Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación:	05001233100020100086201 (58.601)
Demandante:	Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. -A.I.A. S.A.-
Demandado:	Empresa de Desarrollo Urbano -EDU-
Acción:	Controversias contractuales
Asunto:	Sentencia de segunda instancia

Temas*: — CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – principio de la autonomía de la voluntad / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO – alcance e intención de las partes, principio de buena fe / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Elementos / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL LEY 1106 DE 2006.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La controversia gira alrededor del incumplimiento de un contrato de obra por parte de la entidad accionada, por el indebido descuento de unos ítems ejecutados en el curso contractual y por el desequilibrio económico generado con ocasión de la aplicación de la contribución especial de que trata la Ley 1106 de 2006.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión proferida el 30 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

La anterior decisión resolvió la demanda cuyas (i) pretensiones, (ii) hechos principales y, (iii) fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. El 30 de abril de 2010[1], la sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. -A.I.A. S.A.-, presentó demanda contra la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU-, con el fin

[1] Folio 43 del cuaderno 1.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe conforme obra, en atención a la reforma de la demanda realizada en escrito de febrero de 2011):

*"**1.1. PETICIONES PRINCIPALES***

"1.1.1. Que se declare que entre la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO -EDU- existió el contrato de obra pública No. 04 de 2007 celebrado con ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. A.I.A. S.A., el 12 de enero de 2007.

"1.1.2. Que se declare que la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO -EDU- incumplió el contrato No. 04 de 2007 celebrado con ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -AIA- por no haber pagado las cantidades realmente ejecutadas frente a los ítems 2.20, 3.10 y 3.80 lo que genera la responsabilidad prevista en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 surgiendo la obligación de la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO -EDU- de indemnizar a A.I.A. S.A. la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, en los términos del citado artículo 50, en concordancia con el inciso tercero del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

"1.1.3. Adicionalmente, solicitamos que se declare que ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. tenía derecho a incorporar en los precios de las obras extras pactadas en los contratos adicionales No. 2 y 4 y a revisar los precios de las obras adicionales objeto de los citados contratos adicionales, para efectos de incorporar en dichos precios las consecuencias económicas del artículo 6 de la ley 1106 de 2006 (impuesto de guerra para todos los contratos de obra pública), la cual entró en vigencia con posterioridad a la presentación de la propuesta.

"1.1.4. Que se declare que la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO incumplió el contrato No. 04 de 2007 celebrado con ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -AIA- al abstenerse de garantizar el derecho que tiene el contratista a que durante la vigencia del contrato no se altere el valor intrínseco de la remuneración tal como lo establece el numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 y al haber incumplido el deber de corregir el desajuste que se presentó como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 1106 de 2006 violando el deber contenido en el numeral 9 del artículo 4 de la ley 80 de 1993.

*"**1.2. PETICIONES SUBSIDIARIAS***

"1.2.1. En subsidio de las peticiones 1.1.3. y 1.1.4., se declarará la nulidad absoluta de la cláusula primera del contrato adicional No. 2 que fijó al valor de la adición en la suma de $1.037.752.668 y de la cláusula primera del contrato adicional No. 4 que fijó el valor de la adición en la suma de $465.719.102 celebrados entre AIA y la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO en desarrollo del contrato de obra pública 004 de 2007, en lo que respecta con la fijación del valor del contrato adicional, por estar viciada de objeto y causa ilícita al contrariar el principio de conmutatividad y de reciprocidad de las pretensiones al no haberse incorporado en los precios de la obras a ejecutar en desarrollo de las adiciones acordadas el efecto de la contribución especial pactada.

"1.2.2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta se ordenará que el valor real de las adiciones 2 y 4 al contrato, que suman $1.503.471.770, deben incrementarse en una suma equivalente a $77.169.496 (que es el equivalente al valor de la contribución de la ley 1106 de 2996 (sic) pagada en virtud de las mismas) para garantizar de esta manera el principio de conmutatividad y reciprocidad de las prestaciones recíprocas y se ordenará el

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

pago de la diferencia dejada de reconocer según lo solicitado en la pretensión 1.2.1.

*"**1.3. PETICIONES CONSECUENCIALES***

"1.3.1. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO -EDU-, a indemnizar a ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. la totalidad de los perjuicios sufridos por el contratista a título de daño emergente y lucro cesante los cuales estimamos en la suma de $409.154.719 (a precios de noviembre de 2009), de acuerdo con el cálculo que se hace en el capítulo correspondiente a la estimación razonada de la cuantía o en la suma que resulte probada en el proceso y en todo caso por las reales cantidades de obra dejadas de pagar que se demuestre en el proceso, así sea mayor que las cantidades estimadas en esta demanda, los cuales se derivaron de la ejecución del contrato de obra No. 04 de 2007 celebrado entre las partes, perjuicios que se discriminan en la siguiente manera:

"1.3.1.1. Valor dejado de pagar por concepto del ítem 2.2. (descapote): $86.140.476,30.

"1.3.1.2. Valor dejado de pagar por concepto del ítem 3.10 (excavaciones; $103.729.515 por costos directos más el AIU correspondiente, lo que arroja un total de $129'661.894.

"1.3.1.3. Valor dejado de pagar por concepto del ítem 3.80 (cargue, transporte y botada de material sobrante): $125.057.716,16 por costos directos más el AIU correspondiente, lo que arroja un total de $156.332.145,21.

"1.3.1.4. Valor dejado de incorporar en los precios de obras adicionales, obras extras y en los correspondientes reajustes previstos en los contratos adicionales 2 y 4 por efecto de la aplicación del artículo 6 de la ley 1106 de 2006: $77.169.496.

"1.3.2. Que los valores anteriores sean actualizados teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor ocurrida entre el mes de noviembre de 2006 y al momento de la expedición del fallo, teniendo en cuenta que los precios de los diferentes ítems contractuales corresponden a valores del mes de noviembre de 2006.

"1.3.3. Que para compensar el lucro cesante sufrido por AIA por no haberse recibido oportunamente la remuneración por las actividades ejecutadas o al menor valor recibido por no haberse incorporado en algunos precios el efecto de la ley 1106 de 2006, se condene a la EDU a pagar a ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. una indemnización equivalente a la tasa de interés moratorio comercial previsto en el artículo 884 del Código de Comercio o subsidiariamente a esta tasa, al equivalente al interés bancario corriente comercial causado entre los siguientes momentos:

"1.3.4. Para las actividades dejadas de pagar, ítems 2.20, 3.10 y 3.80, se reconocerán intereses desde el mes de septiembre de 2007 hasta el momento del fallo. El mes de septiembre de 2007 corresponde al mes en el cual la interventoría efectuó el descuento de las actividades previstas en los ítems 2.20, 3.10 y 3.80 y/o debió haber reconocido la mayor cantidad de obra ejecutada por dichos ítems.

"1.3.5. Para el reconocimiento del lucro cesante por el perjuicio sufrido por el menor valor recibido en virtud de la aplicación de la ley 1106 de 2006, se reconocerán intereses desde el mes de octubre de 2007 hasta el momento del

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

fallo. El mes de octubre de 2007 es el mes en el cual se elaboró la última acta de obra -acta No. 8- y se produjo el último descuento por concepto del impuesto de guerra.

"1.3.6. Que se liquide judicialmente el contrato No. 04 de 2007 celebrado entre la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO y ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -A.I.A. S.A.-, definiendo que el saldo existente a favor del contratista es el equivalente a la condena que se produzca en contra de la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO.

"1.3.7. Que la condena se produzca en el equivalente a salarios mínimos legales mensuales, teniendo en cuenta el salario mínimo vigente para el año 2010 (época de la presentación de la propuesta), para garantizar que la condena conserve el poder adquisitivo entre el momento en que se expida el fallo de primera instancia y el momento en el que se produzca la ejecutoria de la sentencia, en caso de una eventual apelación del fallo adverso a la entidad demandada.

"1.3.8. En subsidio de la anterior pretensión, solicito que en la sentencia condenatoria se diga con claridad que las sumas a las que sea condenada la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU-, deben ser actualizadas entre el momento de expedición del fallo de primera instancia y el momento en que quede en firme el fallo de segunda instancia teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, suma que será la base para el cálculo de los intereses moratorios.

"1.3.9. Que se condene en costas a la Empresa de Desarrollo Urbano – EDU.

"1.3.10. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo"[2].

Hechos relevantes

3. Entre el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín -INDER- y la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU- fue suscrito el convenio interadministrativo C-01954 de 2006, para la ejecución de la primera fase del "*Parque La Paz*". En virtud de tal acuerdo, la EDU abrió la licitación pública 94 de 2006 dentro de la cual fue escogida la propuesta de la sociedad AIA S.A., y se procedió a la suscripción del respectivo contrato el 12 de enero de 2007.

4. El objeto del negocio jurídico consistió en la construcción de la primera fase del Parque La Paz y sus obras complementarias, a través del sistema de precios unitarios, por un valor inicial de $3.006'943.554, un plazo de 150 días calendario, el cual fue objeto de 4 modificaciones contractuales, dos de ellas prorrogando el plazo y dos adicionando recursos por el 50% del valor inicial.

5. Señaló que durante la ejecución de la obra se presentaron inconvenientes por el movimiento de tierra, específicamente, frente a los ítems 2.20 (descapote), 3.10 (excavaciones) y 3.80 (botada de material sobrante), dado que hasta el acta 6 se reconocieron las cantidades de obra ejecutada, pero en el acta 7 la Interventoría

[2] Folios 53 a 56 del cuaderno 1.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

decidió, sin justificación técnica, descontar algunas cantidades relativas a los referidos ítems.

6. Sostuvo que, pese a que no le era aplicable el gravamen establecido en la Ley 1106 de 2006, la EDU le descontó tal contribución en las adiciones 2 y 4 del contrato de obra 4 de 2007, pactos modificatorios en los cuales la sociedad contratista manifestó que no renunciaba a reclamar dicho tributo del 5% del valor de tales incrementos. "*El valor retenido por concepto del impuesto previsto en el artículo 6 de la ley 1106 de 2006 (impuesto de guerra) asciende a la suma de $234'869.939, de los cuales fueron reintegrados por la EDU $157'754.445 … generándose entonces un mayor valor pagado por el contratista por concepto del impuesto de guerra por valor de $77'169.496*"[3].

Fundamentos de derecho

7. Afirmó que la entidad accionada desconoció los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 5 y 50 de la Ley 80 de 1993, al abstenerse de pagar, sin justificación, la totalidad de las obras ejecutadas, descontando arbitrariamente las actividades previamente reconocidas y al omitir adoptar las medidas que corrigieran el desajuste originado por la aplicación de la Ley 1106 de 2006, circunstancias que rompieron la ecuación contractual prevista al momento de celebrar el negocio jurídico.

8. Frente a las pretensiones subsidiarias, añadió que se incurrió en una nulidad parcial por objeto y causa ilícita respecto de los contratos adicionales 2 y 4, al no haberse garantizado los principios de conmutatividad y reciprocidad de las prestaciones. Resaltó que la posición asumida por el EDU de negarse a fijar nuevas condiciones contractuales que tuvieran en cuenta el valor de la contribución de la Ley 1106 de 2006, alteró la economía del contrato y produjo "*la nulidad absoluta de los precios pactados en los contratos adicionales 2 y 4*"[4].

Contestación de la demanda[5]

9. La EDU contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones[6]. Para el efecto, afirmó que las actas de obra tenían el carácter de provisional en lo que se refiere a las cantidades y calidad de obra y que el interventor podía, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a las actas aprobadas por él, escenario que aconteció en relación con el acta 7, donde la interventoría demostró técnicamente que existía un desfase en lo parcialmente pagado, dado que la información del contratista era totalmente contradictoria.

---

[3] Folio 32 del cuaderno 1.
[4] Folio 61 del cuaderno 1.
[5] En proveído del 25 de mayo de 2010, el *a quo* admitió la demanda y ordenó su notificación a la entidad accionada y al Ministerio Público -folio 45 del cuaderno 1-. Posteriormente, en auto del 16 de marzo de 2011, el Tribunal admitió la adición de la demanda realizada por la actora -folio 391 del cuaderno 1-.
[6] Folios 166 a 171 del cuaderno 1.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

10. Precisó que para la empresa y la interventoría era claro que, si bien existían áreas de espesores de material orgánico mayor a 0.3 mtrs, la actividad de retiro a partir de esa profundidad se realizó simultáneamente con la excavación, utilizando el mismo equipo, razón por la cual los volúmenes de material que sobrepasen la aludida medida eran considerados dentro del cálculo de excavaciones proyectadas y no como actividad de descapote.

11. Aseveró, respecto del movimiento de tierra y el volumen de las excavaciones, que no es procedente la reclamación del contratista desde el punto de vista técnico, ya que se presentaron grandes inconsistencias en la información presentada, que muestra que la línea original del terreno con depresiones y elevaciones no corresponde a la realidad inicial del lote, por lo que los datos suministrados por el contratista no otorgaban confiabilidad sobre el movimiento de tierras ejecutado.

12. A su vez, formuló las excepciones de: (i) *inexistencia de responsabilidad por parte del EDU*, dado que actuó como mandataria de INDER y en cumplimiento de las previsiones legales correspondientes; (ii) *enriquecimiento sin causa*, pues no existe justificación del pago de la reclamación que pretende la sociedad demandante; (iii) *detrimento del patrimonio público*, en la medida que las sumas pedidas a título de indemnización carecen de justificación; (iv) *compensación*, en caso de que se acceda a alguno de los pedimentos, en aras de que se aplique "*la compensación de lo debido, con aquellos dineros entregados por la EDU al contratista a título de IMPREVISTOS, dineros que no tienen propósito diferente al de amparar contingencias eventuales que puedan sobrevenir durante la ejecución del contrato*"[7]; y (v) la *genérica*.

Llamamiento en garantía

13. La EDU llamó en garantía al señor Luis Alberto de los Ríos Pineda, en razón del contrato de consultoría 21 de 2007 celebrado entre éste y la entidad accionada, y al INDER, como consecuencia del convenio interadministrativo C-01954-06, petición admitida por el *a quo* mediante proveído del 9 de agosto de 2011[8].

14. En su pronunciamiento, el INDER propuso las siguientes excepciones: (i) *falta de legitimación en la causa de la demandante*, toda vez que el pago requerido por la actora no se acompasa a las condiciones determinadas en el pliego de condiciones y el contrato y, además, sí aplicaba la Ley 1106 de 2006 respecto de las adiciones del precio; (ii) *falta de causa para pedir*, pues los reportes de la EDU muestran que la obra se ciñó a lo planeado; (iii) *ausencia de fundamento jurídico de las pretensiones*, ante la ausencia de mayores ítems de obra ejecutados y plena aplicación de la contribución especial de que trata la Ley 1106 de 2006; (iv) *abuso del derecho*; e (v) *inexistencia de fundamento del llamamiento*, comoquiera que el INDER no participó en la determinación del conflicto relativo a los ítems de descapote, excavación y botada de material sobrante.

[7] Folio 377 del cuaderno 1.
[8] Folio 399 del cuaderno principal.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Alegatos en primera instancia

15. Surtido el debate probatorio[9], en auto del 17 de septiembre de 2015[10], el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto. En esta oportunidad, la parte demandada reiteró sus argumentos de defensa y resaltó que el dictamen pericial no contó con la información requerida sobre el levantamiento topográfico; que no existe prueba de que el material proveniente del descapote se hubiere pretendido utilizar posteriormente en la obra; y que los descuentos realizados en el acta 7 corresponden a la verificación de las cantidades ejecutadas y realmente soportadas.

16. La parte demandante subrayó *(i)* que se probó la ruptura del equilibrio económico del contrato, en la medida que no era previsible el establecimiento de un tributo con posterioridad a la presentación de la oferta y que, además, la contratante no adoptó las medidas para establecer la ecuación financiera, como sí lo hizo en otros negocios jurídicos; y *(ii)* que lo que se reclama en el proceso son las cantidades realmente ejecutadas relativas al movimiento de tierras y que la defensa de la accionada se sustenta en un documento que no obra en el expediente, a saber, el plano elaborado por la Secretaría de Obras Públicas de Medellín en 2007 y que ni la interventoría ni la EDU presentaron una medición confiable y oportuna que contradiga la realizada por la comisión de topografía contratada por AIA. S.A. desde el inicio de la obra.

17. El INDER insistió en las manifestaciones que realizó al pronunciarse sobre el llamamiento en garantía; y el Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

18. El Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia[11], en el sentido de negar las súplicas de la demanda. Para el efecto, adujo que durante el desarrollo del contrato e incluso al suscribir las adiciones al mismo, la demandante guardó silencio sobre los supuestos que, afirmó, rompieron la ecuación económica del mismo, esto es, la falta de pago o descuento en el acta 7 de los ítems 2.20 (descapote), 3.80 (botada de material) y 3.10 (excavaciones); además, aseveró que entre septiembre y diciembre de 2007 la contratista no reclamó los descuentos ni la forma como se realizaron los cálculos y sólo manifestó salvedad o inconformidad respecto del gravamen del 5% de que trata la Ley 1106 de 2006.

19. Por lo anterior, y en atención del principio de buena fe, coligió que el contratista no puede guardar silencio durante la ejecución contractual y luego pretender un

[9] En auto del 6 de junio de 2014 se abrió a pruebas el proceso –folios 882 a 884 del cuaderno 1-, providencia en la cual: *(i)* se tuvo como tales los documentos aportados por las partes –folios 69 a 352 del cuaderno 1, cuaderno 5-; *(ii)* se exhortó a la EDU y al municipio de Medellín para que aportaran: a) los antecedentes del contrato de obra 4 de 2007, el aludido negocio jurídico, sus adiciones, actas de obra y actas de inicio y finalización de actividades –cuadernos 2 y 5-, b) copia auténtica de la Circular 002 de marzo de 2007, emanada por el Comité de Contratación del municipio de Medellín; *(iii)* la recepción de varios testimonios -folios 904 a 916, 930 a 941, 959 a 976 del cuaderno 1-; *(iv)* se decretó un dictamen pericial rendido por un ingeniero civil –folios 983 a 1018, 1037 a 1042 del cuaderno 1-.
[10] Folio 1070 del cuaderno 1.
[11] Folios 1146 a 1160 del cuaderno principal.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

desequilibrio en la liquidación del mismo, pues tal omisión, previo a la suscripción de los diversos documentos contractuales (otrosíes, adiciones, prórrogas), tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes.

20. Asimismo, estudió el desequilibrio contractual referido a la aplicación de la contribución del 5% creada en la Ley 1106 de 2006, para concluir que como las ofertas del proceso de selección se presentaron antes del 22 de diciembre de 2006, el aludido gravamen no le era aplicable al contrato.

Pese a lo anterior, aseveró que, en todo caso, se presentó un desequilibrio económico del contrato, con fundamento en la teoría de la imprevisión, ante la expedición de una norma "*razonablemente imprevista*" para las partes del contrato; sin embargo, indicó que no procedía su restablecimiento dado que no se probó que se tratara de una afectación significativa y extraordinaria que rompiera la equivalencia ente derechos y obligaciones convenida en el contrato, por cuanto el valor del 5% descontado en las adiciones 2 y 4 está cubierto por el factor de "*imprevistos*", incluido en el AIU, el cual fue pactado en un 2% del precio de contrato y en consideración a que las adiciones correspondieron al 50% del valor inicial; así que "*en realidad no se afectó la ecuación de forma real, grave y significativa*"[12].

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

21. La parte actora presentó recurso de alzada y adujo que la ley no le impone a los contratistas la obligación de dejar salvedades al momento de firmar los acuerdos modificatorios del contrato, pues ese es un requisito de creación jurisprudencial; por el contrario, la liquidación es la oportunidad adecuada para formular las reclamaciones pertinentes, puesto que contiene el balance final del negocio y allí las partes pueden realizar los acuerdos, transacciones o conciliaciones que les permitan poner fin a las divergencias planteadas o formular las reclamaciones o salvedades correspondientes.

22. Indicó que el Tribunal de origen sustentó su providencia en una única decisión jurisprudencial, sin realizar la valoración del material probatorio que obra en el proceso, el cual acredita que a la firma del acta 7 (septiembre de 2007) ya se habían celebrado las adiciones 1 y 2 al negocio jurídico, que con la ampliación del plazo por medio de la adición 3 *"ni siquiera había comenzado el trámite del Acta No. 7"*[13] y que la adición 4 no tuvo relación alguna con las cantidades de obra referidas con las excavaciones.

23. A su vez, sostuvo que el *a quo* confundió la naturaleza de los imprevistos contractuales con las circunstancias imprevistas que se analizan bajo la teoría de la imprevisión. En particular, señaló que el tributo de guerra previsto por la Ley 1106 es una situación extraordinaria y ajena a las partes que afectó el equilibrio del negocio

[12] Folio 1160 del cuaderno principal.
[13] Folio 1165 del cuaderno principal.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

jurídico, cuyo reconocimiento corresponde a la entidad contratante y que no se puede tratar como evento que forma parte del riesgo que asumió el contratista de forma anticipada, a través del componente "I" en el AIU.

En esta misma línea, añadió:

> *"Ahora, si admitiéramos en gracia de discusión que la 'I' del AIU puede ser utilizada para compensar los riesgos del ESTADO (consideración que es equivocada dado que este rubro está destinado para cubrir los riesgos asignados al contratista), ¿cuál es el cálculo económico realizado por el Tribunal para concluir que el 2% pagado por concepto de imprevistos no había quedado agotado de otra manera*?"[14].

Trámite de segunda instancia

24. El 25 de abril de 2016, el Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación[15] y esta Corporación, en proveído del 25 de abril de 2017, lo admitió[16]. Luego, el 18 de junio de ese año, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto[17], oportunidad en la que la parte demandante insistió en los argumentos que fundamentaron su alzada[18].

25. La EDU manifestó que las actas de obra tenían el carácter de provisional, razón por la cual el interventor podía hacer correcciones o modificaciones a éstas y que el descuento realizado en el acta de septiembre de 2007 obedeció a una diferencia encontrada por el interventor entre la obra pagada y la realmente ejecutada. Asimismo, señaló que en ninguna de las adiciones contractuales el contratista indicó salvedad o anotación frente al desequilibrio en relación con los ítems 2.20, 3.10 y 3.80.

26. Resaltó que la contribución especial de la Ley 1106 de 2006 también contempla las adiciones contractuales como hecho generador del aludido tributo, de modo que debía aplicarse respecto de las adiciones 2, del 28 de septiembre de 2007, y 4, del 30 de octubre de 2007, sin generar un rompimiento del equilibrio económico del contrato, porque: (i) al momento de la suscripción de los contratos adicionales se debió considerar la existencia de la contribución especial, (ii) no se probó que dicho tributo hubiere sido imprevisible, intempestivo o extraordinario, (iii) el AIU contenía una partida de imprevistos y no se probó que dicho ítem fuere insuficiente para mantener el equilibrio económico del contrato.

El Ministerio Público guardó silencio.

27. La magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, mediante escrito del 30 de abril de 2019, manifestó su impedimento para asumir el conocimiento del asunto, con fundamento en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de

[14] Folio 1179 del cuaderno principal.
[15] Folio 1182 del cuaderno principal.
[16] Folio 1215 del cuaderno principal.
[17] Folio 1217 del cuaderno principal.
[18] Folios 1218 a 1236 del cuaderno principal.

Procedimiento Civil; y, en proveído del 19 de septiembre de 2019, se declaró fundado tal impedimento.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

28. La inconformidad de la parte actora se centró en tres aspectos principales: a) que la ley no le impone a los contratistas la obligación de dejar salvedades al momento de firmar los acuerdos modificatorios del contrato, y la liquidación es la oportunidad adecuada para formular las reclamaciones pertinentes; b) a través de los acuerdos modificatorios no se podían plasmar las divergencias o inconformidades advertidas, puesto que, unos fueron suscritos con antelación al acta 7 y los otros versaron sobre aspectos distintos a las cantidades de obra referidas al movimiento de tierra; y, c) el tributo contemplado en la Ley 1106 de 2006 fue un imprevisto que afectó el equilibrio del negocio jurídico y no se puede tratar como un evento que forma parte del riesgo que asumió el contratista de forma anticipada, a través del componente "I" en el AIU, por cuanto se trata de una situación externa, extraordinaria y ajena a las partes.

Conforme al contexto de la apelación, la Sala pasa a pronunciarse acerca de *(i)* las reclamaciones económicas y los acuerdos modificatorios del contrato; *(ii)* las generalidades del contrato que originó el *sub lite;* y, *(iii)* los supuestos específicos alegados por la demandante como desencadenantes del incumplimiento y del rompimiento de la ecuación económica del negocio jurídico.

- ***Las reclamaciones económicas frente a la obligatoriedad de las convenciones modificatorias del contrato y al principio de buena fe***

29. El principio de normatividad (Código Civil, artículo 1602) y el deber de las partes de actuar de buena fe (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículo 871) se aplica a los contratos de las entidades estatales, estén o no sometidos a la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en esos postulados, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que son improcedentes las reclamaciones que se fundan en acuerdos contractuales sobre la modificación del plazo o adiciones al precio si, al tiempo de suscribirlos, el contratista no manifestó salvedades para conservar su derecho a pedir el pago de los costos y gastos que la ampliación o suspensión puede significar.

30. Sin perjuicio de lo anterior, esta Subsección ha afirmado que "*no se acepta incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad, sino que en cada caso se parte del análisis del contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes*"[19]. Así mismo, ha destacado que "*la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una*

[19] Al respecto, veánse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencias (i) del 8 de noviembre de 2016, radicación 17001233100020080013801 (47336), (ii) del 6 de febrero de 2020, radicación 25000-23-26-000-2012-00225-01(63123), (iii) del 6 de febrero de 2020; radicación 25000-23-26-000-2002-01599-01 (38603) y (iv) del 8 de mayo de 2020, radicación 66001-23-31-000-2011-00255-01(64701).

de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, [pero] *la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes*"[20].

31. En esta línea, se ha sostenido que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 –que establece que las partes pueden suscribir los acuerdos o pactos necesarios para adoptar en el menor tiempo posible las medidas tendientes a conservar la igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar- de ninguna manera fijó un "*requisito de procedibilidad previo*" [21] , según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, pueda entenderse que el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impida, a la llana, pretenderla en un proceso ante esta jurisdicción.

32. De modo que cuando las partes autorregulen sus intereses y relaciones para poner fin a cualquier diferencia o para llegar a un arreglo respecto de los distintos escenarios que se puedan presentar en curso de la ejecución contractual, no puede interpretarse en una exigencia jurisprudencial que exija una expresa forma de reclamación y que, a la postre, impida estudiar el fondo del conflicto, toda vez que lo que le compete al juez, "*de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato, será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance y así establecer si las partes pretendieron, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se le formula y los términos de esa regulación*"[22].

33. En este orden de ideas, el hecho de que no se incluyan salvedades en las convenciones que las partes suscribieron para suspender o prorrogar el plazo del contrato no releva al juez del estudio de fondo de la reclamación, como tampoco implica su aceptación; por el contrario se impone analizar cuál fue el motivo que condujo la suscripción del acuerdo modificatorio –como, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones o la materialización de riesgos asumidos por una parte– y el contenido de los arreglos que las partes alcanzaron, contrastándolo con los hechos que sirven de causa a las pretensiones y con el objeto de éstas, todo ello en atención a la unidad económica y financiera del contrato.

34. Con base en estos elementos, y de cara a las estipulaciones de los contratantes, habrá de definirse si las pretensiones resultan o no procedentes, ya porque desconocen la propia conducta de las partes explicitada no solo en el contenido de un negocio jurídico obligatorio en el que se regularon los asuntos objeto de la reclamación sino también en los acuerdos y manifestaciones expresadas en curso de la ejecución del contrato, ya porque la parte que formula la reclamación tenía el deber de expresar reservas o salvedades pues la ley, el contrato o el principio de

[20] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 8 de mayo de 2020, radicación 66001-23-31-000-2011-00255-01(64701) y del 5 de febrero de 2021, expediente 46.726.
[21] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de noviembre de 2020, radicación 05001-23-31-000-1999-00093-01 (38097).
[22] Ibidem.

buena fe se lo imponían, o porque debe soportar los efectos de la ocurrencia de los hechos que motivaron la suscripción de las prórrogas –por tratarse, por ejemplo, de un riesgo asumido por ella–.

35. Así, para resolver los problemas que plantea el recurso de apelación, la Sala analizará cuál fue el objeto y alcance de las distintas suspensiones, prórrogas y adiciones que pactaron las partes, previa mención de los aspectos generales del negocio jurídico objeto de controversia, todo esto a efecto de definir si en realidad asiste o no razón al demandante.

El contrato de obra 4 de 2007

36. El objeto del contrato de obra 4 de 2007, fue la "*construcción de la primera fase del parque La Paz y sus obras complementarias, en el área comprendida en la zona norocidental, entre la autopista norte y la carrera 65, entre calles 97 y 101, frente a la terminal de transportes, en la ciudad de Medellín, por el sistema de precios unitarios reajustables*"[23]. En los términos de su cláusula quinta, el valor del contrato fue de $3.006'943.554, el cual fue aumentado en dos oportunidades por el monto de $1.037'752.668 -la primera[24]- y de $465'719.102 –la segunda[25]-. A su vez, el plazo fue estipulado en 150 días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de los trabajos –lo cual ocurrió el 19 de febrero de 2007[26]-, prorrogado en dos ocasiones, la primera vez por 80 días[27] y, la segunda, por 24 días[28], razón por la cual el plazo se extendió hasta el 30 de octubre de 2007.

37. El negocio fue pactado bajo la modalidad de precios unitarios fijos reajustables, en atención a la propuesta presentada por el contratista y el formulario de análisis de precios unitarios del pliego de condiciones, con la precisión de que los precios ofrecidos por el contratista "*cubren todos los costos de trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, impuestos, herramientas, equipos y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, inclusive los imprevistos, gastos de administración y utilidades del proponente*" –cláusula cuarta del contrato-.

38. Asimismo, se estableció que la EDU pagaría mensualmente el valor acordado, previa presentación de las actas de obra elaboradas por el contratista y aprobadas por el interventor, cuyo valor derivaba de la suma de las cantidades de obra realmente ejecutadas y admitidas por la interventoría, por los precios unitarios estipulados en el formulario 2, anexo 5 del pliego de condiciones. Igualmente, en cada pago mensual se descontaría la suma correspondiente al porcentaje de amortización del anticipo y todos los pagos estarían "*supeditados al recibo a satisfacción de los productos e informes y del cumplimiento de las actividades contractuales*" –cláusula octava del acuerdo de voluntades-.

[23] Folio 261 del cuaderno 5.
[24] Adición contractual 2 –folios 633 y 634 del cuaderno 2-
[25] Adición contractual 4 –folios 637 a 638 del cuaderno 2-
[26] Folio 531 del cuaderno 5.
[27] Adición contractual 1 –folios 639 a 640 del cuaderno 2-
[28] Adición contractual 3 –folios 635 y 636 del cuaderno 2-

39. Respecto del pago de impuestos, tasas y contribuciones, en la cláusula novena se estipuló lo siguiente:

> "*El CONTRATISTA deberá pagar todos los impuestos, tasas y contribuciones establecidos por las diferentes autoridades nacionales, departamentales o municipales. Dentro de aquellos mismos niveles territoriales, los impuestos, tasas y contribuciones establecidos por las diferentes autoridades ambientales que afecten el contrato y las actividades que de él se deriven. El CONTRATISTA pagará todos los impuestos, derechos, tasas y similares que se deriven de los contratos, y por lo tanto, su omisión en el pago será de su absoluta responsabilidad*"[29].

40. El contrato estuvo sometido al control, seguimiento y verificación del cumplimiento por parte de la interventoría adjudicada al señor Luis Alberto de los Ríos, a quien correspondía, entre otros, según el numeral 7.16 del pliego de condiciones, ordenar al contratista la adopción de las medidas tendientes a corregir, en el menor tiempo posible, los desajustes que se pudieren presentar para solucionar las diferencias que se presenten en la ejecución del contrato, así como colaborar con el contratista para el éxito de los trabajos, exigirle el cumplimiento del negocio pactado y "*verificar los cómputos de cantidades de obra y aprobar las actas de pago que prepara el contratista*"[30].

41. En el negocio jurídico en estudio también se pactó –cláusula vigésima novena- que las partes liquidarían el contrato de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su terminación y que, si no se llegaba a un convenio al respecto, el mismo podría ser liquidado de forma unilateral por la contratante, dentro de los 2 meses siguientes a vencimiento del plazo previsto para la liquidación bilateral.

En este punto, vale resaltar que en el expediente obra el proyecto de "*acta de liquidación bilateral*" del negocio [31] , sin que el mismo constituya el acuerdo de voluntades de las partes sobre el balance final del contrato, toda vez que no fue suscrito por los sujetos contractuales.

Descuento de los ítems 2.20, 3.10 y 3.80

42. Sobre este aspecto, el Tribunal consideró que no había lugar a estudiar de fondo los reparos formulados respecto del descuento efectuado a través del acta 7, de varias cantidades de obra en relación con los ítems 2.20 (descapote), 3.10 (excavaciones) y 3.80 (botada de material sobrante), puesto que, durante la ejecución contractual, específicamente al suscribir los pactos modificatorios, el contratista no formuló los reparos u observaciones correspondientes. Por su parte, la demandante afirma que la ley no exige a los contratistas la obligación de dejar salvedades al momento de firmar los acuerdos modificatorios del contrato, pues esas manifestaciones deben hacerse hasta el balance final del contrato -liquidación- y que,

[29] Folio 267 del cuaderno 5.
[30] Folio 76 del cuaderno 5.
[31] Folios 650 a 655 del cuaderno 5.

en todo caso, a través de los acuerdos modificatorios no se podían plasmar las divergencias o inconformidades advertidas, puesto que, unos fueron suscritos con antelación al acta 7, y los otros versaron sobre aspectos distintos a las cantidades de obra referidas al movimiento de tierra.

43. Al examinar el acta 7[32], suscrita el 30 de septiembre de 2007, se observa que la interventoría descontó: a) 514,26 metros cúbicos del ítem 2.20 descapote -acumulado anterior: 4154,96 metros cúbicos, acumulado del acta: 3540,70 metros cúbicos-; b) 7407,91 metros cúbicos correspondientes al ítem 3,10 excavaciones –acumulado anterior: 20418,21 metros cúbicos, acumulado del acta: 13010,30 metros cúbicos; y c) 10071,49 metros cúbicos del ítem 3,80 botada de material –acumulado anterior: 15908,95 metros cúbicos, acumulado acta 5837,46 metros cúbicos–.

44. En relación con los acuerdos modificatorios, la Sala comparte lo dicho por la parte actora, en torno a la imposibilidad de consignar reproche alguno sobre los aludidos descuentos en las adiciones 1 y 2, por cuanto estas últimas fueron suscritas con antelación a la mencionada acta. En efecto, la adición 1, mediante la cual se prorrogó el plazo en 80 días calendario, fue celebrada el 17 de julio de 2007[33] y la adición 2, por medio de la cual se aumentó el valor del negocio en $1.037'752.668, en atención a las "*actividades adicionales y extras a realizar*", fue suscrita el 28 de septiembre de 2007[34].

45. Ya de cara a la adición 3, que fue un pacto suscrito con posterioridad al acta 7, por su objeto y alcance[35] no tuvo el propósito de negociar o definir la firmeza de los descuentos ordenados en esta última, ni versó sobre aspectos relacionados con la misma, sino que trató sobre la definición extemporánea de algunos aspectos de la obra y la advertencia de períodos de lluvia que trastocaron la ejecución contractual, situaciones que condujeron a ampliar el plazo del negocio jurídico.

46. Por tanto, no le era exigible al contratista la inclusión de reparos sobre los descuentos realizados en el acta 7, pues este pacto modificatorio no trató sobre esta materia, ni estuvo antecedido de manera alguna en negociaciones relativas a tales

---

[32] Obrante en el cd que contiene la respuesta al exhorto por parte de la EDU –folio 549 del cuaderno 1-.
[33] Folio 640 del cuaderno 2.
[34] Folio 634 del cuaderno 2.
[35] Mediante la adición 3, suscrita el 5 de octubre de 2007, las partes estipularon ampliar el plazo contractual en 24 días más, es decir, hasta el 30 de octubre de ese año, dado que, según se consignó en el acta de reunión del 4 de ese mismo mes y año, hubo una definición extemporánea (i) del material de la cubierta, (ii) del sistema de puesta a tierra, (iii) de los pasamanos metálicos, (iv) de las especies, el número de árboles y cobertura vegetal a sembrar, hubo una nueva localización de los bebederos, que implicó un levantamiento de áreas de adoquín y la reubicación de las instalaciones hidrosanitarias ya ejecutadas y el invierno afectó las pintura y soldadura de las estructuras metálicas y la obtención de las densidades requeridas para los pisos y pavimentos.
En el mismo sentido, el Coordinador de Ejecución de Proyectos de la entidad, al elevar su concepto sobre el referido pacto modificatorio, expuso:
"Con relación al asunto en mención, me permito informar que una vez analizadas las razones expuestas por la Interventoría de la obra a cargo de Luis Alberto de los Ríos Pineda en el comunicado de octubre 5 de 2007, se encuentra viable y justificada técnicamente la ampliación del plazo del Contrato de obra N° 04 de 2007, la cual se fundamenta en que en el desarrollo del proyecto se han detectado actividades de obras adicionales y extras, que se requieren ejecutar para lograr las metas físicas objeto del Contrato y en que se han presentado períodos lluvias impredecibles afectando la ejecución de actividades a cielo abierto que hacen parte de la ruta crítica del contrato.
"Con base en lo anterior es necesario ampliar el Contrato de Obra Pública N° 04 de 2007 por veinticuatro (24) días calendario más".

ítems de la obra, razón por la cual es evidente que su alcance no se extendió a la reclamación que acá se estudia, circunstancia que conduce a colegir que no le correspondía al contratista, al momento de celebrar este pacto, expresar inconformidades sobre el asunto que versa el *sub examine*, toda vez que se trató de una materia que no fue regulada mediante dicho acuerdo negocial. De modo que, en síntesis, no le era exigible a Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. la expresión de manifestación alguna al suscribir la adición 3 sobre los descuentos incluidos en el acta 7.

47. Ahora, en relación con la adición 4, la conducta exigible a la sociedad contratista resulta distinta. En efecto, a través de dicho pacto negocial, suscrito el 30 de octubre de 2007, se aumentó el valor contractual en $465'719.102 y se dispuso en su cláusula séptima que "[*l*]*as demás cláusulas del Contrato de Obra N° 04 de 2007, continuarán vigentes*"[36].

Como consideraciones de este acuerdo, se incluyeron las siguientes:

> *"9. El contratista, mediante comunicación de septiembre 18 de 2007, solicita una adición por valor de $465.719.102 y así mismo entrega la lista de actividades adicionales y extras a realizar, debidamente valorizados y cuya suma es equivalente al valor de la adición solicitada.*
> *"10. El interventor del contrato, mediante comunicación de octubre 3 de 2007, acoge las razones aducidas por el contratista para la adición del contrato.*
> *"11. La Gerente Auxiliar de Ejecución de Proyectos (e), en aras de dar cumplimiento pleno al objeto contractual y lograr las metas físicas propuestas, justifica y aprueba una adición contractual por $ 465.719.102, bajo las premisas expuestas por el contratista y avaladas por la interventoría*".

48. En la aludida comunicación del 3 de octubre de 2007, suscrita por el interventor y reseñada como fundamento del pacto modificatorio, se lee:

> *"No obstante, la Interventoría, partiendo de la proyección presupuestal del 30 de agosto de 2007, considerada válida por las partes, permitió adelantar una revisión general de la obra, la cual se resume en el documento anexo, que, en concepto de la Interventoría, refleja las necesidades de la obra, lo cual implica ajustes a las actividades ejecutadas y una proyección de las (sic) iban a ser ejecutadas después del 30 de agosto de 2007.*
>
> *"Ahora bien, el Contratista ha presentado una segunda solicitud de adición en valor del Contrato y para soportar unas supuestas obras ejecutadas y por ejecutar que ascienden a $465.719.108,18, petición que hay que aceptar, no sobre la base de las cantidades presentadas por el contratista, sino con base en la proyección que se presenta en el documento anexo*"[37].

49. Asimismo, obra en el expediente el "acta de concertación de cantidades del 9 y 10 de octubre de 2007"[38], cuyo objeto se definió en torno a la "*concertación de cantidades de obra en ítems con diferencias presentadas en las proyecciones de interventoría y contratista*", en la cual los sujetos contractuales anotaron lo siguiente:

[36] Folios 637 y 638 del cuaderno 2.
[37] Folio 927 del cuaderno 2.
[38] Folios 827 a 836 del cuaderno 2.

"El área correspondiente a la plazoleta occidental, la interventoría manifiesta que esta no fue objeto de descapote y el contratista manifiesta que en esta área si realizó el descapote.

"El contratista solicita que se tengan en cuenta los espeso (sic) de descapote en el parqueadero fue de 1,6 m y en las canchas 6, 7 fue de 1,7m. La interventoría manifiesta que esta solicitud debe ser comprobada con registro fotográfico y bitácora y se pagará lo que realmente diga la norma de EPM.

"(…)

"Se continúa en octubre 10 de 2007 con el análisis del ítem de descapote: la interventoría manifiesta que de acuerdo a la norma EPM NEGC 107200 el transporte y botada del material proveniente de este ítem NO SE PAGA. El contratista manifiesta estar en completa oposición a lo manifestado por la interventoría y opina que debe ser pagado porque en el pliego de condiciones, el formulario de cantidades de obra y la norma EPM referenciada si (sic) se debe contemplar cargue y botada por aparte de ítem 2.20 contractual.

"(…)

"Para el pago de descapote se acordó lo siguiente:
"Área total (A): 18.454,8 M2
"Área no intervenida con descapote (cancha, edificio, plazoleta): 5764,5 m2 (B)
"Área parqueadero sin descapote: 584,8 x 0.35 = 554, 7 m2 (C)
"Área descapotada = (A) – (B) – (C) = 12.135,6 m2 x 1,3 m espesor
"Volumen de descapote = 3640,7 m3 = cifra avalada por la interventoría y no por AIA.

"(…)

"La interventoría para el ítem 3.80 de cargue y botada del material de excavación en roca cota que es el volumen medido en sitio, es decir, 762.3 m3, como lo establece la norma EPM NEGC-200 y complementaria con la norma EPM NEGC-107 y apoyada en el numeral 7.26 del pliego de condiciones. No obstante, la interventoría manifiesta que técnicamente se puede considerar una expansión del 60% para el ítem de botada de material excavado en roca, dando como resultado: 762,30 m3 x 1,60 = 1219,7 m3.
"Esta cifra es avalada por la coordinadora de la EDU … finalmente el contratista está de acuerdo con la cifra de botada de excavación en roca de 1219,7 m3.

"(…)

"La interventoría no está de acuerdo con el contratista en cuanto a que las condiciones iniciales del terreno estaban alteradas en la proporción y dimensiones que él establece. Por tanto, ratifica el trabajo realizado por la interventoría y donde cualquier resultado proveniente de la evaluación entre contratista e interventor se deberá descontar el volumen de descapote, porque el levantamiento se hizo antes de iniciar las actividades.
"El contratista manifiesta que el lote estaba tan modificado que esto se constataba con los perfiles estratigráficos del lote excavado.
"La cantidad del ítem 3.10 proyectada por el contratista es 21621,95 m3 descontando volúmenes de descapote resultado del levantamiento topográfico realizado que arrojó los siguientes datos por: vol. Excavado = 26776,78, menos descapote= 4154,96, menos exc. Roca= 1000, Total volumen excavado con máquina= 21621,82 m3 … La EDU solicita a la interventoría y al contratista que

los topógrafos realicen una revisión y comparación de las cotas levantadas por la interventoría (topógrafo) y las cotas levantadas por el contratista.

"(…)

"ítem 3.80
"El contratista manifiesta que a la cifra proyectada por la interventoría se le debe adicionar el volumen de descapote cuando se concerte la cantidad de este ítem".

50. A su vez, en el documento denominado "*memoria de cálculo del contratista AIA*"[39], con fecha del 30 de octubre de 2007, se consignó lo siguiente respecto del acta 8 y los ítems que acá se examinan (se transcribe sólo lo relacionado con los aspectos en controversia):

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UN	CANT.	
2.20	Descapote a máquina de materia orgánica de espesor variable. Incluye: cargue, transporte y almacenamiento en el sitio donde indique la interventoría			Las diferencias en este ítem quedan pendientes para futura reclamación del contratista
3.10	Excavación a máquina en material heterogéneo de 0.4 mts, bajo cualquier grado de humedad, para conformación de terrazas del proyecto. Incluye: Roca descompuesta, bolas de roca de volumen inferior a 0.35 m2, cargue transporte y botada en botadero oficial			Las diferencias en este ítem quedan pendientes para futura reclamación del contratista
3.80	Cargue, transporte y botada a mano o a máquina de material de excavaciones o sobrante, hasta botadero oficial o el sitio donde indique la interventoría por fuera de la obra			Las diferencias en este ítem quedan pendientes para futura reclamación del contratista

51. El anterior material probatorio resulta ilustrativo, porque evidencia las negociaciones que dieron lugar a la adición 4 del contrato, las cuales muestran que, si bien tuvieron un antecedente en la petición del 18 de septiembre de 2007 formulada por la contratista, es decir, previo al acta 7, donde relacionó una lista de actividades adicionales y extras a realizar, lo cierto es que, como se vio, el aumento del precio contractual devino de la admisión realizada por el interventor, la cual no se sustentó en las cantidades presentadas por el contratista, sino en una proyección que éste definió.

Sumado a ello, se observa el acta de concertación de cantidades, suscrita el 9 y 10 de octubre de 2007, así como la "*memoria de cálculo del contratista AIA*", donde se pusieron de presente las inconformidades existentes en torno al descuento de los ítems 2.20, 3.10 y 3.80; por ende, resulta claro que las partes y la interventoría, con

[39] Folios 326 y 327 del cuaderno 5.

anterioridad a la suscripción de la adición 4, discutieron estos asuntos con el propósito de analizar y validar las cantidades de obra ejecutadas, los reconocimientos admitidos por el interventor y los reparos del contratista sobre este punto.

52. Así, el contexto en el que se celebró el mencionado acuerdo negocial pone de relieve la finalidad pretendida con dicho instrumento, esto es, brindar mayores recursos al contrato para pagar las obras ejecutadas y las adicionales necesarias para lograr el desarrollo cabal del objeto convenido; de suerte que se tornó ineludible plasmar en éste las manifestaciones sobre los recursos faltantes para cubrir las obras ejecutadas, al contener una medida que buscó proveer el dinero necesario para alcanzar el cubrimiento de las obras y, respecto de las cuales, el contratista advirtió, previo a su suscripción, inconformidades en torno a los descuentos realizados por el interventor y la estimación de la insuficiencia de los recursos aumentados para sufragar la totalidad de los ítems realizados.

53. En la medida que este acuerdo versó sobre la adición de recursos en el escenario advertido, y considerando que la reclamación estriba precisamente en la ausencia de pago de la totalidad de las obras ejecutadas por el contratista, se extrae, en este panorama, que el contratista negoció con la entidad este punto que estaba en discusión sobre la mesa, sin que haya una vía que conduzca a arribar a una conclusión distinta pues, en caso de persistir tal inconformidad, se imponía expresar su reserva en la materia, más aun de cara a los evidentes reclamos que venía haciendo respecto a los descuentos ordenados por la interventoría, los cuales fueron analizados y discutidos con antelación a la suscripción de la adición 4.

La conducta que no es de recibo para la Sala –por ser contraria al principio de buena fe y corrección negocial– es que el contratista convenga reconocimientos económicos adicionales para remunerar costos directos, acepte que "[*l*]*as demás cláusulas del Contrato de Obra N° 04 de 2007, continuarán vigentes*", pero, con posterioridad a la firma del pacto modificatorio, proceda a reclamar unas obras sobre las cuales, en el referido instrumento contractual al que se llevaron los pactos logrados, nada dijo. Esta clase de conductas buscan restar eficacia a los acuerdos que las partes lograron para regular los efectos programáticos y económicos de circunstancias acaecidas en la ejecución del contrato, e introducen un manto de indefinición permanente sobre las cargas que asumen, lo que es contrario al principio de la buena fe contractual.

54. Así las cosas, la suscripción de la adición 4 sí implicó para las partes una negociación integral del precio por las actividades objeto del contrato, pues al revisar el alcance y contenido de los acuerdos logrados no se extrae reserva alguna expresada por el contratista que dejara fuera de su manifestación de voluntad alguno de los asuntos discutidos; contrario a ello, convino sin reparo alguno que las demás cláusulas continuaban vigentes -incluida la relativa al alcance de la definición del precio-, razón por la cual la pretensión formulada por la actora en torno al reconocimiento de los ítems 2.20, 3.10 y 3.80, resulta improcedente porque desconoce el contenido del acuerdo que suscribió. Estos tipos de pactos obligan a

las partes en virtud del principio de normatividad del contrato, y también vinculan al juez quien no puede imponerle a una de las partes obligaciones dinerarias adicionales a las que negociaron para atender los efectos que provocó un hecho que perturbó el cumplimiento del contrato.

55. Por consiguiente, las pretensiones relacionadas con este cargo deben negarse, no porque, a la llana, el contratista incumpliera una carga formal de dejar salvedades en un acuerdo modificatorio, en general, sino, de forma sustancial, porque el contratista llegó a un acuerdo con la entidad en la adición 4 con el fin de regular los efectos económicos de las actividades ejecutadas y por ejecutar, los cuales venían siendo objeto de discusión. Como dicho acuerdo, en su alcance y contenido, no puede ser desconocido por alguna de ellas, salvo que medien reproches por vicios que afecten el acuerdo logrado, que no es el reparo formulado por el censor, esta Sala ratifica el efecto normativo del mismo, y por lo tanto negará este cargo de la alzada.

- ***Aplicación de la contribución especial de la Ley 1106 de 2006***

56. En su alzada, la parte actora señaló que la contribución especial prevista en la Ley 1106 de 2006 constituyó una *situación extraordinaria y ajena* a las partes que afectó el equilibrio del negocio jurídico, cuyo reconocimiento corresponde a la entidad contratante; subrayó que tal evento no forma parte del riesgo que asumió el contratista de forma anticipada, a través del componente “I” del AIU.

Con este horizonte habrá de examinarse si, como lo aseveró el *a quo*, la aplicación de dicho tributo dio lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, con fundamento en la teoría de la imprevisión y si por ello debía ser cubierto por el factor de imprevistos de que trata el AIU.

57. La Sala se anticipa a indicar que no se está ante una situación imprevisible, pues basta considerar que la Ley 1106 de 2006 estaba vigente para el momento en que se suscribieron los adicionales 2 y 4, que son los instrumentos contractuales sobre los que el actor discutió un supuesto impacto en el precio acordado, debiéndose precisar que la aplicabilidad o no de un tributo respecto de un hecho gravable representado en el objeto de un contrato específico no fue un asunto sobrevenido, ni escapó a las razonables previsiones que el contratista debió hacer pues se relacionan con la definición de uno de los costos directos o indirectos llamados a ser cubiertos bajo la determinación del precio, aspecto que, en principio, es de exclusiva responsabilidad del oferente, en este caso, del contratista, quien tuvo a su cargo la construcción del precio y su formulación a la entidad pública cuando ya habían transcurrido nueve meses de la expedición de la Ley 1106 de 2006.

58. La tesis anterior se complementa y afirma bajo la consideración de que en los contratos adicionales pactados no existe evidencia de un acuerdo con la entidad pública de que ésta asumiría la carga financiera del impuesto a que se refiere la ley antes indicada, de manera que las menciones que el contratista hace en relación con la manifestación previa y concomitante de no haber considerado en los precios de los

contratos adicionales 2 y 4 el impacto de la contribución especial, no se traduce en un mecanismo para desconocer que el sujeto pasivo del tributo era el contratista y no la entidad contratante, así que tales manifestaciones no constituyen prueba determinante acerca del consentimiento de la entidad pública de asumir tal costo y menos aún que se esté ante una circunstancia sobrevenida, tal como se ha expresado.

59. Para sustentar este aserto, el punto de partida no puede ser otro que el análisis de la norma que contempló el citado gravamen, cuya fuente normativa, para el caso concreto, es la Ley 1106 de 2006, que establece lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 6**. DE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA O CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y OTRAS CONCESIONES. El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así:*
> *"Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición*".

A su vez, a través del Decreto 3461 de 2007, publicado el 11 de septiembre de esa anualidad, el Presidente de la República reglamentó el referido artículo, como a continuación de transcribe:

> **"*Artículo 1.*** *La contribución a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006, en los eventos en que implica un nuevo hecho gravado, se causará sólo en aquellos casos en que los contratos con entidades públicas o con organismos multilaterales se suscriban como resultado de licitaciones o procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006.*
> *"Las adiciones en valor a todos los contratos a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006 están gravadas con la contribución prevista en dicha norma*".

En este punto, se resalta que normas anteriores ya concebían el aludido tributo de guerra, encontrándose de forma próxima la Ley 782 de 2002, en cuyo artículo 37 mantuvo tal contribución bajo el entendido que se aplicaba a "*[t]odas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio",* razón por la cual se colige que con la expedición de la referida Ley 1106 de 2006 se amplió ese gravamen a todo contrato de obra pública.

60. Bajo esta línea, la Corte Constitucional consideró exequible la previsión de la Ley 1106 de 2006, al afirmar que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria, por cuanto dicha norma expresamente indicó que tal contribución se causa por el hecho de

suscribir "*contratos de obra pública*" con "*entidades de derecho público*" o celebrar contratos de adición al valor de los existentes.

En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Colegiatura, mediante sentencia de unificación 2020-CE-SUJ-SP-001 del 25 de febrero de 2020, expediente 22473, aseveró que el hecho generador de la contribución de contratos de obra pública se realiza cuando una entidad estatal celebre negocios que tengan por objeto una de las actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que resulte determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública.

61. Ahora, en torno a la ejecución del contrato de obra 4 de 2007, se constata en el expediente que tanto en las adiciones 2[40] y 4[41] del negocio jurídico, relativas, como se vio, al aumento del valor del mismo, el contratista plasmó la siguiente salvedad:

> "*El contratista manifiesta que no renuncia a reclamar el impuesto de Contribución Especial del cinco por ciento (5%) del valor de la presente adición*".

62. Como antecedente de la referida adición 2, suscrita el 28 de septiembre de 2007, el 18 de ese mismo mes y año la actora expresó lo siguiente:

> *"Es importante aclarar que en la suma solicitada no se incluye ningún concepto adicional para atender el pago del 5% para cancelar la Contribución Especial de Seguridad, por lo tanto dicha suma también debe ser tenida en cuenta a fin de atender la cancelación de dicho impuesto, ya que en nuestros análisis de precios unitarios no hemos incluido rubro alguno para la atención y pago del mencionado gravamen; favor informarnos si es necesario incluir dicha suma en nuestros análisis de precios unitarios"*[42].

63. En escrito del 30 de noviembre de 2007[43], AIA S.A. solicitó el reintegro de las deducciones realizadas por la EDU en aplicación de la Ley 1106 de 2006, al aducir que los contratos adicionales suscritos no constituyen un hecho gravado, pues la propuesta formulada en la licitación pública 94 de 2006 se presentó el 10 de noviembre de 2006, es decir, con anterioridad a la fecha prevista en la citada ley como punto indicador de la causación del tributo. Sobre el particular, la norma estableció que la contribución sólo se causaría respecto de los contratos que se suscribieran como resultado de procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006.

64. Igualmente, el 3 de enero de 2008[44], AIA S.A. reiteró la no aplicabilidad de la contribución de que trata la Ley 1106 de 2006 al contrato de obra 4 de 2007 y agregó que el ítem de imprevistos del AIU no contempla su utilización para sufragar costos originados como consecuencia de cambios en las condiciones originales del contrato,

[40] Folio 634 del cuaderno 2.
[41] Folio 638 del cuaderno 2.
[42] Folio 908 del cuaderno 2.
[43] Folios 1176 y 1177 del cuaderno 2.
[44] Folios 1179 a 1186 del cuaderno 2.

incumplimientos contractuales o variaciones legislativas que modifiquen la carga impositiva bajo las cuales se estructuró la oferta económica.

65. Luego, mediante oficio del 18 de enero de 2008, la EDU manifestó que adelantaría las gestiones tendientes a reintegrar las deducciones que efectuó a la sociedad AIA S.A. en los contratos 4 y 18 de 2007, en aplicación de la contribución especial del 5%, prevista en la Ley 1106 de 2006. Como sustento de esta determinación, arguyó (se transcribe literal con eventuales errores):

> *"Mediante Circular 003 de 2007 de esta Gerencia General se informa que la entidad iniciará las respectivas gestiones ante el Municipio de Medellín, para el correspondiente traslado de los recursos necesarios para cubrir el valor de la contribución especial del cinco por ciento (5%), restableciendo la ruptura del equilibrio económico del contrato.*
>
> *"(…)*
>
> *"Mediante Circular 017 del 21 de septiembre del año 2007 la Gerencia General, informa que en el caso de los contratos de Obra Pública resultado de procesos de contratación abiertos a la recepción de ofertas con anterioridad al 22 de Diciembre de 2006, la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU- continuará aplicando lo establecido en la Circular 003 del 28 de marzo de 2007 y en lo sucesivo sólo realizará deducciones por dicho concepto a los Contratos de Obra Pública abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de Diciembre de 2006, supuesto que no aplica en el caso de los Contrato (sic) de Obra Pública No. 004 y 018 de 2007, por lo cual se considera válido acceder a la solicitud presentada por la firma AIA S.A.*
>
> *"En este orden de ideas, atentamente solicitamos realizar las gestiones necesarias tendientes a calcular a la fecha qué deducciones se les (sic) han efectuado al contratista en relación con los Contratos iniciales de Obra Pública números 04 y 018 de 2007 y remitir a esta Gerencia Auxiliar la respectiva imputación presupuestal, con el fin de proceder a la elaboración al (sic) acto administrativo que permita el reconocimiento de dichas sumas"*[45].

En el mismo sentido, en memorando del 21 de enero de 2008, el Gerente Auxiliar de Contratación de la EDU solicitó a la sociedad AIA S.A. identificar en la lista de actas de obra que registró los pagos en los cuales les fue retenida la contribución especial de la Ley 1106 de 2006, con el fin de dar trámite a su devolución[46].

66. A partir del material probatorio relacionado con este cargo, la Sala pasa a verificar las hipótesis que configuran la base gravable de la citada contribución especial en el contrato de obra 4 de 2007 y, puntualmente, sus pactos adicionales.

En efecto, la previsión normativa –conformada por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 y su decreto reglamentario– determina dos supuestos de configuración del hecho gravado, partiendo de la delimitación ya esbozada por la Corte Constitucional y la Sección Cuarta de esta Corporación, que dispone que el aludido tributo se causa, de una parte, por el hecho de suscribir *contratos de obra pública* o, de otra,

[45] Folio 979 del cuaderno 2.
[46] Folios 980 a 982 del cuaderno 2.

cuando se celebren *contratos de adición al valor de los existentes,* con *entidades de derecho público*, sin que resulte determinante el régimen contractual de la entidad que celebre los negocios jurídicos. Así que puede ocurrir que se configure uno o ambos eventos en materia de esta contribución especial, por lo que resulta central distinguir la normatividad aplicable al celebrar los contratos y la suerte de los convenios adicionales que se firmen en vigencia del tributo.

Ya esta Corporación se ha pronunciado, en varias oportunidades [47] , en orden a explicar el tránsito de legislación en materia de contratos estatales y su incidencia en la vigencia de los tributos, para diferenciar, de un lado, el régimen contractual de los contratos adicionales y, de otro, la aplicación de las contribuciones especiales a dichos pactos adicionales.

67. En el ordenamiento jurídico, por regla general, impera la irretroactividad de la ley, que significa que ésta tiene un efecto universal e inmediato desde su vigor, es decir, solo rige hacia el futuro, escenario que impide su aplicación a unos hechos o actos que se consolidaron en momentos previos a su entrada en vigencia.

Ahora, en materia contractual opera "*la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua*"[48], noción que deviene de la garantía constitucional de protección de los derechos adquiridos –artículo 58 de la Carta Política-, dentro de la cual se encuentran los relativos a los contratos. En esta línea, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 consagra que a todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido.

En esa medida, en relación con contratos perfeccionados, la ley aplicable es la vigente en el momento que se celebró o nació la convención, lo cual denota que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

68. Bajo este panorama, las normas existentes al tiempo de celebración del contrato se aplican durante toda su vigencia, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado, lo cual incluye las prórrogas y adiciones suscritas para alcanzar la cabal ejecución del objeto convenido. Escenario que es distinto al que acá se examina, pues el aspecto en litigio no se enmarca en el régimen contractual aplicable al negocio jurídico, sino en la carga impositiva que le corresponde asumir al contratista, con ocasión, precisamente, de la ejecución del contrato, puesto que tratándose de la vigencia de los tributos, en especial de las contribuciones, la misma

[47] Ver entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (i) del 8 de febrero de 2012, radicación 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio y (ii) del 10 de diciembre de 2010, radicación 68001-23-31-000-2011-00650-01 (54140), Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.
[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, radicación 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Constitución Política, en su artículo 338[49], determinó que se aplicarán a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

69. En este orden de ideas, y dado que la carga impositiva resulta en una materia paralela al régimen de contratación, le corresponderá al sujeto pasivo de los nuevos tributos establecidos en el curso de un contrato pagarlos cuando se suscriban contratos que adicionen el valor del negocio, porque estos últimos convenios constituyen un acuerdo nuevo, sometido a la autonomía contractual de las partes, quienes pueden negociar el precio que aumentarán, tal como lo reconoció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del artículo 58 del Decreto Ley 2009 de 1992 que estableció el pago de la contribución especial en relación con los contratos adicionales en valor, en los términos que a continuación se transcriben:

> "*El artículo revisado, tampoco resulta contrario a lo preceptuado por el artículo 363 de la Constitución Política, al disponer que las personas naturales o jurídicas cuando 'celebren contratos de adición al valor de los existentes' deberán igualmente pagar la contribución del 5% sobre el valor de dicha adición. El contrato adicional si bien es cierto que se refiere a un objeto predeterminado entre la Administración y el contratista, tiene autonomía en cuanto a la determinación de 'plazos' y al 'valor' del pago. Estas nuevas realidades contractuales se fijan de común acuerdo entre las partes conforme a lo previsto en el artículo 58 del Decreto 222/83. Difiere este valor proveniente del contrato adicional de la 'revisión de precios' prevista en el artículo 86 del mismo estatuto contractual, la cual no es más que la ejecución o desarrollo de una realidad contractual predeterminada. No ocurre lo mismo, por tratarse de una realidad nueva, no prevista en el contrato principal, en el caso del contrato adicional para lo cual no se presenta la violación planteada por uno de los intervinientes, a la no retroactividad propia de las leyes tributarias que ordena la Carta Fundamental*"[50].

70. Explicada entonces la incidencia en el cambio legislativo de los tributos al momento de suscribir los pactos adicionales, la Sala precisa las características de la contribución prevista en la Ley 1106 de 2006 bajo dicho marco, así:

(i).- El hecho económico generador es la celebración de contratos principales o contratos adicionales al valor de los existentes con entidades públicas cuyo objeto sea la obra pública.

(ii).- El sujeto pasivo es el contratista, persona natural o jurídica, que celebre con una entidad pública el aludido contrato o contratos adicionales al mismo.

(iii).- El beneficiario es la nación, departamento o municipio del nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante.

---

[49] "… *[l]as leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo*".
[50] C-083 de 1993.

(iv).- La tarifa o monto es del 5% del valor total del contrato o de la adición correspondiente, según sea el caso y se hará efectivo su recaudo por la respectiva entidad.

(v).- Tratándose de la celebración de contratos, este gravamen sólo aplica a los que sean resultado de procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006.

(vi).- Las adiciones en valor de cualquier contrato de obra están sometidas al cobro de dicha contribución, por tratarse de un pacto que implica una nueva negociación para las partes implicadas.

71. Dilucidado así el escenario de aplicación de la referida contribución especial, la Sala arriba a dos conclusiones: (i) la primera, consiste en que el supuesto acá endilgado no se enmarca en uno de los eventos de ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico; y, (ii) la segunda, que el contratista era sujeto pasivo de la contribución especial y debía, frente a los contratos adicionales suscritos, hacer la formulación de un precio que considerara todos los factores que podrían incidir en las actividades y valores adicionados, pues la entidad no podía definir si el contratista era o no sujeto de dicho tributo.

72. En relación con la primera conclusión, esta Subsección ha señalado en múltiples oportunidades, que el rompimiento del equilibrio económico tiene origen en tres grupos de supuestos principales: a) los relativos a la *teoría de la imprevisión* que surge a partir de circunstancias sobrevenidas y ajenas a la voluntad de las partes; b) las causas configurativas del denominado *hecho del príncipe* que resultan imputables a la entidad contratante que, en ejercicio de sus funciones administrativas profiere una medida de carácter general que termina afectando a su propio contratista y siendo ajena al contrato, incide en él alterando gravemente la economía contractual; y c) los eventos del denominado *ius variandi* referentes a las modificaciones unilaterales que la entidad estatal le realiza al contrato[51].

Los anteriores eventos se rigen bajo el escenario común de la imprevisibilidad y anormalidad del hecho que origina el desequilibrio, lo cual implica que tal fenómeno no se haya originado dentro del margen de riesgo propio del contrato ni bajo las circunstancias previstas por las partes al distribuir, precisamente, los riesgos del objeto contractual, en las cláusulas del negocio jurídico[52], o al efectuar los ajustes económicos del mismo durante su ejecución.

73. Como ya se mencionó, el *a quo* sostuvo que la aplicación de la contribución especial de que trata la Ley 1106 de 2006 se enmarcó bajo los supuestos de la teoría de la imprevisión, porque versó sobre una carga impositiva ordenada por una entidad

[51] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, radicación 20001-23-31-000-2012-00147-01(50629), Consejera Ponente: María Adriana Marín.
[52] Ver, entre otras, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, el 23 de noviembre de 2017, exp. N° 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865), el 30 de mayo de 2019, exp. N° 53875 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico) y el 20 de noviembre de 2019, exp. N° 23001-23-31-000-2008-00132-01(41934).

ajena a la contratante, sobrevenida e intempestiva que afectó la economía de la ecuación financiera pactada al momento de suscribir el contrato 4 de 2007; sin embargo, el análisis de lo acontecido en el curso contractual evidencia que dicho gravamen no puede ser tildado de sobreviniente e imprevisible, toda vez que, como se vio, al momento de celebrar los contratos adicionales las partes conocían de la existencia de la norma que impuso el tributo, y la contratista expresó de forma antecedente su inconformidad en torno a la aplicación en su caso particular y, además, consignó en estos pactos que no renunciaba a reclamar el porcentaje que le fue descontado por dicho gravamen.

Por consiguiente, es claro no se rompió el equilibrio económico del contrato bajo la teoría de la imprevisión, por cuanto al momento de la celebración de los convenios adicionales, se itera, el contratista conocía 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.

74. Por otra parte y recapitulando, como el contrato de obra 4 de 2007 tuvo origen en la licitación pública 94 de 2006, cuya apertura se ordenó mediante la Resolución 159 del 9 de noviembre de 2006[53] y la fecha de cierre de la misma se fijó para el 30 de noviembre de 2006[54], momento en el cual se presentaron las propuestas de los proponentes Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. –AIA S.A.- y el Consorcio La Paz, es evidente que el aludido negocio jurídico tuvo origen en una licitación pública abierta con precedencia al 22 de diciembre de 2006, razón por la cual este contrato no encuadró en el hecho gravado de forma expresa para la aplicación de la contribución especial en estudio.

Sin embargo, esta conclusión no se predica respecto de las adiciones 2 y 4, ocurridas el 28 de septiembre y el 30 de octubre de 2007, respectivamente, a los que sí les aplicó la imposición tributaria establecida en la Ley 1106 de 2006, cuya reglamentación fue proferida por el Ejecutivo el 11 de septiembre de 2007, los cuales por constituir pactos nuevos, sometidos al acuerdo de voluntades de las partes, implicaban por parte del contratista que al elaborar los precios y alcances de los valores a adicionar incorporara todos y cada uno de los factores y componentes que podían incidir en tal formulación, lo cual no se cumple a través de una manifestación o intento de patentar ante la entidad la teoría de no ser destinatario del tributo, pues bajo un argumento de tal naturaleza, se tendría que todo aquel que no se crea sujeto pasible de un gravamen le bastaría señalarlo a la entidad para sustraerse del mismo.

75. En adición de lo anterior, baste señalar que, bajo el contrato el actor estaba comprometido a incorporar todos los factores y costos directos e indirectos en la definición de sus precios, lo que, llevado al momento de las adiciones, siguió siendo un imperativo de cara a la pauta normativa a la que estaba sujeto el contratista; de modo que, por la vía de reservarse una inconformidad con la aplicación del tributo, no es posible admitir el traslado de sus obligaciones tributarias a la entidad pública,

[53] Folios 49 a 51 del cuaderno 5.
[54] Folio 52 del cuaderno 5.

pues justamente, la debida diligencia y completitud de sus análisis, que deben ser fieles a la realidad legal, tributaria y de mercado, impiden acceder a tal posicionamiento, abstraído de una recta aplicación del ordenamiento jurídico y del marco legal que seguía regentando sus obligaciones; razones que, en su conjunto llevan a la Sala a negar la alzada y las correlativas pretensiones del actor.

Costas

76. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE[55]
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

IMPEDIDA
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

[55] Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.