**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Hecho del príncipe – Concepto – Requisitos de configuración**

En tercer lugar, se encuentra el denominado hecho del príncipe,que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato.

En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. Debe tratarse de una afectación grave, que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Hecho del príncipe – Marco normativo**

La teoría del hecho del príncipe se sustenta legalmente en el numeral 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que dispone textualmente: Artículo 4o. De Los Derechos Y Deberes De Las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: […] 9o. Actuarán de tal modo que, por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Del contenido de esta disposición se extrae que siempre que la afectación de la ecuación económica sea atribuible a la entidad contratante e implique mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de contratista, nace la obligación de restablecimiento a cargo de la contratante.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03448-01(41804)**

**Actor: CONSORCIO LUIS HÉCTOR Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Tema:** Hecho del príncipe: se confirma la decisión condenatoria de primera instancia; no se requiere probar la gravedad de la afectación de la ecuación financiera del contrato para estructurarlo; la ecuación financiera se determina cuando se presenta la propuesta; el derecho local debe consultarse en la página web de la entidad.

**SENTENCIA**

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 del CCA y 75 de la Ley 80 de 1993.

El fallo de primera instancia dispuso en su parte resolutiva:

<<**PRIMERO.** Declarar que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, está obligado a reembolsar al CONSORCIO LUIS HÉCTOR Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, la deducción del 4 por mil en el pago del anticipo y de las veinticuatro actas de obra correspondientes al Subcontrato No. 96-CO-20-0433, por concepto del aporte al C.B.A. (Centros De Bienestar del Anciano). Para la devolución, se aplicará acta por acta, así como al pago del anticipo, la fórmula actuarial planteada en la parte motiva de esta sentencia.

<<**SEGUNDA.** Se niegan las demás pretensiones.

<<**TERCERA.** No hay lugar a condena en costas. >>

**I. ANTECEDENTES**

**A.- Posición de la parte demandante**

1.- La demanda contractual que dio origen al proceso fue presentada el 22 de agosto de 2000 por el Consorcio Luis Héctor y Carlos Alberto Solarte Solarte (en adelante el consorcio). La pretensión despachada favorablemente en la sentencia primera instancia fue formulada en la demanda, de la siguiente manera[[1]](#footnote-2):

<< (…) **SEGUNDO:**

**2.1.2.-** Que se declare que el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**, está obligado a reembolsar al **CONSORCIO LUIS HECTOR Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** la cantidad de **CIENTO CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS, ($104.613.347**) suma a la que asciende la deducción del 4 por mil que por concepto de aporte al C.B.A, le dedujo unilateralmente, del anticipo y actas de obra y de las actas de reajuste, en la ejecución del **Subcontrato de obra pública N° 96-CO-20-0433**, por concepto del aporte CBA, aporte éste que no tiene fundamento contractual alguno, toda vez que no fue considerado ni en los pliegos de condiciones, ni pactado por las partes en el respectivo subcontrato.

<<2.1.3.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare que **EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA** debe restablecer plenamente el equilibrio económico y financiero del **Subcontrato N° 96-CO-20-0433** y ordenarse el pago al **CONSORCIO LUIS HECTOR Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, de la diferencia de los precios ajustados con el Índice de Precios al Consumidor **(I.P.C.)** – Total Nacional – certificados por el DANE y los precios ajustados y pagados con la fórmula prevista en la cláusula OCTAVA –AJUSTE DE PRECIOS-, así como el pago de las deducciones hechas por concepto del aporte C:B:A, efectuado por el Departamento sin fundamento contractual alguno. (…) >>

2.- Esta pretensión se fundamentó en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 1 de marzo de 1996, el departamento de Antioquia y el consorcio suscribieron el subcontrato[[2]](#footnote-3) No. 96-CO-20-0433 que tuvo el siguiente objeto, definido en su cláusula primera[[3]](#footnote-4):

<<PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga con EL DEPARTAMENTO a ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Cisneros – Puerto Berrio, sector Puerto Berrio – San José del Nus, según Licitación Pública No. 03-95. >>

2.2.- A la fecha de apertura de la Licitación Pública No. 03-95 y de la elaboración del Pliego de Condiciones, no había sido expedida la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 que estableció un descuento del cuatro por mil a toda cuenta u orden de pago a favor de personas naturales o jurídicas provenientes de contratos, como aporte para los Centros de Bienestar del Anciano.

2.3.- En razón de lo anterior, tal erogación no fue tenida en cuenta por el actor al momento de estructurar su propuesta, así como tampoco se consideró al celebrarse el subcontrato No. 96-CO-20-0433.

2.4.- No obstante lo anterior, el departamento de Antioquia unilateralmente dedujo, desde la iniciación del contrato y durante toda su ejecución, la suma de ciento cuatro millones seiscientos trece mil trescientos cuarenta y siete pesos ($104.613.347) correspondiente al cuatro por mil por concepto de aporte para los Centros de Bienestar del Anciano.

2.5.- Tal situación, en consideración del actor, devino en un incumplimiento contractual atribuible a la entidad contratante, en la medida en que fueron descontadas sumas de dinero por concepto de una obligación que no fue pactada en el subcontrato No. 96-CO-20-0433.

**B.- Posición de la demandada**

3.- La demandada afirmó que, al momento de la adjudicación del subcontrato, la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 ya había sido expedida y surtía plenos efectos jurídicos. Por tal razón, el consorcio estaba en la obligación de soportar el descuento del cuatro por mil dispuesto en ella.

4.- Asimismo, advirtió que la obligación que nació de la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 era de carácter legal, cuya satisfacción estaba a cargo del contratista según lo pactado en la cláusula *<<trigésima sexta>>* del subcontrato.

5.- Con base en lo anterior, propuso como excepciones de mérito: i) la inexistencia de la obligación y ii) la inexistencia del desequilibrio.

**C.- Sentencia recurrida**

6.- En sentencia del 6 de septiembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Antioquia despachó favorablemente la pretensión relativa al reembolso de lo pagado por concepto de aporte para los Centros de Bienestar del Anciano y rechazó las demás pretensiones de la demanda.

7.- Advirtió que dicho descuento tomó por sorpresa al contratista, en la medida en que tal contribución no fue pactada en el contrato. El hecho de que a través de la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 se hubiere creado una obligación sin que fuera planteada en el pliego de condiciones, eximía al contratista de su pago, pues al no estar prevista en el aspecto de administración, imprevistos y utilidades del contrato, disminuía las utilidades que del mismo esperaba el contratista.

8.- A juicio del Tribunal, el descuento efectuado podía ser considerado como un hecho del príncipe que, de acuerdo con las cifras descontadas por el pago del anticipo y por obras ejecutadas, significó una alteración de la ecuación económica del contrato en detrimento del contratista.

**D.- Recurso de apelación de la entidad demandada**

9.- En el recurso, el departamento de Antioquia planteó que a través de la Ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993 se gravó la ejecución de ciertos actos y la expedición de documentos por parte del Gobierno departamental, y se dispuso la destinación del dinero recaudado para los Centros de Bienestar del Anciano.

10.- Posteriormente, en la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995, se modificó el artículo primero de la Ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993, en el sentido de decretar, de toda cuenta u orden de pago a cargo del departamento, un descuento equivalente al cuatro por mil como aporte para los Centros de Bienestar del Anciano.

11.- Según lo indicó la entidad recurrente, los descuentos se empezarían a efectuar a partir del mes siguiente a la publicación de la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995, efectuada en esa misma fecha en la Gaceta Departamental No. 12731.

12.- Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que el subcontrato No. 96-CO-20-0433 fue suscrito el 1° de marzo de 1996, señaló que el consorcio era sujeto del descuento ordenado sin que pudiera sustraerse de su pago por no haber sido pactado dentro del subcontrato.

13.- Advirtió que la aplicación del descuento era procedente en virtud de la ejecutoriedad y obligatoriedad de la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 que, mientras no hubiere sido anulada o suspendida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no podía ser desconocida por un acuerdo de voluntades.

14.- Con base en lo anterior, el departamento de Antioquia concluyó:

<<En el presente caso la deducción por concepto de Estampilla para Centro de Bienestar del Anciano, es obligatoria al ser estatuida mediante ordenanza 52 de 1995, la cual goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente desde el 22 de diciembre de 1995, por tanto se debe aplicar a todos los pagos que se hace a todas las personas, naturales o jurídicas, que celebren contratos con el Departamento de Antioquia. El consorcio demandante no fue exento de dicho descuento, pues la ordenanza 52 de 1995, que modificó la ordenanza 3 de 1993, inició vigencia con anterioridad superior a un mes a la suscripción del subcontrato que sucedió el 1° de marzo de 1996, por tanto no existe razón jurídica para que se ordene la devolución de lo descontado por dicho concepto, pues la deducción se efectuó con fundamento en norma vigente y legalmente expedida. Exonerarlo de la contribución implicaría un trato desigual frente a los demás contratistas que por la época también fueron objeto de la deducción y de todos los que hasta ahora lo continúan siendo, además de constituir conductas sancionables disciplinaria y penalmente para los funcionarios que incurran en su inaplicación sin fundamento legal o mandato judicial. >>

**II. CONSIDERACIONES**

**E.- Las razones por las que la Sala confirmará la sentencia de primera instancia y plan de exposición.**

15.**-** Está probado que en la ejecución del contrato, el departamento le aplicó al contratista los descuentos establecidos en la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 y las partes no discuten el valor total del descuento; aunque el documento contentivo de la ordenanza no fue allegado como prueba al expediente, el departamento no discutió su existencia; ni la fecha de su expedición; ni el hecho relativo a que ella entró en vigencia luego de la presentación de la oferta y antes de la celebración del contrato.

16.- En el fallo de primera instancia se consideró configurado el hecho del príncipe al encontrar probado que el contrato sufrió un desequilibrio por un acto expedido por la propia entidad contratante. El departamento estima que el contratista estaba obligado a soportar esta carga porque, al suscribir el contrato, aceptó pagar los impuestos correspondientes y porque se trata de una carga que deben soportar por igual todos los contratistas.

17.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque en el expediente están acreditados los presupuestos necesarios para aplicar la << teoría del hecho del príncipe>> desarrollada por la jurisprudencia, para denominar la obligación de restablecer el equilibrio financiero del contrato cuando dicho equilibrio haya sido afectado por una disposición normativa expedida por la entidad contratante. A tal conclusión se arriba porque se trata de una carga que no existía ni resultaba previsible para el momento en el que el contratista presentó la oferta que afectó la ecuación financiera del contrato, toda vez que implicó que recibiera como contraprestación una suma inferior a la incluida en su propuesta.

18.- En la primera parte, la Sala se referirá a los requisitos de aplicación de la << teoría del hecho del príncipe>> para precisar que en este caso, en el cual la expedición de la disposición proviene de la propia entidad contratante, no era necesario acreditar la gravedad de la afectación de la ecuación financiera del contrato; y en la segunda parte, a su prueba, advirtiendo que el contenido de la ordenanza y su fecha de expedición se tuvieron como demostrados con la consulta de la página web de la entidad. Hecho lo anterior, se actualizará la condena y se resolverá lo relativo a las costas.

**F.- Los presupuestos de aplicación de la teoría del hecho del príncipe**

19.- La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de señalar los requisitos de la <<teoría del hecho del príncipe>> y de advertir sus diferencias con la teoría de la imprevisión. La sentencia más reciente expedida sobre el punto es la del 31 de enero de 2019[[4]](#footnote-5), en la cual, siguiendo lo dicho en pronunciamientos precedentes, la Subsección A de la Sección Tercera señaló:

**<<c) Hecho del Príncipe:**

En tercer lugar, se encuentra el denominado *hecho del príncipe,*que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato.

En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. Debe tratarse de una afectación grave, que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente. >>

20.- El carácter *extraordinario* o *anormal* de la afectación de la ecuación económica del contrato, que no ha sido exigido de manera uniforme por la jurisprudencia, no tiene fundamento legal y no corresponde a la distinción que la misma ha realizado entre la *imprevisión* como afectación determinada por causas *no imputables* a ninguna de las partes y el *hecho del príncipe*, que se asimila a la modificación de las condiciones del contrato derivada de un acto *imputable* a la contratante.

21.- La << teoría del hecho del príncipe >> se sustenta legalmente en el numeral 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que dispone textualmente:

<<ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (…)

<<9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse. >>

22.- Del contenido de esta disposición se extrae que *siempre* que la afectación de la ecuación económica *sea atribuible* a la entidad contratante e implique mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de contratista, nace la obligación de restablecimiento a cargo de la contratante.

23.- La jurisprudencia que ha desarrollado la <<teoría del hecho del príncipe>> se refiere particularmente a los eventos en los cuales la modificación de las condiciones del contrato proviene de la misma entidad contratante para indicar que, en estos casos, la modificación es *imputable* a la entidad, mientras que cuando es una entidad distinta la que genera tal modificación, debe recurrirse a la teoría de la imprevisión.

24.- Si la misma entidad contratante expide la disposición que afecta directamente uno de los elementos esenciales del contrato, es evidente que ella no cumple con su obligación de ejecutarlo en las condiciones pactadas, razón por la cual su obligación de restablecimiento no puede sujetarse a la misma exigencia prevista en el evento en que el desequilibrio es producto de circunstancias que le son ajenas.

25.- En esta dirección la jurisprudencia ha señalado:

 <<…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…

<<“… 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 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...”.[[5]](#footnote-6) >>

26.- La doctrina citada como referente por la jurisprudencia se refiere al punto en los siguientes términos:

<< Diferencia con la imprevisión:

<<El derecho del contratista a la indemnización está sometido a condiciones distintas en los dos teorías : de una parte, mientras en la teoría del hecho del príncipe el derecho a la indemnización está abierto por cualquiera, o por toda agravación de la situación del contratista, en la teoría de la imprevisión, es necesario que esta situación haya determinado una verdadera transformación (bouleversement) del contrato; de otra parte, mientras el derecho del príncipe abre un derecho a la reparación integral, la imprevisión no otorga sino un derecho a compartir las nuevas cargas.

<<… cuando se trata de medidas de orden general (intervención de una legislación o reglamentación fiscal, laboral etc.) el contratista no puede en principio pretender ser indemnizado porque se trata entonces de una carga que afecta a todos los ciudadanos. No obstante, estas medidas pueden abrir un derecho a indemnización a título de hecho del principie cuando ellas son atinentes al objeto esencial del contrato, modificando el estado de cosas en consideración del cual las partes contrataron: ello ocurrirá, por ejemplo, en el establecimiento de impuestos sor la materia prima esencial en la ejecución del contrato.>>[[6]](#footnote-7)

27.- La misma doctrina recientemente ha señalado que lo que en derecho administrativo se abordaba como formas de ejecución del contrato estatal, caracterizado por la necesidad de garantizar la prestación del servicio (la modificación unilateral del contrato o el hecho del príncipe), en realidad deberían estudiarse como formas de inejecución del contrato en las condiciones en que fue acordado.

<<Los autores estudian con mayor frecuencia los <<riesgos>> relativos a eventos nuevos perturbadores del contrato bajo el ángulo de la responsabilidad contractual, como una obligación de reparación que encuentra su fuente en la inejecución de una obligación preexistente…

<<El derecho administrativo de los contratos sufre de una hipertrofia en el estudio de la ejecución y de una atrofia en el estudio de la inejecución. Las prerrogativas especiales de la administración, sus poderes de modificación o de terminación unilaterales son estudiadas de manera significativa a título de “intervenciones de la administración en la ejecución del contrato. El hábito va incluso hasta considerar como normal tratar la incidencia de hechos nuevos, sujeciones imprevistas, hecho el príncipe, imprevisión a título de ejecución del contrato y denominarlas como “incidentes de ejecución”; un autor habla de las diferentes maneras como puede *evolucionar* un contrato administrativo.

¿Cómo no ver en estos incidentes y en estas intervenciones (particularmente en el hecho del príncipe) manifestaciones de inejecución de las obligaciones inicialmente aceptadas por los contratantes más que la ilustración de su ejecución?... Para restablecer la verdadera existencia de una responsabilidad contractual es mejor distinguir entre ejecución e inejecución de las obligaciones contractuales y determinar los casos de inejecución con culpa o sin culpa.>>[[7]](#footnote-8)

**La prueba de los presupuestos del hecho del príncipe en este caso**

28.- Concuerdan los sujetos procesales en que el 22 de diciembre de 1995 la Asamblea Departamental de Antioquia expidió la Ordenanza 52 que, como aporte para los Centros del Bienestar del Anciano, decretó un descuento equivalente al cuatro por mil de toda cuenta u orden de pago a cargo del departamento y en favor de personas naturales o jurídicas, provenientes de contratos. Y la propia entidad demandada señaló que la ordenanza fue publicada en la Gaceta Departamental No. 12731 el 22 de diciembre de 1995.

29.- Aunque la parte demandante no allegó copia de la citada ordenanza, la misma se encuentra publicada en la página web oficial de la entidad demandada, razón por la cual se tiene como medio probatorio para resolver con fundamento en los artículos 177 del CGP y 167 del CPACA, que textualmente disponen:

<<Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas. El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. (…)

<<Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente…>>

30.- A su turno, el artículo 167 del CPACA establece que:

<<Artículo 167. Normas jurídicas de alcance no nacional. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañarlas en copia del texto que las contenga.

<<Con todo, no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente. >>

31.- En lo pertinente se lee en el texto de la ordenanza:

<<Artículo 4o. El artículo 1o. de la Ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993, quedará así: “A toda cuenta u orden de pago a favor de personas naturales o jurídicas que efectúe el Departamento y sus entidades descentralizadas, provenientes de actos tales como: contratos, pedidos y facturas, deberá descontársele como aporte para los Centros de Bienestar del Anciano, cuatro por mil (4x1.000) de su valor, ajustándolo al múltiplo superior de diez pesos ($10.00) cuando a ello hubiere lugar. Se exceptúan las cuentas y órdenes de pago que provengan de contratos celebrados entre las entidades oficiales, juntas por acción comunal, ligas deportivas afiliadas a Fedelian, prestatarios del Fondo de la Vivienda, los contratos de empréstito, los que celebren las entidades estatales que presten servicios de telecomunicaciones cuyo objeto sea la adquisición y suministro de equipo, construcción, instalación y mantenimiento de redes, así como los pagos realizados por caja menor o fondos fijos y los anticipos o avances a funcionarios públicos.

<<Igualmente se exceptúan, los pagos por salarios, viáticos, prestaciones sociales y horas de cátedra.

<<Artículo 5o. El valor del aporte para los Centros de Bienestar del Anciano se deducirá en las cuentas de pago a partir del mes siguiente al de la publicación de la presente ordenanza. >>

32.- Del contenido de este acto administrativo, se evidencia que el departamento de Antioquia – entidad contratante –, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, estableció una obligación que tenía como destinatarios particulares a los contratistas de la entidad, afectaba directamente el precio del contrato y no era una afectación *previsible* que se predica, por ejemplo, del incremento de las cargas laborales en cada periodo anual de la ejecución del contrato.

33.- Aunque del texto de la ordenanza pudiera deducirse que la carga ya existía porque se alude a la modificación de una anterior (la ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993), lo cierto es que el aporte del cuatro por mil que se creó en la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 no estaba contemplado en el acto administrativo que modificó y, por ende, se trataba de una carga imprevisible para el contratista.

34.- En otras palabras, si bien la Ordenanza 52 del 22 de diciembre de 1995 modificó otra existente al momento de proponer, y ello podría llegar a poner en tela de juicio la imprevisibilidad exigible como requisito de aplicación de la <<teoría del hecho del príncipe>>, debe advertir la Sala que a través de la Ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993[[8]](#footnote-9) la entidad contratante únicamente estableció tarifas correspondientes a la ejecución de actos y a la expedición de documentos relacionados con el Gobierno Departamental.

35.- En los antecedentes de la Resolución No. 0018 del 9 de enero de 1996, por la cual el departamento de Antioquia adjudicó el contrato al consorcio, se relacionan las fechas de la apertura de la licitación y de la presentación de las ofertas, con lo cual se evidencia que en dicho momento no había sido promulgada la ordenanza. Se señala en este punto:

<<Que mediante Resolución No. 0376 del 11 de agosto de 1995 se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 03-95, para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera “Cisneros-Puerto Berrio, sector Puerto Berrio – San Jose del Nus”.

<<Que a la fecha de cierre de dicha licitación, fue el 2 de octubre de 1995, en la que se presentaron los siguientes proponentes: (…) >>

36.- A partir de lo expuesto, es claro que, al momento de presentar la oferta, el consorcio no conocía la carga impuesta mediante la ordenanza, ni tenía la forma de prever tal erogación.

37.- Al celebrar el contrato, el consorcio asumió la obligación de pagar los impuestos y contribuciones previstas en la normativa vigente en dicho momento. Pero, lo que resulta definitivo para establecer si la ecuación financiera resultó afectada, es determinar cuáles eran las cargas dispuestas por esa normativa que estaban vigentes al momento de la formulación de la propuesta, que es cuando se establece la ecuación financiera del contrato conformada por los ingresos y gastos que se consideran para elaborar la oferta.

**Actualización de la condena.**

38.- Conforme con los comprobantes de pago y de egreso que obran en el expediente, está acreditado que, por concepto de aporte para los Centros de Bienestar del Anciano, fue descontada de los pagos efectuados al contratista la suma de ciento cuatro millones seiscientos trece mil trescientos veintitrés pesos ($104.613.323).

39.-, La suma anterior se actualizará utilizando la siguiente fórmula:

$Ri\* \frac{IPC final}{IPC inicial}= Ra$

Donde *Ra* (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, *Ri* (renta inicial) es el valor descontado por concepto del aporte según consta en los comprobantes de egreso obrantes en el expediente, el *IPC inicial* es el vigente al momento en que se efectuó el pago de las actas de obra y del anticipo y el *IPC final* es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia. Así las cosas:



40.- De manera que el monto actualizado de la condena impuesta al departamento de Antioquia es de trescientos treinta y nueve millones setecientos treinta y cinco mil catorce pesos ($339.735.014)

**CONDENA EN COSTAS**

41.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de septiembre de 2010 y **CONDÉNESE** al departamento de Antioquia al pago en favor del consorcio de la suma trescientos treinta y nueve millones setecientos treinta y cinco mil catorce pesos ($339.735.014), correspondiente al valor actualizado de lo descontado por concepto de aporte para los Centros de Bienestar del Anciano.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas por no aparecer causadas.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA RAMIRO PAZOS GUERRERO**

1. Folios 358 – 364 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
2. El documento correspondiente habla de *subcontrato* pero en realidad lo pactado fue un *contrato.* [↑](#footnote-ref-3)
3. Folios 105 – 120 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, Exp: **25000-23-26-000-2003-00650-01(37910)**, C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-6)
6. André de Laubadère, O.P. cit, pág. 732. [↑](#footnote-ref-7)
7. Pez, Thomas, Le risque dans les contrats amnisitratifs. L.G.D.J, 2013, 48 [↑](#footnote-ref-8)
8. Es de advertir que la Ordenanza 3E del 31 de mayo de 1993 se encuentra publicada en la página web de la entidad contratante, y por tanto se tiene como medio probatorio para resolver con fundamento en el artículo 177 del CGP. [↑](#footnote-ref-9)