir acomodar la prestación de sus servicios o productos a la nueva y siempre cambiante realidad normativa. Salvo casos excepcionales, suficientemente acreditados, podría pensarse en el surgimiento de tales sobre y extracostos que deban cubrirse por la entidad contratante”.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. 14577, y Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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.

“(...)

“De otro lado, teniendo en cuenta que, como ya lo dijo la Sala, el hecho del príncipe se produce por una disposición general adoptada por la misma entidad contratante, aunque no en su calidad de tal, sino como Autoridad Administrativa en ejercicio de sus funciones, la expedición de impuestos por parte del Legislador o por una autoridad distinta de la contratante, no encuadraría en dicha teoría, 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.”

<sup>37</sup>

Posteriormente, en Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Exp. 14.578)<sup>38</sup>, al analizar otro caso relacionado con la contribución especial prevista en la Ley 104 de 1993, la Sala volvió a recalcar:

“...La imposición de la carga tributaria es un deber necesario para una Sociedad. Constitucionalmente y en tiempo de paz, dicha competencia recae sobre el Congreso en forma principal, y en las

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Exp. 14578, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

asambleas departamentales y en los concejos (distritales o municipales) en el nivel territorial pero éstos dos últimos sometidos al imperio además de la ley (art. 338 C. N.).

En materia contractual, la entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato y es por ello que jurisprudencialmente, a ese nuevo hecho económico fiscal 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 fiscal, aunque actualmente la Sección Tercera de esta Corporación<sup>39</sup> diferenció en que si la imposición tributaria es generada por la contratante estatal en efecto se está frente al típico hecho del príncipe pero si la contratante no es quien impone o crea el gravamen se está en un caso de teoría de la imprevisión.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia que pacíficamente aceptaba la configuración del hecho del príncipe cuando una medida estatal de carácter general de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado tuviera incidencia en la ecuación financiera del contrato, en los últimos tres años ha variado para circunscribir su aplicación solo al acto general de la autoridad contratante por cuya virtud se procede a la alteración anormal, grave y onerosa del contrato estatal.

## 1.2. Las tesis doctrinales

Al respecto, se observan dos posiciones claramente diferenciadas que recogen las jurisprudencias citadas, una restrictiva o limitativa y otra general.

La tendencia restrictiva corresponde a la posición francesa, la cual es expuesta por Jean Rivero, quien la resume así:

“a) La teoría del hecho del príncipe está presente siempre y

---

<sup>39</sup> *ib.* (7).

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

cuando la persona pública cocontrante usa su poder de modificación unilateral de las obligaciones del cocontrante (...) A esta hipótesis, que constituye la base de la teoría se suma, se asimila el caso en que la misma persona pública dicta, respecto de su cocontratante, una medida individual, agravando las cargas no sobre la base del contrato, sino por otro título, por ejemplo, en virtud del poder de policía.

“b) 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.

“c) 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)”.<sup>40</sup>

Y Georges Vedel la confirma cuando señala que:

“(…) sí la decisión que constituye el ‘hecho del príncipe’ emana de una autoridad extraña a la persona moral contratante (por ejemplo el aumento de impuestos del Estado que gravan al concesionario de un servicio público municipal), el hecho del príncipe opera como una circunstancia exterior a los contratantes y el problema planteado se resuelve, en el caso de que suponga cambios en el equilibrio financiero apelando a la teoría de la imprevisión (...) “Por tanto, es necesario suponer que el “hecho del príncipe emana de la persona jurídica que ha otorgado el contrato...”<sup>41</sup>

---

40 RIVERO, Jean, Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 9ª Edición, 1984, págs. 140 y 141.

41 VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, Editorial Aguilar, 1980, pág. 209.

El autor argentino, Miguel S. Marienhoff, propugna la posición contraria, esto es, el criterio general; en réplica a la anterior tesis y como respuesta al profesor Laubadére respecto del significado que otorga éste a la autoridad pública para efectos de la aplicación del hecho del príncipe, según el cual el acto o hecho dañoso debe emanar de la propia autoridad con la cual se celebró el contrato, señala que la responsabilidad estatal por el “hecho del príncipe” encuentra fundamento en el “álea administrativa” y puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano esencial del Estado; por el contrario, la responsabilidad estatal se hace efectiva mediante la “teoría de la imprevisión” con sustento en el “álea económica”, que no se deriva de actos o hechos del Estado, distinción esta, agrega, que resulta 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. También rechaza la distinción entre actos de carácter general o particular, pues la teoría del hecho del príncipe sólo se aplica tratándose de actos de carácter o alcance “general”, porque los de carácter particular dan lugar a responsabilidad contractual del Estado por violación a sus estipulaciones.<sup>42</sup>

Así concreta este autor su disenso:

“La generalidad de la doctrina sostiene que para tener configurado el ‘hecho del príncipe’, la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante debe emanar de la ‘misma’ autoridad pública que celebró el contrato. En modo alguno comparto este criterio .

“Dicha medida puede proceder de cualquier autoridad pública, siempre que ésta corresponda al mismo orden jurídico a que pertenece la autoridad que celebró el contrato. Ningún principio de derecho se opone a ello, más aún; los principios que sirven de apoyo a lo que se ha dado en llamar ‘teoría del hecho del príncipe’ (en cuyo, mérito en los casos ocurrentes, nace la obligación de indemnizar al cocontratante) no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal (...).

“(...)”

---

42 MARIENHOFF, Miguel S. Ob. cit. págs. 485, 489 y 490.

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Carece de toda trascendencia, entonces, que la medida perturbadora del equilibrio o ecuación económico – financiera provenga o no de la misma autoridad pública que celebró el contrato. Tal medida perturbadora, en todos los casos, será imputable al ‘Estado’, cualquiera que sea el órgano o repartición de éste de que provenga la medida lesiva.

“(…)

“...no existe ‘principio’ jurídico alguno que obste a la solución que propugno...: 1° si, dentro de una misma esfera jurídica, el hecho o acto emana directa y concretamente del estado –cualquiera que sea el órgano o repartición del mismo- tendrá aplicación la teoría del “hecho del príncipe” (‘fait du prince’). Trátase del álea ‘administrativa’, emergente de un acto o hecho del Estado e imputable al mismo; 2° 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’. Trátase del álea ‘económica’ no imputable al Estado.

“Como consecuencia de su distinto fundamento, los efectos de la aplicación de una y otra teoría difieren: en el primer caso –‘fait du prince’- la reparación del cocontratante es ‘integral’ (el Estado repara los efectos de ‘su’ conducta); en el segundo caso – ‘teoría de la imprevisión’ – la reparación al cocontratante en modo alguno será integral: sólo consiste en una ‘ayuda’ del Estado para contribuir a que se restablezca el equilibrio económico financiero del contrato, afectado por el aludido acontecimiento extraordinario...”.<sup>43</sup>

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

---

43 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1992. III-A 3ª edición. págs. 485 y ss.. Dice este autor que el hecho del príncipe es lo que suele o puede ocurrir con la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias, autorización para exportar productos de la índole de los que deben ser proveídos al Estado según el contrato, etc.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

La conclusión obligada de que el “hecho del príncipe” (*fait du prince*), como fuente indemnizatoria a cargo del Estado, es el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, se desprende, en mi criterio, a partir de las siguientes razones:

i. Los artículos 3 y 113 de la Constitución Política de 1991, configuran el Estado colombiano y el poder público en uno solo, integrado por varios órganos o ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y por otros órganos autónomos e independientes, para el cumplimiento de sus funciones.

Si bien las diferentes ramas y órganos del Estado cumplen las funciones que constitucional y legalmente les corresponde de manera separada, colaboran armónicamente para la realización de sus fines (artículo 2), con lo cual al clásico principio de la separación de ramas del poder público se aúna el principio de la colaboración entre las mismas<sup>44</sup>, lo que se traduce en la participación y coadyuvancia recíproca y coordinada entre ellos, en especial cuando fungen como autoridad administrativa<sup>45</sup> (concordante con el artículo 6° de la Ley 489 de 1998).

---

44 Constitución Política.: “Art. 3°—La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”; “Art. 113.- Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. “Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.” “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

45 Constitución Política: “Art 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Por manera que, toda actuación de las autoridades de la República emana del poder público y se entiende desarrollada por el Estado para el cumplimiento de sus funciones, así como todo contrato que celebren las mismas se hace en nombre de él.

ii. El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas<sup>46</sup>.

Como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, la citada disposición superior no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado.<sup>47</sup>

Bajo la égida de este artículo 90 de la Constitución se incorporaron todos los regímenes tradicionales de responsabilidad patrimonial del Estado, conforme a la evolución jurisprudencial de esta Corporación, desde aquellos que exigen la prueba de la culpa o la presumen -falla del servicio probada o presunta-, como otros en que la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas se atribuye sin falta, o sea por responsabilidad objetiva.

---

46 “ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este.”

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Y es en el artículo 90 en cita y bajo este último régimen en donde tiene cabida la responsabilidad del Estado por el “hecho del príncipe”, tal y como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia que examinó la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“(…) la propia ley 80 de 1993 señala en sus artículos 4º y 5º que es un deber de las autoridades el respeto de los derechos de los contratistas, de suerte que estas normas incorporan legalmente los fundamentos tradicionales de la responsabilidad contractual. Por ejemplo, allí se encuentra explícitamente señalado el derecho del contratista al equilibrio de la ecuación económica del contrato (art. 5º ord 1º) y el deber de las entidades públicas no sólo de mantener y restablecer tal equilibrio (art. 4º ord 8º y 9º) sino también de actuar de tal modo que por su causa "no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista".

“(…) en general se ha considerado que en el campo contractual el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración. Según esta concepción, proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo. La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato, el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada.

“14- Con todo, la Corte considera que puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración (...).

“(...)

“...la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual...”<sup>48</sup> (Resalta la Sala).

Igualmente, en el entendido de que el daño antijurídico es el perjuicio irrogado a una persona que no tiene la obligación jurídica de soportarlo, surge según la Corte el deber de reparación del Estado en armonía con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución Política y basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas de acuerdo con el artículo 13 *ibídem*<sup>49</sup>.

A juicio de la mencionada corporación la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento “un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”, consagrado además en los artículos 2, 58 y 90 superiores, que se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad.<sup>50</sup>

Por consiguiente, la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico irrogado a un contratista por un acto lícito del Estado por cualquiera de sus ramas u órganos, que rompe la ecuación financiera de su contrato, es de

---

48 Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

49 Ídem.

50 Corte Constitucional Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

estirpe constitucional, responsabilidad que le es, en consecuencia, imputable por disposición de la Constitución Política y de la ley, a la entidad pública contratante bajo un régimen de responsabilidad contractual sin falta o responsabilidad objetiva, que se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación de la Administración.<sup>51</sup>

iii. Desde el Decreto ley 222 de 1983 -norma vigente para la fecha de la suscripción del contrato que se estudia<sup>52</sup>- se consagraron disposiciones encaminadas al mantenimiento e intangibilidad de la ecuación financiera del contrato para las partes contratantes con ocasión de actuaciones legítimas de la administración y hechos exógenos a las mismas, cuando se reguló los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral, revisión de precios para los contratos de obra pública, consultoría y suministro (artículos 19, 20, 86), que permitieron a la jurisprudencia estructurar tanto la teoría del hecho de príncipe como la teoría de la imprevisión.<sup>53</sup>

---

51 La Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) ya citada, señaló que esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90, la cual se ratifica en la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente en la que se manifestó: "En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios. "La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. "La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares. (subrayas no originales, Augusto Ramírez Ocampo. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8."

52 El contrato fue suscrito el 23 de diciembre de 1988.

53 "...legislativamente el manejo de la figura comentada ha transcurrido hasta hoy por tres etapas diferentes: la primera, regulada por las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, y por los decretos 1670 de 1967 y 150 de 1976, en la cual se había previsto el sistema de reajuste de precios tendiente a conservar el valor de los diversos ítems propuestos, aplicando un sistema de reajuste a los mismos, de acuerdo con la variación real o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. La

Exp. 16.017  
 Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

La Ley 80 de 1993<sup>54</sup>, al regular la figura del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, incorporó el “hecho del príncipe” como motivo del mismo (artículo 5, numeral 1) y los demás eventos que pueden desequilibrar las prestaciones conmutativas y sinalagmáticas del contrato estatal; 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 3º *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, les otorgó, el derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida (valor intrínseco) 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 el derecho a que se le restablezca la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.<sup>55</sup>

---

segunda, reguladora del sub lite, entró en vigencia con el Decreto 222 de 1983 y especialmente con los artículos 19 y 20 de tal ordenamiento, que consagraron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, pero condicionando el ejercicio de tales facultades a la debida protección de los intereses del contratista, otorgándole, según el caso, el derecho a ser indemnizado o a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas. Para el caso de la modificación unilateral del contrato, en el artículo 20 del estatuto contractual comentado se fijaron las siguientes reglas: “... c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista. d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes. e) “Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación...”. “(...)

“El anterior criterio legislativo y jurisprudencial se mantuvo y reforzó con la expedición de la Ley 80 de 1993, constitutivo de la tercera etapa de esta evolución normativa, al disponer con carácter imperativo, como una prestación a cargo de la administración, la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato. Para ello se le otorgaron a las entidades todas las facultades necesarias para que a través de acuerdos, pactos, o en forma unilateral, adopten las medidas indispensables para mantener ese equilibrio, es decir, para que el contratista obtenga el beneficio económico inicialmente pactado y, consecuentemente, pueda conseguir las ganancias razonables derivadas del cumplimiento del contrato en las condiciones originalmente convenidas. (Artículos 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 9 de mayo de 1996, Exp. 10151 C.P. Daniel Suárez Hernández.

54 Vigente para la época en que se pactaron los contratos adicionales Nos 101, 002,488, 511, 759.

55 La Ley 80 de 1993, además en cuanto la ecuación financiera del contrato y el restablecimiento del equilibrio por su ruptura, estableció: “ART. 27.—De la ecuación contractual. En los contratos

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

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 (valor intrínseco) 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 el derecho a que se le restablezca la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.<sup>56</sup>

Si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento actual de la figura de la intangibilidad de la ecuación económica y financiera del contrato y el restablecimiento de la misma en caso de ruptura (*voluntas legis*), el criterio que se

---

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 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." "ART. 28.- De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."

56 La Ley 80 de 1993, además en cuanto la ecuación financiera del contrato y el restablecimiento del equilibrio por su ruptura, estableció: "Art. 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 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." "Art. 28.- De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

adoptó, según consta en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 149 de 1992, que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”, acogió abiertamente la tesis general que propugna el profesor Marienhoff, puesto que en ella se señaló expresamente:

“El precitado artículo 5º en su Numeral 1º, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación financiera alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras.

“La responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal; el ejercicio de cualquiera de las potestades o derecho de que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último 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<sup>57</sup> se erigen en los móviles que pueden agruparse dentro de la primera de las causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto conviene precisar que la última de las circunstancias corresponde a lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el ‘hecho del príncipe’.

“Los motivos propiciados por la restauración del equilibrio financiero que ampara la segunda de la hipótesis, es decir ‘la ocurrencia de situaciones imprevistas’ que no sean imputables al contratista’ se enmarcan en la ‘teoría de la imprevisión’. Se trata, pues, de situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación económica en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución. De modo que también tendría que predicarse de ellas su temporalidad o transitoriedad.

---

<sup>57</sup> Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A Contratos Administrativos, Teoría general. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983, p. 482.”

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

“Así pues, el acaecimiento de cualquiera de las circunstancias descritas confieren al contratista el derecho a la remuneración pactada y a que ésta se mantenga intangible durante la vida contractual. La intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios. Todos ellos de aplicación directa por parte de la propia administración”.<sup>58</sup> (Subraya la Sala)

Nótese que en el proceso legislativo del nuevo estatuto de contratación de la administración pública, se tuvo en cuenta con meridiana claridad la noción según la cual 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”, constituía un hecho del príncipe imputable al Estado que confiere al contratista la indemnización de perjuicios, y no un hecho imprevisto ajeno a las partes bajo la teoría de la imprevisión.

Esta voluntad revelada del legislador demuestra que de conformidad con nuestra legislación el hecho o acto general que estructura el “hecho del príncipe” puede emanar de cualquier autoridad pública que haga parte del Estado, y no solamente de la entidad contratante.

iv. La teoría del hecho del príncipe tiene como pilar básico el principio de igualdad de las cargas públicas, al amparo del artículo 13 Constitución Política<sup>59</sup>, por lo que en desarrollo de esta cláusula, del principio de la justicia

---

58 Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992. págs. 14 y 15.

59 El Artículo 13 C.P. prescribe: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

distributiva y fundado en un criterio de equidad, es razonable que ante situaciones o supuestos de hecho iguales se de idéntico tratamiento en la solución.

Dice la jurisprudencia que adoptó el criterio restrictivo<sup>60</sup> que:

“...la importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cuál de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios -en el caso del hecho del príncipe-, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación, limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante -caso de la teoría de la imprevisión-.”

Lo anterior, por cuanto en criterio de la providencia en cita:

“(....) en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado... En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar

---

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante... Pero la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales...”.

Entonces, en materia contractual, la entrada en vigencia de una ley tributaria, como la que fue objeto de estudio en dicha sentencia, puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato y es por ello que inicialmente la jurisprudencia entendía que ese hecho fiscal podía ser constitutivo de la figura del “hecho del príncipe”, por ser una medida general proveniente del Estado en ejercicio del poder público fiscal; posteriormente, con la sentencia aludida, es menester hacer una diferenciación: si la imposición tributaria es generada por la contratante estatal en efecto se está frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien impone o crea el gravamen se presenta la teoría de la imprevisión.<sup>61</sup>

Lo anterior daría lugar a que los contratistas del Congreso de la República, quien expide las leyes tributarias en ejercicio de su función constitucional de Legislador, que se vieran afectados en la ecuación económica de sus contratos con una medida impositiva, estarían facultados para esgrimir como motivo el hecho del príncipe y de probar sus elementos se les reconocería tanto el daño

---

61 Así lo manifestó la Sala en Sentencia de 30 de octubre de 2003, Exp. 17213, C.P. Maria Helena Giraldo Gómez.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio; en cambio, los contratistas del Ejecutivo o de otro órgano del Estado sólo podrían aducirla como un hecho imprevisto y obtendrían únicamente una compensación limitada a las pérdidas que hayan podido sufrir a título de colaboración.

Como puede apreciarse, esta visión sobre el asunto en mención no genera una solución equitativa ni acorde con la cláusula de igualdad que prevé el artículo 13 de la Constitución Política y, por ende, no es armónica con el principio del equilibrio de las cargas públicas que fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado en esos eventos, en tanto no existe diferencia jurídica en relación con el daño que produce un acto general expedido por una autoridad pública en ejercicio de una competencia administrativa y distinta a la contractual, frente a sus propios contratistas y respecto a los otros del Estado que también se vean seriamente afectados y comprometidos con la adopción del mismo.

El daño antijurídico potencialmente es igual en uno y otro evento, así como la posición de la relación contractual teniendo en cuenta que el acto no es proferido o emanado por la autoridad pública en ejercicio de poderes contractuales, sino que es extraño a los mismos, razón por la cual es indiferente que provenga de una u otra autoridad pública, porque finalmente sea o no la misma entidad contratante la actuación no comporta una falta al contrato y dado que la responsabilidad del Estado es objetiva, como consecuencia del efecto del acto y no de la conducta de la administración.

Por lo tanto, la solución razonable conforme a la cláusula de igualdad consagrada en la Constitución Política, en materia de estructuración de la responsabilidad del Estado por motivos que fracturen la ecuación financiera del contrato debe ser igual para todos los contratistas.

Dicho de otro modo, estimo que la lesión patrimonial ocasionada por un acto general y abstracto que constituye un “alea administrativa” debe ser estudiada, analizada y resuelta para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

hecho frente al acto del Estado y no frente a la autoridad que lo expide, con un criterio único y una misma solución y no dos que en materia de resarcimiento de un perjuicio igual resultan divergentes.

Además, considero que el criterio restrictivo atiende de manera diversa la voluntad del constituyente al consagrar la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90 de la Constitución Política, habida cuenta que se centra en la entidad oficial que expide el acto en nombre del Estado y no en el efecto o álea de la acción administrativa imputable a éste, como tampoco es concordante con la voluntad legislativa cuando instituyó en el estatuto general de la contratación pública los móviles para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, por lo que la teoría del “hecho del príncipe” y no de la imprevisión, es, sin duda, de acuerdo con las normas y principios expuestos, la fuente para reclamar cuando surgen nuevos impuestos en un contrato estatal que se encuentra vigente al momento en que el gravamen se hace exigible y el cual no existía cuando se celebró, obviamente sujeto a condición de que se demuestren los elementos que la configuren y permitan en cada caso concreto la respectiva indemnización integral (daño emergente y lucro cesante) que restablezca el equilibrio financiero del contrato.

En suma, como en otra oportunidad concluyó la Sala “...no es acertado aseverar, por lo menos no bajo un juicio absoluto e inmodificable, que los impuestos fijados por la ley no pueden constituir factor que altere la ecuación económica de los contratos, pues ello puede resultar contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.”<sup>62</sup>

---

62 Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588 (Actor: Consorcio Conascol S.A. Vs. Instituto Nacional de Vías -Invías), C.P. Alier Hernández Enríquez. Además, la Sala explicó que el tributo es fijado por el Estado mediante ley, lo que significa que tal imposición tiene un carácter general, al recaer en el contratista como sujeto individual destinatario

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

v. Por último, si en gracia de discusión se acepta que el hecho es ajeno a la entidad oficial que no expide el acto como parte contractual, circunstancia que soporta el tratamiento en estas hipótesis en la teoría de la imprevisión, se observa que no es dable predicar que le resulta extraño a esa entidad como Estado al que también como se explicó representa.

El “álea administrativa” le es imputable a la entidad contratante no obstante no haya expedido el acto general que ocasiona el desequilibrio del contrato, a título de responsabilidad sin falta por disposición del artículo 90 de la Carta Política y demás normas citadas, pues de todas formas hace parte del Estado, razón por la cual hechos como los analizados (impuestos fijados por la ley) no pueden ser equiparados a un “álea económica” en la que definitivamente no interviene el Estado y que es propio de la teoría de la imprevisión.

En materia de impuestos que ha sido uno de los asuntos estudiados con mayor ahínco y en los cuales se ha basado la tesis restrictiva para señalar que no es la misma actuación ni voluntad la del legislador que la de la entidad pública contratante, no puede ser de recibo el argumento que en nada interviene la voluntad de otro órgano, dado que si bien la ley es la manifestación de la voluntad soberana del legislador, no es menos cierto que la iniciativa legislativa a este respecto es restringida en tanto los artículos 154 y 150 numeral 11 de la Constitución Política determinan que las leyes que decretan tributos son de iniciativa restrictiva gubernamental. Pero, adicionalmente, obsérvese que el Ejecutivo participa en el proceso de discusión de cualquier iniciativa legislativa y aún más sanciona las leyes, todo ello en virtud del principio constitucional de colaboración armónica, lo cual permite evidenciar que no puede predicarse que aquel sea ajeno al acto potencialmente generador del “hecho del príncipe” en esas materias.

---

de dichas normas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, dicha medida le afecte de manera particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no obstante lo cual debe probar la existencia objetiva del “hecho del príncipe”.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

Como corolario de todo lo expuesto, encuentro que la teoría del hecho del príncipe es fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado ante el desequilibrio causado u originado en una medida o acto general de cualquier autoridad pública que en nombre de ella lo expida, que rompa el equilibrio económico del contrato e incida de manera grave en la ejecución del mismo tornándolo excesivamente oneroso para el contratista, en condiciones sobrevivientes e imprevisibles a las calculadas para la época de su celebración, y que representa un daño antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de padecer el perjuicio, por lo cual éste resulta indemnizable.

De suerte que, cuando en ejercicio de una potestad legítima una autoridad pública expida un acto, que en forma consecencial genere un desequilibrio de la ecuación financiera de un contrato estatal y ocasione un daño al contratista del Estado, debe ser resarcido por el Estado a través de la entidad contratante<sup>63</sup> y siempre y cuando se pruebe el grave menoscabo producto de un hecho sobreviniente e imprevisible, que irroga un perjuicio real y cierto para aquél.

En otros términos, el hecho del príncipe es un acto o hecho de carácter general de cualquier autoridad del Estado, que en desarrollo de una atribución administrativa o prerrogativa diferente a la contractual 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. En este evento,

---

63 Recuérdese que en virtud del principio de economía de que trata el artículo 25 numeral 14 de la Ley 80 de 1993 "Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados." (Subraya la Sala).

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

el contratista 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.

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

- a) Que exista un hecho, acto u operación lícita proveniente de cualquier órgano o autoridad pública del Estado en ejercicio de una competencia diferente a la contractual que afecte nocivamente la ecuación financiera de un contrato;
- b) Que el acto, hecho u operación de la autoridad pública sea general, es decir que no se dirija en forma particular, concreta o directa al contrato, aún cuando incida en él tornándolo excesivamente oneroso;
- c) Que el hecho, acto u operación que genera el daño sea sobreviviente, súbito, anormal, extraordinario e imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista que resulte afectado;
- d) Que, como consecuencia de lo anterior, exista una relación causal entre el hecho, acto u operación y un daño o perjuicio resarcible; y
- e) 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.

Como ya lo advertí, acojo sin reservas el planteamiento de la Sala según el cual para que proceda el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato,

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

el actor debe probar, no solo el hecho sino también el quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida a la celebración del contrato, como resultado de la ocurrencia de esa “*álea administrativa*” imprevista, que le representó una mayor onerosidad de la inicialmente calculada en detrimento a la remuneración inicial pactada y a el valor intrínseco de la misma con menoscabo de su patrimonio, por tener que asumir cargas anormales, extraordinarias, excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar.<sup>64</sup>

Ese restablecimiento, por tanto, se producirá cuando la medida de carácter general incida en la economía del contrato y altere la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un *álea* anormal o extraordinaria, esto es, cuando “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”, habida cuenta 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...”<sup>65</sup>

---

64 JEZE, Gaston, Principios Generales de Derecho Administrativo. V. Teoría General de los Contratos de la Administración, Editorial de Palma, 1950, pág 44: “Hay que distinguir entre los *áleas* ordinarios y los *áleas* extraordinarios. El *álea* ordinario es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever sus previsiones. Esta *álea* la soporta el contratante.

“El *álea* extraordinario es “el evento que frustra todos los cálculos que las partes han podido hacer en el momento del contrato, y excede los límites extremos que aquéllas han podido tener en cuenta al celebrar el contrato, la circunstancia que transtorna la economía. Dicha *álea* puede invocarse para obtener, de la Administración, temporariamente, cierta participación en las pérdidas.”

“Todo hecho económico que altere, de manera absolutamente imprevista, la economía del contrato, en forma ajena a la voluntad de las partes, justifica una reclamación del contratante”.

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

No obstante, y por los motivos expuestos, reitero que disiento de la tesis que asume la doctrina restrictiva sobre la teoría del “hecho del príncipe”, sin reparar en los principios y normas propias de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, como se explicó, en la aplicación de la teoría del hecho del príncipe no es determinante si la entidad oficial o autoridad pública que expide o produce el acto o hecho que afecta la ecuación económica del contrato es la misma entidad contratante o no, en el entendido de que basta tan sólo que haga parte integrante del Estado y actúe en ejercicio de función pública que les es propia y no contractual.

La solución jurisprudencial que de antiguo propugnaba esta Sección es además, a mi juicio, más garantista, al permitir un mismo tratamiento frente a supuestos de hecho iguales en tratándose de asuntos como los que fue objeto de atención en esta oportunidad por la Sala.

No está demás subrayar que la postura indicada, en nada alteraría la decisión final que adoptó la Sala en la medida en que, como quedó acreditado en el proceso, el actor conoció de antemano al momento de contratar que estaba obligado a pagar el impuesto de guerra y por tanto la carga económica que debió soportar no fue el resultado de un hecho sobreviniente.

*Fecha ut supra*

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Exp. 16.017  
Actor: Ingeniería y Construcciones Ltda.

***Este documento fue creado a partir del original obtenido en el Consejo de Estado.***