

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Objeto Desequilibrio económico

La Sala ha sostenido que el contratista tiene derecho a exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues si bien debe asumir riesgos propios, como sucede con cualquier actividad económica, se explica porque los pudo medir, cuantificar e incluso evitar. De donde se colige que no se encuentra obligado a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, atribuibles al contratante o a factores externos, que le signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad. De manera que para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismos propios del negocio y por ende a cargo del contratista; en cuanto concedor de la empresa que emprende y por ende de los factores internos y externos con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas; de aquellos impredecibles, estos sí a cargo del dueño de la obra.

CONTRATO DE OBRA –Ecuación financiera del contrato

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, empero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, aunque relacionados con la ecuación contractual. Circunstancias imprevisibles que, por lo mismo, no pueden entenderse propuestas, como tampoco convenidas. Siendo así y cuando median el ejercicio de las potestades estatales, la Sala ha puntualizado 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 y por lo mismo imprevisibles, no queda sino imponer el restablecimiento del equilibrio vulnerado.

La sola imposición de nuevos tributos no rompe per se el equilibrio de las actividades económicas gravadas, sin perjuicio de que cada caso amerita un análisis particular, pues todo gravamen que recae sobre actividades en ejecución, habrá de afectar el resultado previamente esperado, de ahí la inconstitucionalidad de una eventual retroactividad.

CONTRATO DE OBRA–Contribución Especial – Impuesto de guerra

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 las personas naturales o jurídicas que suscribieran 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 inicialmente prorrogada por el Decreto 1515 de 1995 y, luego por los artículos 123 de la Ley 104 de 31 de diciembre de 1993 y 62 de la Ley 241 de 1995.

DERECHO TRIBUTARIO – Legalidad – Irretroactividad

Atendiendo al principio constitucional de legalidad en materia de impuestos, tasas y contribuciones, le corresponde al Congreso de la República establecer los gravámenes y los elementos que los configuran; esto es designar los sujetos activo y pasivo, los hechos, la base y las tarifas, es decir delimitarlos específicamente en sus ámbitos subjetivo, temporal y espacial, sin que en ningún caso puedan afectar periodos fiscales anteriores a la vigencia de la norma que los 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.

CONTRATO DE OBRA – Contribución especial – Aplicable a las adiciones

Establecido que el llamado impuesto de guerra no afectó contratos en curso, para el efecto el n.º 0866 de 1988, pero si los adicionales n.º [s] 548 de 1994, 717 de 1995, n.º 9 y 10 de 1995 y 11 de 1996, suscritos con posterioridad a la vigencia de la contribución, procede negar las pretensiones fundadas en la ruptura del equilibrio financiero del contrato. Lo anterior, en cuanto, de haber acontecido, esto es de afectarse la ecuación inicial, ello solo se explicaría por la negligencia o falta de diligencia de la contratista, quien, conociendo del gravamen, no previó que habría de pagarlo,

pues solo así se explica la ruptura del equilibrio en el que la sociedad demandante funda sus pretensiones de restablecimiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., cinco (5) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-01394-01(26704)

Actor: VIAS Y CONSTRUCCIONES VICON S.A.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 5 de agosto de 1996, la sociedad VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. -VICON S.A.¹, en ejercicio de la acción contractual, impetra el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra n.º 0866 de 1988, suscrito por la sociedad ARINCO S.A. con el Instituto Nacional de Vías-INVIAS para la construcción y pavimentación del sector La Frontera–Sonsón de la carretera la Unión–Sonsón, cedido posteriormente por la contratista a la sociedad

¹ *Conforme al certificado de existencia y representación la sociedad VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. – VICON S.A. – fue constituida mediante escritura pública n.º 3767 del 5 de junio de 1969 y en la actualidad se encuentra vigente.*

demandante; mediante 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

La demandante solicita las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Se condene al Instituto Nacional de Vías a devolver a la sociedad que represento la suma de \$ 76'997.613,54, que hasta la fecha de ésta demanda han cancelado a aquel, que constituye el mayor valor que mi poderdante tuvo que cancelar por concepto de la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

2.- Se condene, igualmente, al Instituto Nacional de Vías a pagar a mi poderdante 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 \$ 76'997.613,54, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al no haber devuelto a la sociedad que represento desde las fechas en que tuvieron que hacer los pagos y hasta la devolución de los montos correspondientes, como consecuencia de los valores cancelados por concepto de la Contribución Especial.

3.- Se ordene al Instituto Nacional de Vías a (sic) devolver, junto con los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, a la sociedad que represento la suma o sumas que a partir de la fecha de ésta 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 (sic) 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 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

Acorde con la demanda la controversia que ocupa a la Sala se funda en los siguientes hechos:

1.- El 9 de noviembre de 1988, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional abrió la licitación pública nacional n.º 022-88, para la pavimentación del sector La Frontera-Sonsón de la carretera la Unión-Sonsón, cerrada el 19 de diciembre del mismo año,

2.- A la convocatoria se presentaron diversas firmas contratistas, entre ellas la sociedad ARINCO S.A.

3.- Concluido el proceso de selección, mediante resolución n.º 13939 de 21 de diciembre de 1988, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vía Nacional adjudicó a la sociedad ARINCO S.A. la licitación pública nacional n.º 13939.

4.- La sociedad ARINCO S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS suscribieron el contrato de obra pública n.º 0866 de 30 de diciembre de 1988 por el sistema de precios unitarios, para la pavimentación del sector La Frontera-Sonsón de la carretera la Unión-Sonson, sujeto al pliego de condiciones, al contrato y al Decreto 222 de 1983.

5.- En providencia de 9 de octubre de 1989, la Sala de Consulta y Servicio Civil revisó, aprobó y declaró ajustado a la ley el contrato n.º 0866 de 30 de diciembre de 1988, cerrando así su etapa de perfeccionamiento.

6.- Mediante convenio n.º 823 de 12 de octubre de 1993, la Sociedad ARINCO S.A., con el visto bueno del FONDO VIAL NACIONAL, cedió a la sociedad VICON S.A. el contrato 0866/88, según consta en el mencionado documento.

7.- El contrato 0866 de 1988 se adicionó en 11 oportunidades para prorrogar su plazo, ampliar las fianzas, incrementar el valor y elaborar nuevos cronograma de trabajo e inversiones y las pólizas de garantía una vez presentadas fueron aprobadas por la demandada. Lo anterior de acuerdo con la siguiente relación:

- a) Contrato n.º 0104 de 1992 adicional n.º 1.
- b) Contrato n.º 0228 de 1993 adicional n.º 2.
- c) Contrato n.º 0485 de 1993 adicional n.º 3.
- d) Contrato n.º 1044 de 1993 adicional n.º 4.
- e) Contrato n.º 0548 de 1994 adicional n.º 5.

- f) Contrato n.º 0762 de 1994 adicional n.º 6.
- g) Contrato n.º 0717 de 1995 adicional n.º 7.
- h) Contrato n.º 0874 de 1995 adicional n.º 8.
- i) Contrato n.º 866-09-88 de 1995 adicional n.º 9.
- j) Contrato n.º 866-10-88 de 1995 adicional n.º 10.
- k) Contrato n.º 866-11-88 de 1996 adicional n.º 11.

8. El 14 de diciembre de 1992, cuatro 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. Así:

“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 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”.

9.- 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”.

10.- El Instituto Nacional de Vías dedujo de las actas de obra, los valores destinados al pago del impuesto, según lo indican las siguientes cuentas:

ACTA No. -----	VALOR CONTRIBUCIÓN (5%) -----
070	1'400.595,27
071	11'579.964,08
072	2'365.896,37
073	17'947.709,69
074	3'780.624,61
075	11'986.890,66
076	10'928.372,31
70	29.672,13
71	105.841,69
077	16'872.046,73
TOTAL	76'997.613,54

Siendo así, a juicio de la actora el cobro de la contribución constituyó para los contratistas un hecho imprevisible e irresistible con entidad suficiente para romper el equilibrio económico del convenio, que debía permanecer inalterable durante su ejecución; de manera que debe restablecerse en las mismas condiciones económicas y financieras que existían al momento en que la sociedad demandante suscribió el contrato con el Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías.

Lo anterior en razón de que, 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 Antioquía admitió la demanda y su correspondiente adición –folios 82, 84 y 109 del cuaderno principal- y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la contestó oportunamente –folio 97 del cuaderno principal-, oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a su parecer el impuesto de guerra no desequilibró la relación contractual, de donde no se cumplen los presupuestos para disponer el restablecimiento económico deprecado.

En suma, la entidad demandada consideró que no hay lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, 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 obligatoria observación, de manera que, como los contratistas conocieron o debieron conocer la carga impositiva, no pueden alegar haber sido sorprendidos, cosa distinta sería si la misma hubiese recaído sobre el contrato principal, lo que no ocurrió. Al punto que se reclama la afectación de los contratos adicionales, suscritos con posterioridad al establecimiento del gravamen, precisamente porque solo aquellos resultaron gravados.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. PARTE ACTORA

La parte actora insistió en el restablecimiento de la ecuación contractual -folio 279 del cuaderno principal-. Para el efecto sostuvo que la entidad demandada desconoció la resolución n.º 0123409 de diciembre de 1986, conforme a la cual la contratante reconocería el valor de las obras adicionales con sujeción a las condiciones económicas previstas a la fecha de presentación de la propuesta, conforme las mismas tarifas, rendimientos, precios de materiales, jornales, costos indirectos. Siendo así los contratos adicionales no podían prever factores diferentes, esto es un gravamen creado posteriormente. Sostuvo también que conforme el artículo 38 de la Ley 153 de 1987, al *“contrato se entenderán incorporados las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, de donde el FONDO

VIAL NACIONAL no podía, como efectivamente ocurrió, efectuar deducciones argumentando disposiciones expedidas con posterioridad a la publicación de la oferta.

Añadió que las adiciones al contrato principal no constituyeron una adición real, pues nada nuevo se agregó, aunado a que el objeto y el valor estimado inicialmente permanecieron, en cuanto no se trataba de contratar mayores cantidades de obra sino de estimar correctamente las previstas inicialmente. Es por eso que, materialmente, las partes no suscribieron “contrato adicional”, si se considera que éste solo está reservado a eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato.

Al parecer de la actora el cobro de la contribución constituyó un hecho imprevisible, imputable al Estado que rompió el equilibrio económico, pues modificó lo que debía permanecer inalterable, dando lugar al restablecimiento de las condiciones económicas y financieras que existían al momento de suscribirlo, conforme lo previsto en los artículos 4º numeral 8º y 27 de la Ley 80 de 1993, los fines que orientan la actuación contractual y el concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en tanto la medida estatal incidió en la ecuación financiera, haciendo más onerosa la ejecución contractual.

1.4.2. MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría 31 Judicial ante el tribunal rindió concepto de fondo favorable a las súplicas de la demanda –folio 317 del cuaderno principal-, fundado en que i) trabada la relación contractual los derechos y obligaciones surgidas deben mantenerse conforme lo pactado, ii) cuando la equivalencia del contrato se rompe por causas no imputables al contratista, las partes deberán adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, conforme lo previsto la Ley 80 de 1993 y iii) el gravamen impuesto con posterioridad a la celebración del contrato principal constituyó un hecho imprevisible, con relación a la propuesta y su ejecución.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquía resolvió negar las pretensiones –folio 172 del cuaderno principal-, fundado en que la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de obra pública n.º 0866 de 30 de diciembre de 1988 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”*, en el sentido de imponerles el pago a favor de la respectiva entidad territorial de una contribución equivalente al cinco (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición; ii) el gravamen estuvo dirigido a un específico sector de la economía, esto es a los contratistas de obras públicas relacionados con la construcción y mantenimiento de vías; iii) aunque el gravamen no existía al momento de suscribir el contrato n.º 0866, se encontraba vigente al tiempo de la celebración de los contratos adicionales, tanto que, a partir de la adición n.º 548 de 1994, las partes convinieron *“al presente contrato le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993”*, de manera que no se trata de una carga imprevisible, en tanto el contratista conocía de la existencia de la norma tributaria y iv) el contratista debió acreditar que la partida de gastos correspondiente a imprevistos fue insuficiente para cubrir el gravamen y por esa vía demostrar que no recibió la utilidad esperada.

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 342 del cuaderno principal-. Para el efecto sostiene i) que los contratos adicionales en valor se suscribieron a los mismos precios acordados en el principal, por lo que resultó afectada la ecuación contractual; ii) el INVIAS resolvió cumplir la norma tributaria y deducir el 5% del valor de los adicionales, para hacer efectivo el gravamen y así mismo dar lugar a que el contratista viera reducida la utilidad esperada en el mismo porcentaje; iii) los convenios afectados con el gravamen no se suscribieron con miras a “adicionar” el principal sino para corregir las mayores cantidades de obra surgidas por una deficiente estimación de las mismas, en tanto nada nuevo agregaron; iv) los contratos adicionales no podían incorporar nuevos precios unitarios sin desconocer el acuerdo inicial, incluido el valor del gravamen u otros factores diferentes a los inicialmente pactados y v) la imprevisión no se

predica de la creación posterior del tributo, sino del hecho de haber tenido que pagarlo, liquidado sobre contratos adicionales, en los que los precios unitarios convenidos inicialmente no sufrieron variación.

Por último, puso de presente que no hay razón para negar las súplicas de la demanda fundado en que el demandante debió acreditar que la partida de imprevistos resultaba insuficiente para pagar el gravamen y reconocer la utilidad, porque bajo esa premisa le correspondía al tribunal decretar las pruebas necesarias para encontrar probados ambos supuestos.

1.6.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A manera de alegatos de conclusión la actora solicitó tener en cuenta los argumentos planteados en la sustentación del recurso –folio 353 del cuaderno principal-.

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 Antioquía, pues el monto de la pretensión mayor -\$ 76'997.613,54-, en los términos de la demanda, supera el entonces establecido, para que las sentencias de primer grado, proferidas en acciones contractuales, sean conocidas en alzada por esta Corporación².

2.2.- PROBLEMA JURÍDICO

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 realizada por ella misma para hacer efectivo el impuesto de guerra en el marco de la ejecución del contrato de obra pública n.º 0866 de 1988, suscrito entre el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías-INVIAS³

² Efectivamente, el 5 de agosto de 1996 los tribunales conocían en primera instancia de los asuntos contractuales cuya cuantía superara la suma de \$ 13.460.000,00 m/cte.

³ 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

y la sociedad ARINCO S.A., para la construcción y pavimentación del sector La Frontera–Sonsón de la carretera la Unión–Sonsón.

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 0866 de 30 de diciembre de 1988, la sociedad ARINCO S.A. y el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías suscribieron el contrato de obra pública para la construcción y pavimentación del sector la FRONTERA-SONSÓN de la carretera LA UNIÓN SONSÓN por el sistema de precios unitarios, por la suma de \$ 925.084.221,30 –folio 18 del cuaderno de pruebas-. Se destaca:

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

CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: *EL FONDO VIAL pagará al CONTRATISTA por la ejecución de obras objeto de este contrato la suma de NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIUN PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$ 925.084.221,30) 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 del presente contrato.*

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.- *El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la “Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la propuesta”, una vez corregidos los errores aritméticos. El valor básico del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra, de acuerdo con el Parágrafo. Ajustes, de esta misma Cláusula. (...) PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES. El valor del acta por*

jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio del Transporte.

obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra con la siguiente fórmula: $P1 = Po \times I/Io$. En el cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados: $P1$ = Valor ajustado del acta para cada grupo de obra. Po = Valor básico del acta para cada grupo de obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignada en la "lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta- I = Valor del índice de costos de construcción de carreteras para el correspondiente grupo de obra (...)"

2.4.2. El 12 de octubre de 1993, previa aceptación de la entidad contratante, la sociedad ARINCO S.A. cedió a la sociedad demandante VÍA Y CONSTRUCCIONES S.A. –VICÓN S.A. el contrato al que se hace referencia. Así –folio 24 del cuaderno principal-:

Contrato n.º 0866

Año–1988

Fecha–Octubre 12 de 1993

FONDO VÍAL NACIONAL

Cedente: ARINCO S.A. (MAURICIO NIETO R.)

Cesionario: VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.–VICON S.A.–(ALFONSO B.)

Para la pavimentación del sector la FRONTERA–SONSÓN de la carretera LA UNIÓN–SONSÓN.

Primera: Que EL FONDO VIAL NACIONAL y la Sociedad ARINCO S.A., celebraron el contrato principal número 866 de 1988 y adicionales números 104 de 1992; 228 y 485 de 1993, para la pavimentación del sector La Frontera–Sonsón de la carretera La Unión–Sonsón.

Segunda: Que el CEDENTE mediante oficio del 9 de septiembre de 1993, manifiesta su intención de ceder el contrato principal número 866 de 1988 y sus adicionales, a favor de la sociedad VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. VICON S.A.

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CEDENTE cede a favor del CESIONARIO de acuerdo con sus estipulaciones propias, la totalidad de los derechos y obligaciones que le corresponden en el contrato principal número 866 de 1988 y sus adicionales, celebrados con EL FONDO VIAL NACIONAL.

(...)

CLÁUSULA QUINTA: AUTORIZACIÓN.- El presente contrato de cesión lo suscribe el señor Ministro de obras Públicas y Transporte JORGE BENDECK OLIVELLA (...), actuando en nombre y representación del FONDO VIAL NACIONAL, quien de esta manera autoriza la cesión del mismo.

2.4.3. La cesionaria y la entidad contratante convinieron contratos adicionales, unos para prorrogar el plazo y otros para incrementar el valor. Lo primero, el 13 de diciembre de 1993, el 13 de diciembre de 1994 y el 27 de julio de 1995, que prorrogaron el plazo hasta el 30 de marzo de 1996, en los términos de los contratos n.º (s) 1044, 762 y 874 -folios 26, 29 y 31 del cuaderno principal- y lo

segundo el 5 de septiembre de 1994; el 27 de julio, 20 de noviembre y 29 de diciembre de 1995, así:

2.4.3.1. Mediante contrato adicional n.º 5 que corresponde al 548 las partes convinieron -se destaca- (folio 27 del cuaderno principal):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 31 de enero de 1995 y adicionar su valor en la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$ 49.652.433) MONEDA CORRIENTE, para un total de NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON 30/100 (\$ 974.736.654,30). PARÁGRAFO: Para efectos de la aplicación de la Ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios la utilidad del contratista es del 3 %.*
CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL (...) **PARÁGRAFO SEGUNDO:** *Al presente contrato le es aplicable la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 30 de diciembre de 1993.*

CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.- *Forma parte del presente contrato, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por el Gerente de Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del 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.*

2.4.3.2. Mediante contrato adicional n.º 7, correspondiente al n.º 717, las partes convinieron en “*aclarar los valores consignados en la cláusula primera*”, es decir adicionar el valor -se destaca- (folio 30 del cuaderno principal):

*“Hemos convenido aclarar los valores consignados en la cláusula primera del contrato número 717 de 1995 adicional número siete (7) al contrato principal número 866 de 1998, la cual para todos sus efectos quedará así: **CLÁUSULA PRIMERA. Adicionar su valor en la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS TRES PESOS (\$ 39.832.703,00 moneda corriente. (...)**”*

2.4.3.3. Conforme al contrato adicional n.º 9, que corresponde al 866-09-88, el valor se incrementó en la suma de \$ 103.637.279,00 m/cte. -se destaca- (folio 33 del cuaderno principal):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Adicionar su valor en la suma de CIENTO TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS*

SETENTA PESOS (\$ 103.637.279,00) MONEDA CORRIENTE. PARÁGRAFO: Para efectos de la ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios la utilidad del contratista es del tres por ciento (3 %) y el AIU es del veinte por ciento (20 %) (...) **CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- (...)** **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 1993 (...) **CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.-** Forma parte del presente contrato, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por el Gerente de Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del 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

2.4.3.4. Mediante contrato adicional n.º 10 que corresponde al número 866-10-88, las partes convinieron adicionar nuevamente el valor en la suma de \$ 413.552.566,00 (folio 34 del cuaderno principal):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Adicionar su valor en la suma de CUATROCIENTOS TRECE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS \$ 413.552.566,00) MONEDA CORRIENTE (...). **PARÁGRAFO:** Para efectos de la Ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios la utilidad del contratista es del tres por ciento (3 %) y el AIU es del veinte por ciento (20%) **CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- (...)** **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 1993 (...) **CLÁUSULA QUINTA: ANEXO.-** Forma parte del presente contrato, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por el Gerente de Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del 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. Por último, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 11 correspondiente al 866-11-88, mediante el cual convinieron en prorrogar el plazo hasta el 30 de agosto de 1996 y adicionar el valor en la suma de \$ 184.262.948,00 -folio 35 del cuaderno principal-. En estos términos:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 30 de agosto de 1996 y adicionar su valor en la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$ 184.262.948,00) MONEDA CORRIENTE (...). **PARÁGRAFO:** Para efectos de la Ley 6ª de 1992 y sus decretos reglamentarios la utilidad del contratista es del tres por ciento (3 %) y el AIU es del veinte por ciento (20%). **CLÁUSULA SEGUNDA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.-** El INSTITUTO se obliga a...**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 1993 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 Gerente de Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del 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.

2.4.4.6. Acorde con los comprobantes de pago, correspondientes a los convenios adicionales –folio 37 a 46 del cuaderno principal- relativos a los contratos n.º 104/92; 228/93; 485/93; 823/93; 1044/93; 548/94; 762/94; 717/95;– 874/95; 866-09-88/95 y 866-10-88/95, la entidad demandada efectuó deducciones por concepto de la contribución especial establecida en la Ley 104 de 1993, así:

<u>COMPROBANTE No.</u>	<u>FECHA</u>	<u>VALOR</u>	<u>Desc. Ley 104</u>
004515 \$1'400.595,27	18 – 10 – 1995		\$75'710.971,99
004517 \$11'579.964,08	18 – 10 – 1995		\$204'900.661,72
004939 \$2'365.898,37	10 – 11 – 1995		\$47'483.580,46
005765 \$17'947.709,69	11 – 12 – 1995		\$360'210.533,87
000065 \$3'780.624,61	12 – 01 – 1996		\$75'877.136,16
000521 \$11'986.890,66	14 – 02 – 1996		\$240'576.895,14
001088 \$10'928.372,31	13 – 03 – 1996		\$219'332.432,16
001089 \$29.672,13	17 – 04 – 1996		\$595.519,44
001090 \$105.841,69	13 – 03 – 1996		\$2'124.242,74
001513 \$16'872.046,73	12 – 04 – 1996		\$338'621.977,52

=====

TOTAL**\$76.997.615.54**

Además, el Jefe de División de Tesorería del Instituto Nacional de Vías certificó, el 29 de noviembre de 1998 –folio 202 del cuaderno principal-, sobre los descuentos realizados a los contratos adicionales suscritos entre la firma VICÓN S.A y el Instituto Nacional de Vías, por concepto de la contribución especial establecida en la Ley 104 de 1993, así–folio 205 del cuaderno principal-:

COMPROBANTE NÚMERO	FECHA PRESENTACIÓN	VALOR CUENTA	VALOR LEY 104
4515 – 0	18/10/1995	75'612.929,99	1'400.595,27
4517 – 0	18/10/1995	204'090.064,72	11'579.964,08
4939 – 0	29/11/1995	47'317.967,46	2'365.898,37
5765 – 0	11/12/1995	358'954.193,87	17'947.709,69
65 – 0	12/01/1996	75'612.492,16	3'780.624,61
521 – 0	14/02/1996	239'737.813,14	11'986.890,66
1088 – 0	13/03/1996	218'567.446,16	10'928.372,31
1090 – 0	13/03/1996	2'116.833,74	105.841,69
1513 – 0	12/04/1996	336'840.934,52	16'872.046,73
1089 – 1	17/04/1996	593.442,44	29.672,13
2444 – 0	04/06/1996	32'415.798,63	1'620.789,93
2445 – 0	04/06/1996	100'904.765,33	5'045.238,27
2682 – 0	14/06/1996	145'968.252,35	7'298.412,62
3219 – 0	15/07/1996	189'974.387,13	9'298.719,36
4321 – 0	16/09/1996	260'753.388,23	13'037.669,41
3791 – 1	26/09/1996	12'440.632,56	622.031,63
3792 – 1	26/09/1996	82'637.960,68	4'131.898,03
3792 – 2	26/09/1996	123'958.941,01	6'197.847,05
3791 – 2	27/09/1996	18'660.948,83	933.047,44
4788 – 1	30/10/1996		10'347.343,98

		206'946.879,68	
5227 – 0	30/10/1996	400'797.646,14	20'039.882,31
5619 – 0	22/11/1996	7'935.324,54	396.766,23
5855 – 0	04/12/1996	303'016.550,14	10'150.827,51
339 – 0	21/01/1997	261'773.154,73	13'088.657,74
1213 – 0	21/02/1997	415'084.880,88	20'754.244,04
2202 – 1	07/04/1997	6'566.987,41	328.349,37
2845 – 0	17/04/1997	208'824.154,46	10'441.207,72
3714 – 0	20/05/1997	11'505.983,04	575.299,15
4847 – 0	26/08/1997	12'090.208,54	604.510,43
TOTAL		4.261'698.962,51	212'110.357,76

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 las personas naturales o jurídicas que suscribieran 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 inicialmente prorrogada por el Decreto 1515 de 1995 y, luego por los artículos 123 de la Ley 104 de 31 de diciembre de 1993 y 62 de la Ley 241 de 1995. Última 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”.

La parte actora argumenta que el contrato de obra pública n°. 0866 de 30 de diciembre de 1988 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 no le resulta aplicable lo dispuesto con posterioridad a su celebración. Sostiene que, i) 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, ii) en los contratos adicionales no podía incluir el valor del gravamen a los precios unitarios, sin desconocer el acuerdo inicial, en tanto debía mantener el valor de los precios pactados en el convenio inicial y iii) la imprevisión radica en haber tenido que pagar el impuesto, a pesar de que los precios unitarios no fueron incrementados.

Atendiendo al principio constitucional de legalidad en materia de impuestos, tasas y contribuciones, le corresponde al Congreso de la República establecer los gravámenes y los elementos que los configuran⁴; esto es designar los sujetos activo y pasivo, los hechos, la base y las tarifas, es decir delimitarlos específicamente en sus ámbitos subjetivo, temporal y espacial, sin que en ningún caso puedan afectar periodos fiscales anteriores a la vigencia de la norma que los 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.

Ahora, el llamado impuesto de guerra fue creado por el legislador para gravar un específico sector de la economía, en los términos de las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, las que, además del sujeto pasivo, determinaron el hecho o la actividad generadora, para el efecto los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento de vías y los contratos adicionales, al igual que la cuantía.

Siendo así, es claro que el contrato 0866, celebrado en 1988, entre la sociedad ARINCO S.A. -o VICÓN S.A.- y el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías, para ejecutar obras relativas a la pavimentación del sector La Frontera-Sonsón de la Carretera la Unión Sonsón, no quedó afectado con el gravamen que se establecería posteriormente; empero si los adicionales suscritos en vigencia de las disposiciones que los crearon, a cuyo tenor la sociedad contratista es pasible

⁴ Artículo 150 n.º 12 y 338 de la C.P.

del gravamen, de donde, conocido por la misma, aceptó de antemano la condición del INVIAS de agente retenedor, como efectivamente ocurrió y se observa en la certificación expedida por la División de Tesorería del Instituto.

Lo anterior porque lo descontado permite inferir que los contratos adicionales de obra, suscritos en vigencia de las normas fiscales aludidas, quedaron sujetos al denominado impuesto de guerra, en cuanto ampliaron el plazo y el valor, razón suficiente para que operaran las deducciones, conforme aparece anotado en los comprobantes y en la certificación expedida por la demandada.

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 propios, como sucede con cualquier actividad económica, se explica porque los pudo medir, cuantificar e incluso evitar. De donde se colige que no se encuentra obligado a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, atribuibles al contratante o a factores externos, que le signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad.

De manera que para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio y por ende a cargo del contratista; en cuanto concedor de la empresa que emprende y por ende de los factores internos y externos con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas; de aquellos impredecibles, estos sí a cargo del dueño de la obra.

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, empero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes⁵, aunque relacionados con la ecuación

⁵ 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.

contractual. Circunstancias imprevisibles que, por lo mismo, no pueden entenderse propuestas, como tampoco convenidas.

Siendo así y cuando median el ejercicio de las potestades estatales, la Sala ha puntualizado 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 y por lo mismo imprevisibles, no queda sino imponer el restablecimiento del equilibrio vulnerado.

En armonía con lo expuesto y establecido que el llamado impuesto de guerra no afectó contratos en curso, para el efecto el n.º 0866 de 1988, pero si los adicionales n.º (s) 548 de 1994, 717 de 1995, n.º 9 y 10 de 1995 y 11 de 1996, suscritos con posterioridad a la vigencia de la contribución, procede negar las pretensiones fundadas en la ruptura del equilibrio financiero del contrato. Lo anterior, en cuanto, de haber acontecido, esto es de afectarse la ecuación inicial, ello solo se explicaría por la negligencia o falta de diligencia de la contratista, quien, conociendo del gravamen, no previó que habría de pagarlo, pues solo así se explica la ruptura del equilibrio en el que la sociedad demandante funda sus pretensiones de restablecimiento.

Por otra parte, cabe reiterar que la sola imposición de nuevos tributos no rompe *per se* el equilibrio de las actividades económicas gravadas, sin perjuicio de que cada caso amerita un análisis particular, pues todo gravamen que recaer sobre actividades en ejecución, habrá de afectar el resultado previamente esperado, de ahí la inconstitucionalidad de una eventual retroactividad.

Además, es de anotar que no todos los contratos adicionales quedaron sometidos a la contribución especial. Tres de ellos se limitaron a ampliar el plazo pactado - 1044 de 1994, 762 de 1994 y 874 de 1995-, sin afectar los precios unitarios y en los cinco restantes se adicionó el valor en las sumas de \$ 49.652.433,00; \$ 39.832.703,00; \$ 103.637.279,00; \$ 413.552.566,00 y \$ 184.262.948,00, casos estos en los que el gravamen se conocía cuando las partes convinieron en cada adición, como lo revela lo consignado en los textos suscritos, a cuyo tenor acorde con lo pactado, en cada caso la contribución mereció una consideración particular.

Ahora la certificación allegada a la actuación demuestra que la entidad estatal retuvo el valor correspondiente de los contratos adicionales relacionados en la demanda –no así del contrato principal- y de otros convenios adicionales suscritos con posterioridad a la presentación de la demanda, según dio cuenta el Jefe de la División de Tesorería el 29 de noviembre de 1998. Igualmente se observa que, en cada uno de los contratos adicionales, se pactó una utilidad adicional del 3 %, sin perjuicio de AIU -administración, imprevistos y utilidad- del veinte por ciento (20%) convenido. En ese orden de ideas el desequilibrio no se explica sino por un problema de imprevisión imputable al contratista.

En suma, las partes previeron la aplicación de la Ley 104 de 1993, lo que de suyo comporta el reconocimiento de la contratista de su condición de sujeto pasivo de la contribución e impone concluir que, dada la vigencia del tributo, el mismo no puede ser tildado de 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.

Establecido, entonces, que el equilibrio económico del contrato no fue alterado, por cuanto, al momento de la celebración de los convenios adicionales -se insiste-, el contratista era sujeto pasivo del impuesto y por ende estaba al tanto de la obligación tributaria, es dable concluir que la carga fiscal no fue el resultado de un hecho sobreviniente, ni imprevisible con entidad capaz de romper la ecuación económica. De modo que la sentencia impugnada habrá de confirmarse.

De otro lado, el argumento planteado en la oportunidad para sustentar la alzada, acorde con el cual el pago del gravamen comportaría un hecho imprevisible, dado que los contratos adicionales no podían incorporar factores diferentes a los precios unitarios inicialmente convenidos. Argumento que no es de recibo, pues lo cierto es que, en la cláusula séptima del contrato, las partes convinieron fórmulas de ajuste mensual a los precios unitarios por cada acta de obra ejecutada, conforme a los índices de costos de construcción certificados por el Ministerio del Transporte. En ese orden de ideas, el convenio previó actualización de los precios y la fórmula prevista no impedía considerar la contribución especial como un hecho imprevisible, como parece sugerirlo el 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 Antioquía el 27 de octubre de 2003, 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 ALFONSO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada