

CONTRATO ESTATAL – Acción de controversias contractuales – Hecho del príncipe – Desequilibrio

Se circunscribe 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 –662 de 1989–, y en caso de que hubiera procedido el cobro, entonces constituyeron un típico daño causado por un hecho del príncipe. En otras palabras, afirma el recurrente, que si los contratos adicionales se celebraron conforme a la ley, entonces, con fundamento en la teoría del «Hecho del príncipe», se rompió su equilibrio económico.

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

CONTRATO ESTATAL – Vigencia de la ley en el tiempo – Régimen legal

En lo que respecta a la vigencia de la ley en el tiempo, la ley 153 de 1887 precisa 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-. A contrario sensu, en lo concerniente 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.

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.

CONTRATO ESTATAL – Aplicación de normas tributarias – Regulación constitucional

[A]unque 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.

CONTRATO ESTATAL – Impuesto a la guerra – Sujeto pasivo – Contratistas de vías

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, 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, 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.

CONTRATO ESTATAL – Teoría del hecho del príncipe – Aplicación – Configuración – Excepción

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

CONTRATO ESTATAL – Teoría de la imprevisión – Teoría del hecho del príncipe – Diferencias

[H]ay 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.

CONTRATOS ESTATALES – Cargas impositivas – Rompimiento del equilibrio económico

[C]on fundamento en la jurisprudencia sobre las cargas impositivas en los contratos estatales, 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.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02483-01(20183)

Actor: SOCIEDAD INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA - INCONSTRUC LTDA -

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, el 23 de enero de 2001, 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, doctor Mauricio Fajardo Gómez, no fue acogida, en Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, realizada el 27 de septiembre de 2012, motivo por el cual pasó el proceso al magistrado siguiente, correspondiéndole a este despacho.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Ingeniería y Construcción Ltda., - Inconstruc Ltda. -, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda contra el Instituto Nacional de Vías –en adelante identificado con las siglas INVIAS-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, las cuales se sintetizan así:

1.1. Pretensiones

“1. Se condene al INVIAS a devolver a la sociedad demandante...la suma de \$122'111.265.51, que hasta la fecha de esta demanda han cancelado a aquél, que constituye el mayor valor que la sociedad tuvo que cancelar por concepto de la Contribución Especial o impuesto de guerra.

“(…)

“ 3.- Se ordene al INVIAS a devolver, junto con los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, a la sociedad demandante la suma o sumas que a partir de la fecha de esta demanda se hubieren visto

obligadas a pagar por razón de la Contribución Especial o impuesto de guerra a que se refiere esta demanda.”

“4.- Se ordene al INVIAS que a partir de la fecha de la sentencia que ponga fin al presente juicio no cobre a la sociedad en cuyo nombre actúo y durante el tiempo que quedare para la ejecución final del contrato, los valores correspondientes a la Contribución Especial o impuesto de guerra.

“5.- En subsidio de la petición indicada en el numeral 4) precedente, se ordene al INVIAS que proceda a partir de la sentencia que ponga fin al presente proceso, a revisar los precios del contrato de obra pública materia de esta demanda, cuyos nuevos precios tendrán una vigencia igual a la que faltare para la finalización del plazo contractual, con el fin de aumentarlos en el porcentaje que se calcule como necesario para poder el Contratista atender a los nuevos costos que surgieron por razón de la aplicación de la ley que estableció la Contribución Especial o impuesto de guerra¹.

1.2. Hechos de la demanda

El Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Vial Nacional - Previo proceso de Licitación Pública Nacional para la rehabilitación del Sector K 25+000– la Mesa de la carretera Mosquera -Girardot, el 20 de noviembre de 1989, celebraron con la sociedad demandante el contrato de obra pública No. 662.

El contrato se adicionó en diez oportunidades, y para la fecha de presentación de la demanda aún se ejecutaban los trabajos, no habiendo vencido el respectivo plazo, efectuándose recibos parciales mensuales de obra ejecutada.

El 14 de diciembre de 1992 –3 años después de suscrito el contrato- el Gobierno Nacional expidió el decreto No. 2.009, por medio del cual creó la Contribución Especial, y dispuso la obligación de pagar a favor de la Entidad Territorial a la cual

¹ Folios 313 y 314. C. 2ª instancia.

pertenezca la entidad contratante, una contribución equivalente al 5 % del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición. Esta norma fue prorrogada, por 90 días más, mediante el decreto No. 1.515 de 4 de agosto de 1993, contados a partir del 5 de agosto de 1993 y hasta el 2 de noviembre de 1993. Posteriormente se expidió la ley 104 de 30 de diciembre de 1993, que retomó el anterior impuesto, exceptuando los contratos de Concesión de Obra Pública y previó que la entidad contratante descontaría el monto de la contribución de cada cuenta que cancele al contratista.

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. En este sentido, agrega -con fundamento en la ley 153 de 1887-, que a los contratos le son aplicables las leyes vigentes al momento de su celebración, y la ley 104 fue posterior, de allí que era imposible prever el impuesto cuando se presentó la oferta.

En estos términos, “la expedición de las normas creadoras de la contribución especial constituye un hecho del príncipe, hecho imprevisible e irresistible que rompió el equilibrio económico del contrato al disminuir la utilidad prevista por la Contratista.²”

2. Contestación de la demanda

El INVIAS dentro del término legal contestó la demanda aceptando como ciertos unos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que a la fecha de suscripción de los contratos adicionales, ya se habían expedido las normas impositivas de la Contribución Especial, por lo que el Contratista aceptó su sometimiento a ellas, y la entidad contratante tenía la obligación de descontar el impuesto de guerra, sobre los contratos adicionales suscritos con la parte actora.

Propuso las excepciones que denominó: i) Normas determinantes –porque la parte demandada no ha hecho nada distinto que dar cumplimiento a las normas que

² FI 316. C. 2ª instancia.

impusieron y regulan la llamada contribución especial o impuesto de guerra -, ii) inexistencia de la obligación –porque el descuento del impuesto se hizo en cumplimiento de las leyes que lo crearon-, lo que de modo alguno conlleva que su cumplimiento y ejecución por parte de los entes estatales obligados al efecto les implique la obligación a tener que devolver con su patrimonio, la mencionada contribución junto con los intereses que se reclaman³.

3. Alegatos

A través del auto de 12 de septiembre de 2000⁴ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.1. La parte actora

Afirma que en los pliegos de condiciones aparece un capítulo denominado “Modificación del Valor o del Plazo” y en el cual se dispuso “que los precios unitarios del contrato adicional debían ser los mismos del contrato original”⁵, por lo tanto no era posible variar los ofrecidos originalmente. Eso explica por qué no se puso un precio mayor a cada precio unitario.

Además, reiteró que de conformidad con la ley 153 de 1887 y el art. 78 de la ley 80 de 1993, 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 aplicables a un negocio jurídico que se suscribió con tres (3) años de anterioridad a su vigencia, siendo ilegal su cobro.

Insiste en la ruptura del equilibrio financiero del contrato, diciendo que “de conformidad con los artículos 5º y 27 de la Ley 80 de 1993, en todo contrato estatal debe restablecerse el “Equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas” no imputables a quien resulte afectado”; 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, y algunas sentencias que se han ocupado del denominado hecho del príncipe⁶.

³ Folios 69 y 70. C. 1.

⁴ Fl 265, ib.

⁵ Folios 267, ib.

⁶ Folios 266 a 304. C. 1.

3.2. El INVIAS

Reitera lo consignado en la contestación de la demanda, afirma 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 entrada en vigencia, tal como aconteció en el caso concreto con los contratos adicionales en valor. Además, esta regla no tuvo excepciones, por ello los contratos del caso sub iudice no podían excluirse de su aplicación.

De otro lado, indicó que en los contratos 933-94, 662-89, 662-7, 662-8, y 662-9 de 1995, se dejó expresamente constancia que para los mismos le eran aplicables la contribución especial a que se refieren las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, aceptando toda vez que suscribieron los mismos con pleno conocimiento de que estaban sujetos al impuesto o a la contribución especial, teniendo los contratistas la posibilidad de abstenerse de suscribir los contratos adicionales, luego no fueron presionados u obligados a hacerlo, y por esto no pueden solicitar una indemnización judicial⁷.

3.3. El Ministerio Público: guardó silencio.

4. La sentencia del Tribunal

El *a quo* profirió sentencia el 23 de enero de 2001, negando las súplicas de la demanda. En cuanto al fondo del asunto, encontró probada la celebración del contrato No 662 con fecha 20 de noviembre de 1989, cuyo objeto era la rehabilitación del sector K. 25 + 000 La Mesa de la carretera Mosquera – Girardot, por valor de \$ 1.057.493.088.00, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los respectivos precios unitarios y el costo de imprevistos y obras complementarias; sus contratos adicionales, y que en este último evento, se previó el pago por el Contratista de la Contribución Especial del artículo 123 de la ley 104 de 1993, al cual se le hicieron retenciones respecto a las cuentas de cobro presentadas a partir del mes de mayo de 1995 y hasta el mes de diciembre de 1996, en total sobre 27 cuentas de cobro y ley 241 de 1995. De allí que, a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto 2009, el contratista debió contribuir con este pago, es decir, el INVIAS debía recaudar el tributo.

⁷ Folios 305 a 311, ib.

Concluyó, que "...la medida impositiva se ubica en el marco de la relación Administración – Administrado y dado su carácter de generalidad, en cuanto va dirigida en forma indeterminada a todas las personas que se encuentren, o que en el futuro lleguen a colocarse en la situación de hecho en ella prevista, reviste el carácter de una carga pública y, como es bien sabido, estas no tienen vocación compensatoria. Que al haber sido suscritos los contratos adicionales con posterioridad a la vigencia de las normas que establecieron la Contribución Especial o 'impuesto de guerra', la sociedad contratista aceptó su sometimiento a ellas, por la sencilla razón que tal sometimiento o sujeción no deviene de la voluntad de ésta expresada en la conclusión de los contratos adicionales, sino de la fuerza del mandato imperativo que es inherente a la norma jurídica misma creadora del impuesto. Al no configurarse la ruptura del equilibrio financiero del Contrato y de sus adicionales, supuesto de las pretensiones aducidas, procede la denegatoria de estas y no implica alteración de la ecuación financiera del contrato toda vez que se presume que el consorcio contratista a la fecha en que lo suscribió conocía la normatividad vigente y, por ende, la existencia de ese gravamen"⁸.

5. El recurso de apelación

El 31 de enero de 2001, la parte actora interpone recurso de apelación⁹ contra la sentencia de primera instancia. Fundamenta el mismo diciendo que:

"La sentencia de primera instancia "simplemente se limitó a transcribir el fallo de 16 de septiembre de 1999"; pero no analizó y resolvió sobre la naturaleza de los contratos adicionales de obra en los que se ha pactado a precios unitarios cuando con ellos solamente se asignan recursos al contrato para la ejecución del objeto definido en su alcance desde el principio.

De manera que "si bien es cierto que cuando los contratistas suscribieron los contratos adicionales en valor conocían la existencia de la ley que estableció la contribución o impuesto de guerra, también lo es que no podían tenerlo en cuenta al fijar los precios unitarios para los contratos adicionales, en atención a que estos no se les podían incluir factores diferentes a aquellos que el contratista tuvo en

⁸ Folios 313 a 331. C. 2ª instancia.

⁹ Folios 333 a 340, ib.

cuenta en el momento de presentar su propuesta, porque así lo ordenan las normas y el contrato principal a que he hecho referencia. “Por razón de lo anterior es que el ejercicio del poder o de la supremacía estatal (hecho del príncipe) se traduce en la ruptura de la equivalencia establecida entre las correlativas obligaciones de las partes, es decir, tal decisión se ubica en el ámbito de la obligación emanada del contrato y no en la “relación Administración – Administrado”, como equivocadamente se dice en la sentencia”.

6. Actuación en segunda instancia.

6.1. Por auto del 18 de mayo de 2001,¹⁰ se admitió el recurso. En providencia del 8 de junio de 200, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión¹¹, etapa en la que no intervino ninguno de los sujetos procesales.

6.2. Alegatos en segunda instancia

6.2.1. La parte actora. Insiste en los argumentos expuestos a lo largo del proceso y más concretamente en lo que expuso al sustentar el recurso de apelación¹².

6.2.2. El INVIAS. Dice que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión formulados ante el a quo, e insiste en que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, “por no estar probado en el proceso que la Entidad demandada, tenga responsabilidad alguna en el asunto, ni que se haya presentado alteración de la ecuación financiera del contrato en detrimento o menoscabo del patrimonio del contratista...Que el impuesto especial o de “guerra” no produce el llamado desequilibrio económico del contrato, por ende no es viable que el INVIAS una vez hecha la retención por mandato legal y trasladado el impuesto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deba de su propio patrimonio devolverlo al contratista.¹³”

6.2.3. El Ministerio Público, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

¹⁰ FI 346. C. 2ª instancia.

¹¹ FI 348, ib.

¹² Folios 349 a 351, ib.

¹³ Folios 352 a 358. C. 2ª instancia.

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.

Sea lo primero advertir, que para el estudio y decisión de este asunto, la Sala tendrá como soporte, en lo fundamental, el razonamiento ya expuesto en oportunidades anteriores, con ocasión de varios casos similares¹⁴, especialmente las sentencias más recientes de esta Sección, de 7 de marzo de 2007 –exp. 15.799 - 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055-. Cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) – exp. 15400¹⁵.

La sentencia impugnada se confirmará, previo análisis de los siguientes aspectos: i) Asunto previo – Sucesión procesal, ii) los contratos del Estado y la vigencia de la ley tributaria en el tiempo, iii) la contribución especial denominada impuesto de guerra, iv) la jurisprudencia aplicable al caso, y v) el caso concreto.

1. Asunto previo – Sucesión procesal -

Como 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 662 de 1989, y sus adicionales-, que al ser reestructurado, adquirió la denominación de Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, a través del decreto 2171 de 1992 –art. 52-, “Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del orden Nacional”, configurándose en este caso el instituto jurídico de **la sucesión procesal** en los términos que lo prevé el art. 60 CPC., el cual prescribe que:

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Núm. 22). Sucesión

¹⁴ 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.

¹⁵ En las 3 últimas providencias Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

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

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

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

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

De conformidad con la disposición en cita, 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 acudir a lo estatuido en 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.”

De tal manera que, dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2171 de 1992 –arts. 53 y 58¹⁶, se encuentra “la ejecución de las políticas

¹⁶ “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.**” (Negritas 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:

y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras”, de manera que la rehabilitación del sector K. 25 + 000 vía La Mesa de la carretera Mosquera – Girardot, objeto del contrato No 662, quedó a cargo de dicha entidad, y por eso podía ser la parte demandada en este proceso, pues las competencias que se le asignaron fueron las relacionadas con la infraestructura vial de carreteras.

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

El argumento principal en el que el actor funda su inconformidad contra la sentencia impugnada, los hace consistir precisamente en que los contratos adicionales fueron suscritos en distintos años, bajo la vigencia de estatutos contractuales diferentes. Para dilucidar lo anterior, se hace necesario acudir a las normas que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo, y la diferencia entre las leyes procesales y las sustanciales.

En lo que respecta a la vigencia de la ley en el tiempo, la ley 153 de 1887 precisa 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,

“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.”

actuaciones o diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues, todos éstos aspectos se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación -art. 40-.

A contrario sensu, en lo concerniente 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.

El principio de 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.

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.

En efecto: en el artículo 78 de la ley 80 de 1993, se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 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.”¹⁷

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

¹⁷ Promulgada el día 28 de octubre de 1993. Diario Oficial 41.094.

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".

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

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

Sobre los antecedentes de esta contribución ha dicho la Sala, en reiteradas decisiones -las cuales se citan in extenso a continuación por ser aplicables al caso materia de estudio-¹⁸⁻¹⁹, 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

¹⁸ 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."

¹⁹ Y la sentencia del 4 de febrero de dos mil diez (2010) – exp. 15400. MP Enrique Gil Botero¹⁹.

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”²⁰. Desde entonces se sigue cobrando, ya que fue prorrogada por las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999, 782 del 23 de diciembre de 2002²¹ y la actual ley 1.106 de 2007²².

²⁰ 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**.”

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

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

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

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

“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.”

²¹ “Art. 37. El artículo 120 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así:

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

“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.

“PARAGRAFO 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.

“PARAGRAFO 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”

²² **“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.”

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 vías²³, gravamen que si bien es cierto fue creado por el legislador excepcional en uso de las atribuciones del estado de conmoción interior -art. 213 Constitución Política-, luego el Congreso lo incorporó a la legislación ordinaria y desde entonces tiene fuerza material de ley.

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

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

²³ 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".

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.”²⁴

4. La jurisprudencia aplicable al caso.

Como quiera que en el presente proceso las pretensiones del contratista son idénticas a las de otros casos resueltos por la Sala –como, por ejemplo, la sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577²⁵ y transcrita en la sentencia del 4 de febrero de dos mil diez (2010) – exp. 15400²⁶. -, 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

²⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto No. 637 del 19 de septiembre de 1994.-

²⁵ Actor: Sociedad Pavimentos Colombia contra el Instituto Nacional de Vías. CP. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado. MP Enrique Gil Botero

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 el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

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

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

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

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

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

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

“Es solamente la relación aproximada, el ‘equivalente honrado’, según la expresión del comisario de gobierno León Blum²⁷, 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.”²⁸

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

²⁷ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

²⁸ André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLLE. *Traité des Contrats Administratifs*. París, L.G.D.J, 1983. 2ª edic. Tomo 1, num 718, p. 717.

como consecuencia de la vigencia del acto.

d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.”

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 culpa²⁹. 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)”.³⁰

En esta misma línea, el profesor argentino HECTOR JORGE ESCOLA³¹ 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.

²⁹ “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

³⁰ JEAN RIVERO. *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 141.

³¹ Tratado Integral de los Contratos administrativos. Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977. Volumen I p. 456 s.s.

“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 (...)”³²

³² 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: (...)

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

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

La doctrina coincide en que para aplicar la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, “cuando ellas causen una verdadera *alteración o trastorno* en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante”, ya que “el álea *“normal”*, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aun 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 contrato³³

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

“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)

³³ 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).

que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, no existe, en principio, como consecuencia de ésta, responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por acto legislativo cuando el perjuicio sea especial con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los 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 estatales³⁴, 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”³⁵.

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

³⁴ 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.

³⁵ GEORGES VEDEL. *Derecho Administrativo*. Madrid, Edit. Aguilar, 1980. p.343.

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.”³⁶

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 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

³⁶ 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”.

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."³⁷ (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 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

³⁷ Sentencia C-083 del 26 de febrero de 1993. MP. Fabio Morón Díaz.

pactada que alega.”

Por la similitud del tema analizado con el problema que se involucra en el caso concreto, la Sala acoge, en su integridad los argumentos expuestos en las sentencias antes transcritas, pues conservan plena validez, “amén de la utilidad que tiene observar los precedentes judiciales, en materias idénticas”, en aras de la seguridad jurídica.

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.

a) Se encuentra demostrado que el 20 de noviembre de 1989 el Ministerio de Obras Públicas - Fondo Vial Nacional- celebró con la Sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. – Inconstruc Ltda. -, el contrato de obra pública No. 662, cuyo objeto era la rehabilitación del Sector K 25 + 000– La Mesa de la carretera Mosquera - Girardot.³⁸

b) Este contrato se adicionó en diez oportunidades, unas veces en plazo y otras en valor, de la siguiente manera³⁹:

- 1) Copia auténtica del Contrato No. 030 de 13 de febrero de 1992, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 10 de marzo de 1993⁴⁰.
- 2) Copia auténtica del Contrato No. 072 de 8 de marzo de 1993, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 30 de marzo de 1994⁴¹.
- 3) Copia auténtica del Contrato No. 0097 de 22 de marzo de 1994, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 31 de agosto de 1994⁴².
- 4) Copia auténtica del Contrato No. 402 de 15 de julio de 1994, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal

³⁸ Folios 1 a 6. C. pruebas no 2.

³⁹ Folios 7 a 19, ib.

⁴⁰ Folio 7, ib.

⁴¹ Folio 8, ib.

⁴² Folio 9, ib.

hasta el 30 de marzo de 1995⁴³.

- 5) Copia auténtica del Contrato No. 0933 de 29 de diciembre de 1994, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato principal en la suma de \$ 516.299.904.10.oo.⁴⁴
- 6) Copia auténtica del Contrato No. 0067 de 7 de marzo de 1995, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 30 de noviembre de 1995⁴⁵.
- 7) Copia auténtica del Contrato No. 662-7-89 de 26 de octubre de 1995, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato principal en la suma de \$ 75.095.636.oo y prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 30 de junio de 1996. Estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que al mismo “le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993.”⁴⁶
- 8) Copia auténtica del Contrato No. 662-8-89 de 20 de diciembre de 1995, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato principal en la suma de \$ 89.517.859.oo., para un total acumulado de \$ 1.738.406.487.10.oo. Estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que “El contratista se obliga a cancelar por su cuenta la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993.”⁴⁷
- 9) Copia auténtica del Contrato No. 662-9-89 de 28 de marzo de 1996, cuyo objeto consistió en adicionar el valor del contrato principal en la suma de \$ 438.974.618.oo., para un total acumulado de \$ 2.177.381.105.10.oo. Estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que “El Instituto descontará el 5% del valor de cada cuenta que cancele al Contratista por concepto de la Contribución Especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, cuya vigencia fue prorrogada por la Ley 241 de 1995.”⁴⁸
- 10) Copia auténtica del Contrato No. 662 – 10- 89 de 20 de junio de 1996, cuyo objeto consistió en prorrogar el plazo de la ejecución del objeto del contrato principal hasta el 30 de septiembre de 1996⁴⁹.

Advierte la Sala que los contratos adicionales relacionados en los numeral 1 a 5 no se afectaron con el problema planteado por el actor en este proceso.

⁴³ Folio 10, ib.

⁴⁴ Folios 11 y 12, ib.

⁴⁵ Folio 13, ib.

⁴⁶ Folios 15 y 16, ib.

⁴⁷ Folios 17 y 18, ib.

⁴⁸ Folios 19 y 20, ib.

⁴⁹ Folio 40, ib.

No obstante, los contratos adicionales en plazo y en valor, identificados con los números: i) 933 de 1994; 0067 de 7 de marzo de 1995; 662-7-89 de 26 de octubre de 1995; 662-8-89 de 20 de diciembre de 1995; 662-9-89 de 28 de marzo de 1996, por celebrarse en vigencia de las normas que han mantenido la contribución especial del 5% del valor del contrato, y a los cuales se les aplicó la retención, tal como consta en los comprobantes de pago visibles a folios 43 a 63 del cuaderno de pruebas No 3. A estos, limitará la Sala el análisis del tema.

En efecto: El 14 de diciembre de 1992 – 3 años después de suscrito el contrato No 662 de 20 de noviembre de 1989 - 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 1993⁵⁰ -que tuvo una vigencia de 2 años-, y retomó el anterior impuesto, norma que fue reproducida, a su vez, por la ley 241 de 1995⁵¹ - que también tuvo una vigencia de dos años, pero entró a regir el 14 de febrero de 1996-.

Para acreditar el pago de la Contribución Especial, obran en copia auténticas los “Comprobantes de pago”, visibles a folios 21 a 39. C. 2 de pruebas, a favor de la sociedad demandante, en el que consta la retención del 5% que hizo el INVIAS y

⁵⁰ 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.”

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

⁵¹ 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.”

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

la parte actora también aportó una certificación⁵² expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad demandante donde se consigna lo mismo.

De manera que las pruebas aludidas son admisibles, y por eso se tendrán en cuenta, como quiera que la parte demandada no las tachara de falsas, en la oportunidad legal. Las cuales, además, fueron allegadas con la presentación de la demanda⁵³ y el a quo ordenó tenerlas como pruebas en el auto del 10 de abril 1997,⁵⁴ sin que la parte demandada las hubiese cuestionado, de allí que a esos documentos la Sala les dará plena eficacia probatoria.

Igualmente reposan dentro del expediente en copia auténtica: i) dos conceptos de la DIAN, que analizan el alcance tributario de las normas que crearon la Contribución Especial⁵⁵; ii) un concepto del Ministerio de Hacienda, sobre la materia⁵⁶ y iii) otro concepto proferido por el IDU⁵⁷, también relacionado con el alcance de las mismas normas tributarias.

A folios 1 a 15 del cuaderno de pruebas No3, es visible el dictamen pericial rendido a petición de la parte actora⁵⁸, dictamen que fue aclarado y adicionado⁵⁹ a petición del INVIAS⁶⁰. La Sala se abstendrá de hacer un análisis en profundidad sobre la referida prueba pericial, por ser irrelevante su estudio para la decisión que se adoptará.

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

i) Afirma que en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, en algunas cláusula del contrato, y en el parágrafo del art. 2 de la Resolución 0123409 de

⁵² Folios 61 y 62. C. 3.

⁵³ Folio 37. C. 1.

⁵⁴ Folios 75 y 76, ib.

⁵⁵ Folios 84 a 88. C. pruebas 2.

⁵⁶ Folios 45 a 47, ib.

⁵⁷ Folios 90 a 94, ib.

⁵⁸ Folio 38. C. 1.

⁵⁹ Folios 179 a 183., ib.

⁶⁰ Folios 138 y 138 A., ib.

diciembre 30 de 1986, al reglamentar los “precios unitarios, cantidades de obra, costos a cargo del contratista, fijación de los nuevos precios” se dispuso que “cualquier variación de la cantidad de obra por ejecutar, con respeto a las previstas en “La lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta”, requerirá la aprobación de la Dirección del Área correspondiente del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Igualmente 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. Que si bien es cierto que cuando los contratistas suscribieron los contratos adicionales en valor conocían la existencia de la ley que estableció la contribución o impuesto de guerra, también lo es que no podían tenerlo en cuenta al fijar los precios unitarios para los contratos adicionales, en atención a que estos no se les podían incluir factores diferentes a aquellos que el contratista tuvo en cuenta en el momento de presentar su propuesta.

ii) Si de una parte, la administración contratante se encuentra dotada de poderes para el logro de los fines del Estado y puede, en consecuencia, modificar, interpretar y terminar unilateralmente el contrato, también tiene derecho el contratista, por su parte, a que su cocontratante reconozca y subsane todas aquellas condiciones y aleas del contrato que atenten contra el resultado buscado como contraprestación a los trabajos ejecutados.

iii) Sugirió que “... el impuesto establecido para los contratos de construcción y mantenimiento de vías públicas que se suscriban con posterioridad a la fecha de entrar en vigencia, no hay observación alguna que hacer porque, para emplear los términos del fallo, se está en presencia de la llamada en esa providencia “Alea Administrativa”; pero al decir la disposición legal que tal impuesto se debe aplicar también a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de esa disposición legal y que se encontraran en curso en el momento de promulgarse la ley, se incurrió en lo que en esa misma providencia se denomina el “Hecho del Príncipe” (...)”

iv) Que “el nuevo impuesto, en la parte dicha, si bien no modificó el contrato directamente, si colocó al contratista en una situación de enorme desventaja al no haber este podido tener en cuenta en el cálculo de los costos en que tendría en que incurrir el nuevo gravamen sobre ese mismo contrato, que no existía en el momento de celebrarlo y que empleando todo el cuidado y diligencia que son

propios del buen padre de familia, de que también habla la ley, le era absolutamente imposible prever que dentro del período de ejecución del contrato, de la noche a la mañana, se impusiera, por la cual quedó el contratista obligado a pagar un costo que no se podía siquiera tener en cuenta en el momento de presentar la propuesta (...) ⁶¹". Es decir, que los contratos adicionales se hicieron conforme a la ley, y que en este caso, con base en la teoría del "Hecho del príncipe" se rompió el equilibrio económico del contrato, pues se introdujo por la ley un nuevo factor de costo no previsto por el contratista.

5.2.1. Análisis de los cargos formulados

La causa petendi, se circunscribe 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 –662 de 1989--, y en caso de que hubiera procedido el cobro, entonces constituyeron un típico daño causado por un hecho del príncipe. En otras palabras, afirma el recurrente, que si 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 en este caso, tal como lo entendió el *a quo*, 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 figuras exigen, como presupuesto común para su estructuración, que el hecho que les da origen sea imprevista, es decir, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera precaver la ocurrencia del suceso que afecta la economía del contrato.

En el caso concreto, tanto los decretos-ley 2.009 de 1 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 12 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. 0933 de 29 de diciembre de 1994, se suscribió ya estaba en

⁶¹ Folios 335 a 337. C. 2ª instancia.

vigencia el decreto-ley 2.009 de 1992 –desde hacía 2 años-, de allí que el contratista debió tenerlo en cuenta, ya que sin lugar a dudas impactaría sobre su utilidad, luego no se trató de un hecho imprevisto.

ii) Es evidente que cuando se suscribieron los Contratos Números 0067 de 7 de marzo de 1995, 662-7-89 de 26 de octubre de 1995, estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que al mismo “le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993; 662-8-89 de 20 de diciembre de 1995, estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que “El contratista se obliga a cancelar por su cuenta la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993; 662-9-89 de 28 de marzo de 1996, estipulándose en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, que “El Instituto descontará el 5% del valor de cada cuenta que cancele al Contratista por concepto de la Contribución Especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, cuya vigencia fue prorrogada por la Ley 241 de 1995; y el 662 – 10- 89 de 20 de junio de 1996, contrato éste que se suscribió cuando ya estaba en vigencia la ley 104 de 1993. –

Por lo tanto no hay duda que cuando el contratista suscribió las adiciones de los contratos en cita debió tener en cuenta las disposiciones antes citadas, toda vez que sin lugar a dudas afectaría su utilidad, luego no se trató de un hecho imprevisto como él lo pretende, porque resulta inconcebible que reclame por el daño que dijo producirle una ley que conoció y tuvo en cuenta cuando lo firmó.

De tal manera que, 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, no es acertado afirmar como se hace en el recurso, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía

ejecutar.

Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista, este es imputable a su propia conducta, como quiera que suscribió varios negocios jurídicos, pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica⁶².

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.

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

⁶² 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-.

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) (negritas 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 trate de la revisión de precios prevista en este estatuto**, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

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

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

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

" 'Las adiciones deberán publicarse en el *Diario Oficial*.

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

" '*Parágrafo.*- Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo'. (negritas fuera de texto).

"De acuerdo con los términos de la anterior estipulación, los contratos adicionales contemplados en el Decreto Ley 222 de 1983, procedían siempre que hubiera necesidad de prorrogar el plazo o modificar el valor convenido, sin que la norma se hubiera ocupado de determinar las razones de tal modificación y exceptuando tan solo los casos en los cuales se realizara una revisión de los precios pactados, estableciendo la prohibición tajante de modificar el objeto del contrato, lo cual

desvirtúa lo afirmado por el apelante en el sentido de que los contratos adicionales están reservados "... a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto ..." (fl. 434).

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

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

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

(...)

"Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente en el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar."⁶³

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.

⁶³ Sección Tercera, sentencia de octubre 30 de 2003. CP: María Elena Giraldo. Actor: Construca SA. Exp. 17.213

En el sub lite no habrá condena en costas, por cuanto la ley 446 de 1998 señala 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.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B", el 23 de enero de 2001, por las razones anotadas en la parte motiva de este fallo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ