

CONTRATO ESTATAL-CONTRATO DE OBRA –Contribución Especial

En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional en los términos del artículo 1º del Decreto 2009 de 14 de diciembre de 1992, dispuso que todas las personas naturales o jurídicas que suscriban con entidades de derecho público contratos de obra para la construcción y mantenimiento de vías o celebren contratos de adición al valor de los existentes, pagarían, a favor de los entes territoriales respectivos, una contribución equivalente al cinco por ciento [5%] del valor total del contrato o de la respectiva adición; norma prorrogada por el Decreto 1515 de 1995 y, nuevamente establecida por los artículos 123 de la Ley 104 de 31 de diciembre de 1993 y 62 de la Ley 241 de 1995, previsión ésta que mantuvo el gravamen en cuanto dispuso:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición, a excepción de los contratos de construcción de vías terciarias y los de adición a éstos. PARÁGRAFO. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este capítulo.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO TRIBUTARIO - Legalidad

Atendiendo al principio constitucional de legalidad de los impuestos, le corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y parafiscales y, precisar su contenido, esto es designar los sujetos activo y pasivo, los hechos, la base y las tarifas, delimitar específicamente el tributo, sus ámbitos temporal y espacial, sin que en ningún caso el gravamen pueda afectar periodos fiscales anteriores a la vigencia de la norma que lo establece. En suma los tributos habrán de determinarse previamente por el legislador, de manera que los contribuyentes puedan planear sus actividades y así mismo responder sin sobresaltos a las imposiciones que los afectan, conforme ocurrió con el llamado impuesto de guerra.

CONTRATO ESTATAL –DESEQUILIBRIO ECONOMICO–Noción

La Sala ha sostenido que el contratista tiene derecho a exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues si bien debe asumir riesgos, como sucede con cualquier actividad económica, se trata de los propios de la actividad que por lo mismo pudo medir y cuantificar, sin que se obligue a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, así fueran atribuibles al contratante o a factores externos, cuando estas signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad. Para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas parecen para el dueño.

CONTRATO ESTATAL – ECUACION FINANCIERA –Factores –equilibrio contractual

La ecuación financiera del contrato puede verse afectada a] por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b] porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan la relación directamente la afectan negativamente y c] por factores externos, surgidos durante la ejecución, pero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio contractual. En este último caso, circunstancias imprevisibles que por lo mismo no pueden entenderse comprendidas en la relación contractual. Siendo así y cuando median el ejercicio de las potestades estatales, la Sala ha considerado que debe considerarse si la medida general, con incidencia en el contrato, fue proferida por la misma contratante y si esta actuó en ejercicio del ius variandi, para determinar, entonces, si la afectación excedió los riesgos normales del alea contractual. Así, cuando el hecho generador imputable a la entidad puede calificarse de sobreviniente e implica cargas excepcionales no previsibles de antemano, se ha impuesto a la contratante restablecer el equilibrio financiero del contrato.

CONTRATO ESTATAL – CONTRATO ADICIONAL –Contribución especial

En los contratos adicionales se hizo mención expresa sobre la condición de los contratistas de sujetos pasivos de la contribución, por lo que, para el momento de las distintas prorrogas, existía la norma que impuso el tributo. Sin lugar a dudas, el gravamen no puede ser tildado de un hecho sobreviniente e imprevisible, con posibilidad de afectar la ecuación contractual y así mismo a cargo de la contratante, en condición de dueña de la obra y beneficiaria de la misma. En consecuencia, es claro que el equilibrio económico del contrato no fue alterado, por cuanto, al momento de la celebración de los convenios adicionales, se insiste, el contratista estaba al tanto de la obligación tributaria y, por ende, la carga fiscal no fue el resultado de un hecho sobreviniente, ni imprevisible que constituyera la causa determinante del rompimiento de la ecuación económica, alegada por la firma demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-05989-01(21613)

Actor: MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y OTRO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En cumplimiento de lo dispuesto por la Sala plena de la Sección Tercera en sesión de 18 de noviembre de 2013, procede la subsección a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 21 de enero de 1998, los señores MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y LUIS HUERTAS LOZANO, en ejercicio de la acción contractual, solicita declarar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública suscrito con el Instituto Nacional de Vías-INVIAS para la construcción y pavimentación del

sector Puente Hila–Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta y especialmente para que se ordene la devolución de los valores pagados por concepto de contribución especial o impuesto de guerra –folio 4 del cuaderno principal-.

1.- PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Los demandantes solicitan las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Se condene al Instituto Nacional de Vías a devolver a mis poderdantes la suma de \$335'771.977, que hasta la fecha de esta demanda se ha cancelado a aquel, que constituye el mayor valor que mis poderdantes tuvieron que cancelar por concepto de la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

2.- Se condene, igualmente, al Instituto Nacional de Vías a pagar a mis poderdantes por concepto de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, que no es otro que la del doble del bancario corriente de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio, sobre la expresa suma de \$335'771.977, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al no haber devuelto a mis poderdantes desde las fechas en que tuvieron que hacer los pagos y hasta la devolución de los montos correspondientes, como consecuencia de los valores cancelados por concepto de la Contribución Especial.

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

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

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

1.2. HECHOS

1.- El Consorcio integrado por los señores MARIO HUERTAS COTÉS y LUIS HUERTAS LOZANO por una parte y el FONDO VIAL NACIONAL por otra

suscribieron el contrato de obra pública n.º 625/85¹ por el sistema de precios unitarios, para la construcción y pavimentación del sector puente Hila–Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta, sujeto además al pliego de condiciones y al Decreto 222 de 1983².

2.- El contrato n.º 625/85 se adicionó en trece oportunidades, para prorrogar su plazo, ampliar las fianzas y su valor y elaborar nuevos programas de trabajo e inversiones, así:

- a) Contrato No. 521/88, adicional No. 1.
- b) Contrato No. 401/90, adicional No. 2.
- c) Contrato No. 514/90, adicional No. 3.
- d) Contrato No. 375/91, adicional No. 4.
- e) Contrato No. 403/92, adicional No. 5.
- f) Contrato No. 518/93, adicional No. 6.
- g) Contrato No. 331/94, adicional No. 6.
- h) Contrato No. 290/95, adicional No. 7.
- i) Contrato No. 516/95, adicional No. 8.
- j) Contrato No. 625-10-85/95, adicional No. 9.
- k) Otro si de fecha 26 de octubre de 1995, adicional No. 10.
- l) Contrato No. 625-11-85/96, adicional No. 11.
- m) Contrato sin número de fecha 29 de noviembre de 1996.

3º- Para la fecha de presentación de la demanda, el contrato se encontraba en ejecución de modo que los convenios adicionales se debían mantener conforme los lineamientos de la propuesta. Sin embargo, el 14 de diciembre de 1992, siete años después de suscrito el contrato, el Decreto 2009 creó un gravamen destinado a dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación para afrontar la situación de orden público.

En efecto se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente Decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de

¹ Fecha ilegible.

² Aunque no obra documento mediante el cual se conformó el consorcio los contratistas fueron identificados como en consorcio en el contrato y se les brindo dicho tratamiento.

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

ARTÍCULO SEGUNDO.- El valor de la mencionada contribución deberá ser consignado en la entidad financiera que las entidades territoriales señalen y en la cuenta que para éste efecto se determine, dentro del mes calendario siguiente a la suscripción del respectivo contrato.

Copia del respectivo recibo de consignación deberá ser remitida por El Contratista a la entidad pública contratante dentro de los 5 días calendario siguiente al pago, lo cual será condición previa para cualquier desembolso, sin perjuicio de los demás requisitos señalados en la normas sobre la materia”.

4.- Posteriormente, se prorrogó el estado de conmoción interior con la expedición del Decreto n.º 1515 de 4 de agosto de 1993 por 90 días calendario, esto es, hasta el día 2 de noviembre de 1993 y a continuación se profirió la Ley 104 de 30 de diciembre de 1993, la cual estableció expresamente:

“ARTÍCULO 123:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, Departamentos o Municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

PAR.- La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en éste capítulo”.

ARTÍCULO 124:

Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el 5% del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al Contratista.

El valor obtenido 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”.

5.- El contrato en mención se suscribió con anterioridad a la vigencia de los decretos y de la norma legal, por lo que no le resultaban aplicables las nuevas disposiciones, de manera que el Instituto Nacional de Vías no podía deducir de dichos conceptos de las actas de obra, como aparece en las siguientes cuentas:

CUENTA No.	VALOR CONTRIBUCIÓN (5%)
4250	37.193.963
3836	18.758.683
3833	14.538.480
5327	102.659.933
5113	23.361.865
4973	544.367
4282	23.196.391
4126	20.026.311
4014	319.101
3800	380.720
-----	17.013.660
3349-1	20.084
-----	14.253.254
-----	6.303.966
-----	113.922
5022	787.277
4583	56.300.000
TOTAL	\$ 335.771.977,00

6. El cobro de la contribución constituye para los contratistas un hecho imprevisible e irresistible y rompe el equilibrio económico del convenio, que debía permanecer inalterable durante la ejecución del contrato, de manera que debe restablecerse en las mismas condiciones económicas y financieras que existían al momento en que el consorcio suscribió el contrato con el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías.

7.- El demandante y los demás contratistas se quejaron por la deducción del denominado impuesto de guerra, fundados en que para la fecha de celebración de los contratos las citadas disposiciones no se encontraban vigentes y solicitaron a la administración de Impuestos Nacionales que se pronunciara sobre el particular.

8.- Según conceptos emitidos por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, la contribución correspondiente al Impuesto de Guerra no le resulta aplicable a los contratos de obra pública celebrados con anterioridad a la vigencia de las normas que la establecieron.

1.3. INTERVENCIÓN PASIVA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda –folio 51 del cuaderno principal- y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la contestó oportunamente –folio 60 del cuaderno principal-, oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a su parecer no se cumplen los presupuestos del restablecimiento económico del contrato.

En suma, la entidad demandada consideró que no hay lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, como lo plantea la parte actora, pues los contratos adicionales se suscribieron en vigencia de las normas que establecieron la contribución especial –Decreto 2009 de 1992, Decreto 515 de 1993, Ley 104 de 1993 y Ley 241 de 1995-, de manera que como los contratistas conocieron o debieron conocer la carga impositiva, no pueden alegar haber sido sorprendidos, cosa distinta sería si éste hubiese recaído sobre el contrato principal, lo que no ocurrió en este caso; pues se reclama la afectación de los contratos adicionales, suscritos con posterioridad al establecimiento del gravamen.

Sostuvo también el Instituto que la contribución especial fue creada por las normas en mención para gravar a los contratistas, sin que de ninguna manera pueda desplazarse a la entidad contratante, pues, de prosperar esta pretensión, en realidad la carga sería asumida por la misma administración, desconociendo la razón misma del gravamen.

En conclusión, al parecer de la entidad, resulta imposible sostener que la contribución especial del cinco por ciento (5%) afectó el equilibrio económico del contrato de obra pública 625/85, toda vez que se trata de una imposición de orden legal.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la etapa de intervenciones finales de la primera instancia las partes y el ministerio público guardaron silencio.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal resolvió negar las pretensiones, fundado en que la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato n.º 625/85 no se configuró y que lo propio ocurrió con los contratos adicionales. En ese orden de ideas sostuvo que i) la Ley

104 de 30 de diciembre de 1993 impuso la denominada “contribución especial” o impuesto de guerra a *“todas la personas naturales o jurídicas que suscriban contrato de obra pública para la construcción o mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición de valor de los existentes”*, al establecer que las mismas *“DEBERÁN pagar a la respectiva entidad territorial una contribución equivalente al cinco (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”*; ii) la norma impuso un gravamen a los contratos de obras públicas relacionados con la construcción y mantenimiento de vías, esto es se buscó gravar una actividad en particular; iii) los convenios adicionales que incrementaron el valor del contrato del contrato fueron: n.º (s) 521 de 1988; 401 y 514 de 1990; 375 de 1991; 403 de 1992; 518 de 1993; 331 de 1994; 290 de 1995; 0516 de 1995 y 625 de 1996; adicional n.º 09 y 010 de 1995 y adicional n.º 011 de 1996- y las deducciones por contribución al denominado impuesto de guerra se aplicaron respecto de los contratos adicionales celebrados desde la vigencia de la Ley 104 de 1993; iv) la mencionada contribución no se aplicó al contrato principal, ni a los adicionales celebrados con anterioridad a 1993 y por lo tanto no puede esgrimirse su rompimiento del equilibrio económico y v) como el contratista conoció o debía conocer la existencia de la norma tributaria, al tiempo de suscripción de los contratos afectados con la misma, no prospera la reclamación –folio 181 del cuaderno principal-.

La sentencia se aprobó con la aclaración de voto de la magistrada Myriam Guerrero de Escobar. Encontró la antes nombrada desacertado sostener que, como la contribución recayó sobre los contratos adicionales y no sobre el principal, la imposición no afectó al contrato originario, porque no se trata de negocios jurídicos independientes o aislados, como quiera que el contrato principal da lugar a las obligaciones y gobierna las relaciones, de manera que todo gravamen que recaee sobre los adicionales repercute necesariamente en la economía general del contrato.

1.6. SEGUNDA INSTANCIA

1.6.1 Recurso de apelación

El apoderado de la parte actora impugna la decisión para que se revoque y, en su lugar, se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda –folio 199 del cuaderno principal-. Para el efecto sostiene:

- Que el incremento al valor pactado en los distintos contratos adicionales tiene en cuenta la información contenida en el pliego de condiciones, de modo que la metodología y la variación de los ítems previstos desde los términos de referencia influye en los costos finales, que fue lo que ocurrió.
- El impuesto -5 %- puso al contratista en una situación de desventaja, al momento de suscribirse los contratos adicionales, pues el gravamen afectó indirectamente el precio unitario, acordado previamente.
- Se trató de una imposición dirigida a gravar al consumidor, condición que ostentaba precisamente la entidad pública en tanto dueña de la obra, de donde el constructor se limitó a recaudarlo y a entregarlo en el plazo previsto por la ley.
- El contrato principal fue suscrito con anterioridad a la vigencia de la Ley 104 de 1993, por lo tanto le resultaban ajenas sus disposiciones.
- Las deducciones por contribución especial, incidieron de manera importante en la ecuación financiera del contrato porque sin duda la ejecución resultó más onerosa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1.- COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues el monto de la pretensión mayor -\$ 335'771.977, supera el exigido el 21 de enero de 1998, cuando se presentó la demanda, para que las sentencias de primer grado, proferidas en acciones contractuales, sean conocidas en alzada por esta Corporación³.

2.2.- PROBLEMA JURÍDICO

³ *La cuantía exigida para el año 1998 para que la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$ 18.850.000,00.*

Corresponde a la Sala resolver si, como la actora lo sostiene, la entidad demandada está obligada a restablecer la ecuación financiera del contrato con ocasión de la deducción que representó el impuesto de guerra, en la ejecución del contrato de obra pública suscrito con el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías-INVIAS⁴, para la construcción y pavimentación del sector Puente Hila–Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta.

2.3.- CUESTIÓN PREVIA

Las pruebas documentales aportadas en las oportunidades procesales respectivas serán valoradas por cumplir los requisitos legales y haberse incorporado oportunamente.

2.4. HECHOS PROBADOS

2.4.1. Mediante contrato n.º 625 de 1985, el consorcio conformado por MARIO HUERTAS COTE y LUIS HUERTAS SOLANO y el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías suscribieron el contrato de obra pública para la construcción y pavimentación del sector puente Hila–Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta por el sistema de precios unitarios, por la suma de \$ 845.510.785,00 –folio 4 del cuaderno de pruebas-. Se destaca:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. - *“EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que se señala en éste convenio, las obras que sean necesarias para la construcción y pavimentación del sector puente Hila – Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el FONDO VIAL y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato”.*

(...)

CLÁUSULA TERCERA: PLAZO: EL CONSORCIO CONTRATISTA *se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato, y a su ejecución completa dentro de los treinta (30) meses siguientes, contados a partir de la fecha de dicho perfeccionamiento (...).*

⁴ Mediante el Decreto 2171 de 1992 se reestructuró el Fondo Vial Nacional en el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio del Transporte.

CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO.- EL FONDO VÍAL pagará al CONSORCIO CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON 20/100 (\$848.510.785,20) moneda corriente, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos y el costo de imprevistos y obras complementarias, tal como se detalla en el anexo n.º 1 que forma parte de este contrato.

(...)

OCTAVA: PRECIOS UNITARIOS. CANTIDADES DE OBRA. COSTOS A CARGO DEL CONSORCIO CONTRATISTA. FIJACIÓN DE NUEVOS PRECIOS. EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios consignados en documento "lista de cantidades de obra"

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO: COSTOS A CARGO DEL CONSORCIO.

(...)

Corresponde al CONSORCIO CONTRATISTA el pago de todos los derechos e impuestos que ocasione la propuesta, perfeccionamiento y ejecución del contrato.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: MODIFICACIÓN UNILATERAL. – Cuando durante el curso de la ejecución del contrato el interés público demanda la variación del mismo, EL FONDO VIAL propondrá las modificaciones del caso al CONSORCIO CONTRATISTA mediante el procedimiento señalado en el artículo n.º 21 del Decreto Ley 222 de 1.983, y si fuere el caso, podrá hacer unilateralmente las modificaciones pertinentes en la forma prevista en el mismo artículo.

Estas modificaciones serán exclusivamente las contempladas, como previstas en este contrato y el equilibrio financiero se asegurara en la forma así mismo establecida (sic)..

PARÁGRAFO: Aseguramiento del Equilibrio Financiero. Cuando se pretenda hacer modificaciones por razón del enteres público, se asegurará el equilibrio financiero del contrato de la manera que se determina a continuación.

Antes de hacer al CONSORCIO CONTRATISTA propuesta de modificaciones el FONDO VIAL establecerá jurídica y técnicamente la manera de asegurar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes teniendo en cuenta aspectos como el reconocimiento de nuevos costos, la disminución de los que no vayan a causarse, la fijación de nuevos precios unitarios o los demás factores que en cada caso concreto fueren necesarios y procedentes.

2.4.2. Obra en el plenario copias de los contratos adicionales, unos relacionados con la prórroga del plazo y otros dirigidos a incrementar el precio. Así, mediante contratos adicionales n.º 1 de 1988, 0401 de 1990, 0402 de 1992, 331 de junio de 1994, 0290 de marzo de 1995, n.º 10 de 1996 y 12 de 1997 se convino en prorrogar el plazo. En este punto cabe destacar que aunque la demanda informa que para su presentación el contrato continuaba vigente, el plenario no da cuenta de otros convenios adicionales.

2.4.2.1. En el número 1 de 30 de septiembre de 1988, el término se amplió hasta el 30 de junio de 1990, acompañado de un nuevo cronograma de trabajo e inversiones –folio 22 del cuaderno principal-.

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. – *Prorrogar el plazo para la ejecución del objeto del contrato principal citado hasta el 30 de junio de 1990.*

(...)

CLÁUSULA TERCERA: NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES.- *Para la continuidad en el cumplimiento de sus obligaciones, EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ceñirse a un nuevo programa de trabajo e inversión, el cual deberá ser presentado para aprobación del Secretario Técnico del Ministerio de obras Públicas y Transporte, una vez perfeccionado el presente contrato.*

CLÁUSULA CUARTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- *Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento.*

2.4.2.2. El plazo nuevamente se prorrogó mediante contrato adicional n.º 0401 (adicional n.º 2) del 22 de junio de 1990 –folio 23 del cuaderno de pruebas-; 0402 de 1992 –adicional n.º 5- prorrogado hasta el 30 de junio de 1993 –folio 28 del cuaderno de pruebas-; 0331 de 1994 –adicional n.º 7- hasta el 30 de marzo de 1995 –folio 31 del cuaderno de pruebas-; 0290 de diciembre de 1995 hasta el 30 de diciembre de ese año –folio 32 del cuaderno de pruebas-; contrato sin número correspondiente al adicional n.º 10 hasta el 30 de noviembre de 1996 –folio 38 del cuaderno de pruebas- y con el contrato sin número correspondiente al adicional n.º 12 hasta el 30 de abril de 1997 –folio 43 del cuaderno de pruebas-.

2.4.3. De otra parte, de los contratos que tuvieron por objeto modificar el valor se tiene:

2.4.3.1. El 23 de julio de 1990 se suscribió el número 0514 –adicional n.º 3-, incrementando el valor previamente convenido en la suma de \$ 216'335.000,00 – folio 24 del cuaderno de pruebas- así:

“Contrato No. 0514

Año – 1990

ADICIONAL NÚMERO TRES (3)
No.625-85

AL CONTRATO PRINCIPAL

Fecha Firma: Julio 23 de 1990

FONDO VÍAL NACIONAL

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Adicionar el valor del contrato principal citado en la suma de DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$216'335.000,00) MONEDA CORRIENTE, para un total de MIL SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$1.064'845.785,20) MONEDA CORRIENTE.*

CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- *EL FONDO VIAL se obliga a reservar la suma de DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$216'335.000,00) MONEDA CORRIENTE, según registro presupuestal provisional número 084 del 05 de marzo de 1990, del presupuesto para la actual vigencia.*

CLÁUSULA SEXTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- *Quedan vigentes todas las estipulaciones del contrato principal y adicionales que no sean contrarias al presente documento.*

2.4.3.2. El 29 de mayo de 1991 se suscribió el contrato n.º 375 –adicional n.º 4-, mediante el cual las partes prorrogaron el plazo y adicionaron su valor –folio 26 del cuaderno de pruebas-. Se destaca:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Prorrogar el plazo para la ejecución del objeto del contrato principal citado hasta el 30 de junio de 1992 y adicionar su valor en la suma de MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$1.114'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, para un total de DOS MIL CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS.*

CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- *EL FONDO VIAL se obliga a reservar la suma de mil ciento catorce millones de pesos (1.114'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, según certificado de registro presupuestal provisional número 342 del 17 de abril de 1991, del presupuesto para la actual vigencia.*

CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.- *Forma parte del presente contrato el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, el cual fundamenta la adición en valor contenida en el presente documento.*

CLÁUSULA SEXTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- *Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento.*

2.4.3.3. El 23 de junio de 1993, las partes suscribieron el contrato n.º 518 – adicional n.º 6- para prorrogar el plazo hasta el 30 de junio de 1994 y adicionar el valor en la suma de \$396'667.988.89 –folio 29 del cuaderno de pruebas- así:

Contrato No. 0518

Año-1993

ADICIONAL NÚMERO SEIS (6)

AL CONTRATO PRINCIPAL No.625-

85

Fecha Firma: Junio 23 de 1993

FONDO VÍAL NACIONAL

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Prorrogar el plazo para la ejecución del objeto del contrato principal citado hasta el 30 de junio de 1994 y adicionar su valor en la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$396'667.988.89) MONEDA CORRIENTE, para un total de DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON NUEVE CENTAVOS (2.575'513.774.09) MONEDA CORRIENTE.*

PARÁGRAFO: *para efectos de la aplicación de la Ley 6ª y sus Decretos Reglamentarios la utilidad del CONSORCIO es del 6% por ciento (6%).*

CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUSTAL.- *EL FONDO VIAL se obliga a reservar la suma de trescientos noventa y seis millones seiscientos sesenta y siete mil novecientos ochenta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos (\$396'667.988.89) MONEDA CORRIENTE, según certificado de registro presupuestal provisional número 179 del 16 de febrero de 1993, del presupuesto para la actual vigencia.*

2.4.3.4. Mediante contrato n.º 0516 de 1995 –contrato adicional n.º 9- se incrementó el valor en la suma de (\$ 158'667.196.00) –folio 33 del cuaderno de pruebas-.

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Adicionar el valor del contrato principal citado en la suma de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEIS CIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$158'667.196.00) MONEDA CORRIENTE, para un total de DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS CON NUEVE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE.*

CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- *EL INSTITUTO se obliga a reservar la suma de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SESICIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$158'667.196.00) MONEDA CORRIENTE, según certificado*

de disponibilidad presupuestal número 392 del 6 de marzo de 1995, del presupuesto para la actual vigencia.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Al presente contrato le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 del 30 de Diciembre de 1.993.

CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.- Forma parte del presente contrato, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por el INSTITUTO, el cual fundamenta la adición en valor contenida en el presente documento.

CLÁUSULA SEXTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento.

2.4.3.5. Mediante "Otro Si" de 26 de octubre de 1995 se convino en un anticipo adicional, al valor entregado por dicho concepto, en la suma de \$1.126'.000.000.oo –folio 35 del cuaderno de pruebas-. Se lee en el escrito:

"EL INSTITUTO entregará al CONSORCIO CONTRATISTA la suma de UN MIL CIENTO VEINTISEIS MILLONES DE PESOS (\$1.126'.000.000.oo) MONEDA CORRIENTE, más la suma que corresponda por concepto de I.V.A., a título de pago anticipado sobre el valor actualizado del contrato, es decir, sobre el valor inicial del contrato incluidos el valor de los contratos adicionales y los ajustes causados...."

PARÁGRAFO PRIMERO: Para la legalización del pago anticipado se procederá de la siguiente manera una vez amortizado el anticipo concedido en el contrato principal, si lo hubiere, el saldo se ajustará en la forma prevista en el mismo, teniendo en cuenta que el valor de "I" será el que corresponda al mes en que se efectúa el pago anticipado. Se establece como fecha de pago la fecha de disponibilidad del cheque en la Caja de la División de Tesorería del INSTITUTO. El valor del pago anticipado, o de los pagos anticipados si durante la ejecución del contrato se hubiesen concedido otros, será deducido en su totalidad del saldo del acta incluidos los ajustes hasta finalizar la legalización del mismo; una vez legalizado el (los) pago (s) anticipado (s), los ajustes se reconocerán en la forma prevista en el contrato principal.

2.4.3.6. Según el contrato adicional n.º 11 de 9 de mayo de 1995, las partes incrementaron el valor del contrato en la suma de \$ 403'842.960.oo –folio 40 del cuaderno de pruebas-, al tiempo que convinieron en que el Instituto descontaría el monto del gravamen así:

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- Adicionar el valor del contrato principal en la suma de CUATROCIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$403'842.960.oo) MONEDA CORRIENTE, para un valor total acumulado de TRES MIL CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES VEINTITRES MIL

NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON 09/100 (\$3,138'023.930.09)
MONEDA CORRIENTE, sumas que no incluyen el I.V.A.

PARÁGRAFO: La utilidad del contratista es del seis por ciento (6 %) y su AIU es del 32 %

CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- EL INSTITUTO se obliga reservar para el presente contrato las siguientes sumas: a)... ((403'842.960.00)..., para el pago del valor básico de las obras; b)...(2'937.040,00)..., para dar cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 14 de la Ley 223 de 1995; c)... (3.764'705.000.00)..., como valor estimado de los ajustes estipulados en el contrato principal que se ocasionen con la ejecución de este contrato y del I.V.A. correspondiente.

PARÁGRAFO SEGUNDO: EL INSTITUTO descontará el cinco por ciento (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.

CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.- Forma parte del presente contrato, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por el INSTITUTO, el cual fundamenta la adición en valor contenida en el presente documento.

CLÁUSULA SEXTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento.

2.4.3.7. Según contrato sin número que corresponde al adicional n.º 13 de 1996, las partes acordaron que el Instituto Nacional de Vías entregaría a título de anticipo la suma de \$ 2.068'131.005.80 –folio 47 del cuaderno de pruebas-. Se destaca:

PRIMERA: EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA a título de pago anticipado, sobre el valor básico del contrato principal y sus adicionales actualizados en la forma prevista en la Ley 80 de 1993, artículo 40, párrafo, inciso primero, la suma de... (\$2.068'131.005.80)..., incluido el I.V.A.

PARÁGRAFO PRIMERO: Este pago anticipado se descontará de las actas mensuales de obra así: Una vez amortizado el (los) anticipo (s) concedido (s) durante la ejecución del contrato, el saldo se ajustará en la forma prevista en el mismo, teniendo en cuenta que el valor de "I" será el que corresponda al mes en que se efectúe el pago anticipado....

2.4.4. El 13 de noviembre de 1998, la División de Tesorería del Instituto Nacional de Vías certificó sobre las deducciones realizadas a los contratos adicionales, desde la expedición de la Ley 104 de 1993 –folio 108 del cuaderno principal- así:

**INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
DIVISIÓN DE TESORERÍA**

Certificación ley 104 de 1993

Contrato 625 de 1985

Fecha – Noviembre 13 de 1998

Razón Social: CONSORCIO MARIO A. HUERTAS C. y LUÍS HUERTAS LOZANO

Nota: Estos descuentos corresponden a contratos adicionales suscritos a partir de la vigencia de la ley.

COMPROMISO NÚMERO DE 1993	FECHA PRESENTACIÓN	VALOR CUENTA	VALOR LEY 104
5226 – 0 787.277.00	27/11/1995		15'845.739.08
4751 – 1 56'300.000.00	15/12/1995		1.133'165.455.00
3347 – 0 113.922.00	19/07/1996		2'292.945.00
3348 – 1 6'303.966.00	29/07/1996		126'881.644.80
3349 – 1 14'253.254.00	29/07/1996		286'879.137.47
3799 – 0 20.284.00	14/08/1996		404.226.59
3800 – 0 17'013.660.00	14/08/1996		342'747.911.25
4014 – 0 380.720.00	28/08/1996		7'669.769.63
4126 – 0 319.101.00	04/09/1996		6'428.428.51
4282 – 0 20'026.311.00	13/09/1996		403'439.138.65
4973 – 0 23'196.391.00	17/10/1996		467'301.835.93
5113 – 0 544.367.00	25/10/1996		10'966.517.28
5327 – 0 23'361.865.00	05/11/1996		470'635.384.09
6374 – 0 102'659.933.00	18/12/1996		2.068'131.005.80
3836 – 0 14'538.480.00	30/05/1997		290'769.591.94
4250 – 0 18'758.683.00	12/06/1997		375'173.656.08
5283 – 0 37'193.963.00	14/07/1997		743'879.256.03
5921 – 0 626.875.00	06/08/1997		12'537.508.31
5922 – 0 19'794.890.00	06/08/1997		395'897.804.93
6888 – 0 1'289.980.00	09/09/1997		25'799.606.14

6889 – 0	09/09/1997	356'930.918.69
17'846.546.00		
7841 – 0	08/10/1997	325'985.952.00
16'299.298.00		
7842 – 0	08/10/1997	4'987.322.83
249.366.00		
8463 – 0	05/11/1997	5'968.006.45
298.400.00		
8687 – 0	11/11/1997	348'997.892.50
17.449.895.00		
9212 – 0	28/11/1997	1.683'072.484.10
84'153.624.00		
3698 – 0	14/05/1998	239'070.390.16
11'953.520.00		
4373 – 0	04/06/1998	5.000'000.000.00
250'000.000.00		
4454 – 0	05/06/1998	25'929.609.84
1'296.480.49		
TOTAL		15.177'789.139.08 757'030.851.49

2.4.5. Mediante oficio de 28 de agosto de 2000, la Jefe de División de Tesorería del Instituto Nacional de Vías dio cuenta de los descuentos por concepto de la contribución especial, prevista en el Decreto 2009 de 1992, Ley 104 de 1993 y 241 de 1995, correspondiente al contrato de obra pública 625 de 1985 y sus adicionales, para la construcción y pavimentación del sector Hila-Villeta de la Carretera Bogotá-La Vega-Villeta –folio 113 del cuaderno de pruebas-, así:

COMPROMISO NÚMERO 104/1993	FECHA PRESENTACIÓN	VALOR CUENTA	VALOR LEY
5226 – 0	27/11/1995	15'745.540.08	
787.277.00			
4751 – 1	15/12/1995	1.126.000.000.00	
56'300.000.00			
3347 – 0	19/07/1996	2'278.446.00	
113.922.00			
3348 – 1	29/07/1996	126'079.321.80	
6'303.966.00			
3349 – 1	29/07/1996	285'065.186.47	
14'253.254.00			
3799 – 0	14/08/1996	401.670.59	
20.284.00			
3800 – 0	14/08/1996	340'273.197.25	
17'013.660.00			
4014 – 0	28/08/1996	7'614.392.63	
380.720.00			

4126 - 0	04/09/1996	6'382.013.51
319.101.00		
4282 - 0	13/09/1996	400'528.220.65
20'026.311.00		
4973 - 0	17/10/1996	463'927.815.93
23'196.391.00		
5113 - 0	25/10/1996	10'877.336.28
544.367.00		
5327 - 0	05/11/1996	467'237.295.09
23'361.865.00		
6374 - 0	18/12/1996	2.053'198.651.80
102'659.933.00		
3836 - 0	30/05/1997	290'769.591.94
14'538.480.00		
4250 - 0	12/06/1997	375'173.656.08
18'758.683.00		
5283 - 0	14/07/1997	743'879.256.03
37'193.963.00		
5921 - 0	06/08/1997	12'537.508.31
626.875.00		
5922 - 0	06/08/1997	395'897.804.93
19'794.890.00		
6888 - 0	09/09/1997	25'799.606.14
1'289.980.00		
6889 - 0	09/09/1997	356'930.918.69
17'846.546.00		
7841 - 0	08/10/1997	325'985.952.00
16'299.298.00		
7842 - 0	08/10/1997	4'987.322.83
249.366.00		
8463 - 0	05/11/1997	5'968.006.45
298.400.00		
8687 - 0	11/11/1997	348'997.892.50
17.449.895.00		
9212 - 0	28/11/1997	1.683'072.484.10
84'153.624.00		
3698 - 0	14/05/1998	239'070.390.16
11'953.520.00		
4373 - 0	04/06/1998	5.000'000.000.00
250'000.000.00		
4454 - 0	05/06/1998	25'929.609.84
1'296.480.49		
8375 - 0	16/10/1998	97.411.600,55
4.870.580.02		

TOTAL

761.901.431.51 **15.238'028.588.55**

2.4.6. Aunque el contrato no da cuenta del porcentaje por concepto de AIU - Administración-Imprevistos y Utilidad-, los comprobantes de pago suscritos por las partes, informan sobre el porcentaje del AIU correspondiente al 32%, ofrecido y aceptado y dan cuenta que de éste el 6 % corresponde a la utilidad del contratista.

Sin embargo no especifica el porcentaje discriminado por concepto de administración e imprevistos –folios 48 a 61 del cuaderno de pruebas-⁵.

2.5 LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional en los términos del artículo 1º del Decreto 2009 de 14 de diciembre de 1992, dispuso que todas las personas naturales o jurídicas que suscriban con entidades de derecho público contratos de obra para la construcción y mantenimiento de vías o celebren contratos de adición al valor de los existentes, pagarían, a favor de los entes territoriales respectivos, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato o de la respectiva adición; norma prorrogada por el Decreto 1515 de 1995 y, nuevamente establecida por los artículos 123 de la Ley 104 de 31 de diciembre de 1993 y 62 de la Ley 241 de 1995, previsión ésta que mantuvo el gravamen en cuanto dispuso:

Discriminar

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

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

La parte actora argumenta que el contrato de obra pública n°. 625 de 1985 (fecha ilegible), quedó por fuera de la contribución especial establecida por dichas normas, conforme a los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, en cuanto le resultan aplicables las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación. Sostiene que, en cuanto para esa fecha no existía impuesto de guerra, la administración alteró gravemente la ecuación económica del contrato en perjuicio del colaborador estatal, porque, aplicando una ley posterior, retuvo indebidamente el 5 % equivalente al valor del gravamen.

⁵ En el plenario se echa de menos la oferta del contratista lo que impide establecer separadamente los porcentajes correspondientes a imprevistos y administración.

Ahora, atendiendo al principio constitucional de legalidad de los impuestos, le corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y parafiscales⁶ y, precisar su contenido, esto es designar los sujetos activo y pasivo, los hechos, la base y las tarifas, delimitar específicamente el tributo, sus ámbitos temporal y espacial, sin que en ningún caso el gravamen pueda afectar periodos fiscales anteriores a la vigencia de la norma que lo establece. En suma los tributos habrán de determinarse previamente por el legislador, de manera que los contribuyentes puedan planear sus actividades y así mismo responder sin sobresaltos a las imposiciones que los afectan, conforme ocurrió con el llamado impuesto de guerra.

La contribución fiscal está dirigida a un específico sector de la economía, en los términos de las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 de las que se derivan su destinación, el hecho o la actividad generadora, para el efecto los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento de vías y los contratos adicionales y los sujetos pasivos, esto es las personas naturales o jurídicas contratistas del Estado, al igual que la cuantía del 5 %.

Es claro que el contrato 625 celebrado en 1985, entre el consorcio integrado por los señores MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y LUIS HUERTAS LOZANO y el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías, para ejecutar obras relativas a la construcción y pavimentación del sector Puente Hila–Villeta de la carretera Bogotá–La Vega–Villeta, bajo el sistema de precios unitarios, no podía afectarse con un gravamen que se establecería posteriormente, pero, como el convenio se adicionó en distintas oportunidades, en plazo y valor, los contratistas se convirtieron en sujetos pasivos del tributo y la entidad contratante en agente retenedor de la contribución fiscal. De donde el INVIAS tenía que efectuar las deducciones como efectivamente ocurrió y se observa en las certificaciones expedidas por la División de Tesorería del Instituto.

Ahora, si bien las certificaciones a las que se hacía mención contienen algunas inconsistencias e imprecisiones, relativas al valor de las cuentas pagadas y al monto de las deducciones por contribución especial, en tanto salta a la vista la diferencia existente sobre el monto de la retención, esto porque, en el mes de noviembre de 1998, la demandada informó sobre las deducciones efectuadas

⁶ Artículo 150 n.º 12 y 338 de la C.P.

hasta entonces por la suma de \$ 757'030.851.49 y en el mes de agosto de 2000, informó que para el mismo periodo se habían efectuado deducciones por valor de \$ 761.901.431.51, lo cierto es que los valores descontados permiten inferir que los contratos adicionales de obra, suscritos en vigencia de las normas fiscales aludidas, quedaron sujetos al denominado impuesto de guerra y que a ello obedecieron las deducciones.

Lo anterior sin perjuicio de la inconsistencia que tiene que ver con los contratos adicionales aportados -contrato n.º 518 de 1993 por la suma de \$396'667.988.89; 0516 de 1995 por la suma de \$158'667.196.00 y adicional n.º 11 de 1995 por la suma de \$403'842.960.00.-, afectados con la contribución especial y que ascienden a un total de \$ 959.178.144,89 m/cte, cuya deducción por dicho concepto sería del orden de \$ 47.958.907,24 m/cte, que corresponde al 5 % del gravamen, lo que permite inferir que al haberse efectuado deducciones por mayor valor como ocurrió, tuvieron lugar en el ámbito de otros convenios que se echan de menos en el proceso, frente a los cuales las partes guardaron silencio.

2.5 EL DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO

La Sala ha sostenido que el contratista tiene derecho a exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues si bien debe asumir riesgos, como sucede con cualquier actividad económica, se trata de los propios de la actividad que por lo mismo pudo medir y cuantificar, sin que se obligue a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, así fueran atribuibles al contratante o a factores externos, cuando estas signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad.

Para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas parecen para el dueño.

Y es que la ecuación financiera del contrato puede verse afectada a) por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b) porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan

la relación directamente la afectan negativamente y c) por factores externos, surgidos durante la ejecución, pero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio contractual⁷. En este último caso, circunstancias imprevisibles que por lo mismo no pueden entenderse comprendidas en la relación contractual.

Siendo así y cuando median el ejercicio de las potestades estatales, la Sala ha considerado que debe considerarse si la medida general, con incidencia en el contrato, fue proferida por la misma contratante y si esta actuó en ejercicio del *ius variandi*, para determinar, entonces, si la afectación excedió los riesgos normales del *alea contractual*. Así, cuando el hecho generador imputable a la entidad puede calificarse de sobreviniente e implica cargas excepcionales no previsibles de antemano, se ha impuesto a la contratante restablecer el equilibrio financiero del contrato.

En armonía con lo expuesto y establecido que el llamado impuesto de guerra no afectó el contrato principal, suscrito en 1985, pues para entonces el gravamen no existía, pero si los adicionales n.º (s) 518 de 1993 y 11 y 516 de 1995, suscritos en vigencia de la contribución, procede negar las pretensiones fundadas en la ruptura del equilibrio financiero del contrato, pues, de haber acontecido, solo se explicaría por la negligencia o falta de diligencia de los contratistas, quienes no previeron lo que tenían que prever, si a su juicio el gravamen generaba el rompimiento de la ecuación contractual, de donde no le es dable invocar compensación alguna.

Por otra parte, cabe reiterar que la sola imposición de nuevos tributos no equivale *per se* al rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, pues cada caso deberá ser analizado en particular, en especial para determinar si la imposición redujo los ingresos, hasta hacer nugatoria la utilidad esperada, sin perjuicio de que el colaborador estatal asume por su cuenta los riesgos propios derivados del *alea normal* del contrato, que hace parte de la actividad comprendida en el AIU, que para el caso de autos ascendió al treinta y dos por ciento contrato.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Ahora, en el caso concreto, no todos los contratos adicionales quedaron sometidos a la contribución especial. Seis de ellos se limitaron a ampliar el plazo pactado 401 de 1990, 0402 de 1992, 331 de junio de 1994, 0290 de marzo de 1995, n.º 10 de 1996 y 12 de 1997, frente a los cuales el valor por precios unitarios se mantuvo en las condiciones pactadas y en los tres restantes se adicionó el valor así: i) el contrato n.º 518 de 1993 en la suma de \$396'667.988.89; ii) el contrato n.º 0516 de 1995 en la suma de \$158'667.196.00 y iii) el contrato adicional n.º 11 de 1995 en la suma de \$403'842.960.00. Además del contenido contractual, emerge con claridad que el contratista se obligó a pagar por su cuenta la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993 y la certificación allegada a la actuación demuestra que la entidad estatal retuvo el valor correspondiente. Igualmente que en el contrato se fijó la utilidad del consorcio contratista en el cinco por ciento y el -AIU- administración, imprevistos y utilidad- en el treinta y dos por ciento.

Por último, en los contratos adicionales se hizo mención expresa sobre la condición de los contratistas de sujetos pasivos de la contribución, por lo que, para el momento de las distintas prorrogas, existía la norma que impuso el tributo. Sin lugar a dudas, el gravamen no puede ser tildado de un hecho sobreviniente e imprevisible, con posibilidad de afectar la ecuación contractual y así mismo a cargo de la contratante, en condición de dueña de la obra y beneficiaria de la misma.

En consecuencia, es claro que el equilibrio económico del contrato no fue alterado, por cuanto, al momento de la celebración de los convenios adicionales, se insiste, el contratista estaba al tanto de la obligación tributaria y, por ende, la carga fiscal no fue el resultado de un hecho sobreviniente, ni imprevisible que constituyera la causa determinante del rompimiento de la ecuación económica, alegada por la firma demandante.

Aunado a lo expuesto, la parte actora, además de haber suscrito los contratos adicionales, en vigencia del denominado impuesto de guerra, no probó que la carga tributaria hubiera afectado de manera grave la ecuación económica del contrato, configurando un daño cierto, anormal y especial, con entidad de alterar más allá del *alea normal* su ecuación financiera.

En consecuencia se mantendrá la decisión del Tribunal que negó las súplicas de la demanda.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de julio de 2001, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS por no aparecer causadas.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrada