

Compartido por:



REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 76001233100020110129701 (57.676)
Actores: CONALVÍAS SA
Demandado: METRO CALI SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Síntesis del caso: entre las partes se celebró un contrato para la construcción de un corredor del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, la contratista reclama el restablecimiento del desequilibrio económico y la primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones, por considerar que el incremento en un 1% a la tarifa de la contribución, correspondiente a la estampilla pro Universidad del Valle por parte del Concejo Municipal de Cali alteró la ecuación financiera del contrato y dispuso su restablecimiento; apeló Metro Cali SA quien considera que el valor cobrado por la estampilla no afectó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes.

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de enero de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Sistema Escrito resolvió:

“Primero. DECLARAR contractualmente responsable a METRO CALI S.A. de la ruptura en el equilibrio económico contractual causado a CONALVÍAS S.A. en la ejecución del contrato MC-CCT-001-2004, por el cobro del 1% (de exceso) del impuesto por estampilla Pro – Universidad del Valle en aplicación del acuerdo 140 de 2004, por las razones expuestas.

Segundo. RECONOCER a favor de CONALVÍAS S.A. y a cargo de METRO CALI S.A., la suma de Quinientos veinte seis (sic) millones trescientos ochenta y siete mil quinientos novena (sic) y dos pesos con cuatro centavos (\$526.387.592,4) por el pago del 1% de más que debió cancelar por pago de estampilla Pro Universidad del Valle en aplicación del acuerdo 140 de 2004, conforme la parte motiva.

Tercero. ORDENAR a METRO CALI SA reconocer y pagar a favor de CONALVÍAS S.A. los intereses moratorios correspondientes al 12% anual o proporcional, sobre el valor cancelado por la factura adicional que pagó en aplicación del acuerdo 140 de 2004, por lo expuesto.

Cuarto. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. NO CONDENAR en costas a la demandada.

Sexto. Devolver el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, previas anotaciones que fueren menester a efectos de que se notifique la sentencia de primera instancia y se le dé el trámite posterior que corresponda.” (mayúsculas fijas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 26 de agosto de 2011 la sociedad CONALVÍAS SA promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de METRO CALI SA con el fin de obtener en su favor las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Que METROCALI S.A. incumplió el contrato de obra pública MC-OP-05-04 suscrito con CONALVIAS S.A. el 16 de noviembre de 2004 (...) y con ello se rompió el equilibrio económico del contrato y la ecuación contractual (...).

SEGUNDA. Que por hechos no imputables a CONALVÍAS S.A. la ejecución del contrato MC-OP-05-04 tuvo en la etapa de construcción una mayor permanencia entre octubre 9 y noviembre 30 de 2005, debiendo METROCALI S.A, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y el numeral 4.11.1 de los pliegos de condiciones de la licitación pública MC-CT-001-2004, reconocer y pagar a CONALVÍAS S.A. los mayores costos causados en la suma que estableció el interventor del contrato en el informe CPEB-002-09 de febrero 11 de 2009;

TERCERA. Que debido a los errores e inconsistencias y omisiones de los diseños, planos y especificaciones con base en los cuales METROCALI S.A. efectuó la licitación pública MC-OP-05-04, que obligó a modificar los planos, diseños y especificaciones para ejecutar la obra, se generó mayor cantidad de obra y actividades no previstas en el contrato, las cuales deben ser reconocidas y pagadas por Metrocali S.A. en la suma que estableció el interventor del contrato en el informe CPEB-002-09 de febrero 11 de 2009.

CUARTA. Que METROCALI S.A. debe reconocer y pagar a CONALVÍAS S.A. el mayor valor causado en el contrato como consecuencia del incremento en la tarifa de la estampilla pro universidad del Valle establecido por el Concejo Municipal de Cali mediante acuerdo 140 de diciembre 7 de 2004, con posterioridad a la celebración del contrato MC-OP-05-04 (noviembre 16 de 2004), mayor valor generado por la retención que METROCALI S.A. ordenó efectuar por este concepto en cada factura con tarifa del 2% en lugar de la del 1% que era la vigente cuando se presentó la propuesta y se suscribió el contrato, valor a que hace referencia la interventoría en el informe CPEB-002-09 de febrero 11 de 2009.

QUINTA. Que por causas imputables a METROCALI S.A. se generó desequilibrio económico del contrato MC-OP-05-04, se rompió la ecuación contractual (sic).

SEXTA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a METROCALI S.A. a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato a reconocer y pagar a CONALVÍAS S.A. los mayores costos y valores causados, los cuales (como consta en el acta de liquidación final del contrato) fueron verificados y certificados por el interventor del contrato CONSORCIO PLANES S.A. – PAULO EMILIO BRAVO Y CIA. LTDA. en el informe CPEB-002-09 de febrero 11 de 2009 en una suma a favor de CONALVÍAS S.A. de \$666.925.758, discriminados así:

Obra adicional de espacio público	\$1.125.002.378
Pavimento asfáltico adicional	\$333.024.232
Mayor permanencia en obra	\$676.868.202
Valor de la estampilla Prounivalle	\$348.955.406
SUMA	\$2.483.850.218
Menos valor por obra dejada de ejecutar	\$1.816.924.460
Resultado a favor de CONALVIAS	\$666.925.758

SÉPTIMA. Que en la sentencia se disponga que las sumas a pagar por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a que se refiere la petición anterior, se reconozcan y paguen debidamente actualizadas, o sea trayéndolas a valor presente aplicando a ellas el incremento de precios al consumidor entre la fecha en que debió pagarlas METROCALI S.A. a CONALVÍAS S.A. y la fecha de la sentencia definitiva que se profiera en virtud de esta demanda. Para el efecto la actualización se debe hacer teniendo en cuenta que los valores a pagar a título de restablecimiento económico del contrato y de la ecuación contractual o sea la suma de \$666.925.758, corresponden a:

Estampilla pro universidad del Valle: \$348.955.406

Para este concepto la actualización debe efectuarse entre abril 21 de 2006, fecha en que se radicó la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato o pagó el mayor valor causado mediante comunicación CSA-0048-2006 y la fecha de la sentencia definitiva que se profiera en virtud de esta demanda.

La suma actualizada a julio 31 de 2011 asciende a \$441.378.479.

Obra adicional (...) la suma actualizada a julio 31 de 2011 asciende a \$392.793.903.

TOTAL VALOR ACTUALIZADO (...) \$834.172.382.

OCTAVA: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 – 8 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 1 del Decreto 679 de 1994 sobre las sumas a que se refieren las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA anteriores se condene a Metrocali S.A. a reconocer y pagar intereses (...).

NOVENA: Que las sumas a las cuales se refieren las peticiones séptima y octava anteriores se actualicen desde julio de 2011 a valor presente y con los intereses hasta el momento de proferirse la sentencia materia de este proceso.

DÉCIMA: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA y artículo 22 de la Ley 640 de 2001 se condene en gastos del proceso y costas a Metrocali S.A. (...).

DÉCIMA PRIMERA: Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.” (fl. 977 cdno. 1 – mayúsculas sostenidas y resaltado originales).

Como fundamento fáctico de las súplicas la sociedad actora Conalvías SA narró, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 16 de noviembre de 2004 suscribió con Metro Cali SA el contrato número MC-OP-05-04 cuyo objeto fue la construcción de un tramo del corredor troncal centro y obras complementarias del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali, a precio global fijo sin fórmula de ajuste, con un plazo de ejecución de 11 meses.
- 2) Durante la ejecución se alteró el equilibrio económico debido a (i) errores, inconsistencias y deficiencias en los diseños que fue necesario modificar lo cual afectó el valor global; (ii) mayor permanencia en obra por la necesidad de ampliar el plazo contractual producto de las modificaciones de los diseños y, (iii) el aumento en un (1) punto porcentual de la tarifa de la contribución denominada “*estampilla Pro Universidad del Valle*” que, para la fecha de suscripción del contrato era el 1% de cada factura y durante la ejecución el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo no. 140 de 7 de diciembre de 2004, se aumentó al 2% sobre el valor total del contrato, lo que el contratista no tenía el deber de soportar.
- 3) Metro Cali SA no debió aplicar la nueva tarifa al recaudar la estampilla porque el contrato ya estaba firmado cuando esta fue modificada; aunque el nuevo hecho generador y tarifa se fijaron cuando ya se había firmado el contrato, Metrocali SA aplicó las nuevas disposiciones y retuvo el 2% del valor total del contrato; la contratante solo estimó un 1% por tal concepto al presentar su ofrecimiento.
- 4) Mediante oficio número CSA-0048-2006 de 21 de abril de 2006 Conalvías SA solicitó a Metro Cali SA el reintegro del 1% retenido en exceso por concepto de la estampilla pero no recibió respuesta.

2. Contestación de la demanda

En la oportunidad legal Metro Cali SA (fl 1094 cdno. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) El contrato fue liquidado bilateralmente y la única salvedad que formuló Conalvías SA fue la relativa a un supuesto desequilibrio por el pago de la contribución municipal; si bien esta pudo generar afectación al contratista, la contratante se limitó a aplicar las normas correspondientes y no incumplió lo pactado, además, el recaudo de ese tributo no afectó de manera anormal y grave la utilidad prevista por el contratista.

2) No puede haber reconocimiento por mayor permanencia producto de la ampliación del plazo contractual porque esta fue acordada por las partes, al igual que las suspensiones que afectaron los trabajos, sin presentar objeciones o salvedades; los hechos que las determinaron no son imputables a la sociedad contratante.

3) Los riesgos derivados de posibles cambios en los diseños los asumió el contratista quien declaró conocerlos cuando presentó la oferta.

4) El contrato fue adicionado en precio.

Formuló las siguientes excepciones: *(i) inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato* por cuanto los pagos efectuados remuneraron los costos realizados y la utilidad esperada; *(ii) irrelevancia de los mayores costos* porque eran previsibles; *(iii) contrato no cumplido* debido a que fue el contratista quien no cumplió el plazo inicialmente previsto; *(iv) responsabilidad de Conalvías en el mayor plazo* toda vez que no fue quien determinó los atrasos en la ejecución y, *(v) ocurrencia de hechos no imputables a la entidad*, como lo fueron los mayores costos en los que tuvo que incurrir el contratista para cumplir una obligación que se pactó a precio global.

3. La sentencia apelada

El 29 de enero de 2016 (fl. 1181 cdno. ppal.) el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Sistema Escrito¹ acogió parcialmente las pretensiones con sustento en la siguiente argumentación:

1) No es posible reconocer los mayores costos reclamados porque estos obedecieron a la ejecución de acuerdos entre las partes en los que el contratista no consignó reparos o salvedades; como colaborador de la administración, Conalvías tenía el deber de informar a la administración los posibles hechos generadores de desequilibrio y no lo hizo en el momento de adoptar bilateralmente las suspensiones y modificaciones del contrato.

2) Sin embargo, el contrato se desequilibró por el *“hecho del príncipe”* por motivo de un acto general y ajeno a la relación contractual lo afectó; no puede desconocerse la inescindible relación existente entre Metro Cali SA y el Concejo Municipal de Santiago de Cali *“por cuanto en el sentido amplio no puede desconocerse que la administración es una, así como el Estado es uno”*; como está acreditado que se cobró a la sociedad actora un 1% adicional de la estampilla producto de un acto general posterior a la suscripción del contrato, se debe reintegrar el valor que Conalvías acreditó que le fue descontado por dicho concepto.

3) Las sumas reconocidas (\$348.975.396) se deben actualizar conforme al IPC entre la fecha del pago y la de la sentencia lo cual arroja un valor de \$526.387.592.

4) Sobre la cifra reconocida se reconocen intereses de mora desde abril de 2006, cuando la contratista solicitó el reintegro de los dineros (no se señaló el extremo final de la causación de intereses ordenados).

¹ Corporación a la que fue enviado el expediente en estado de fallo para efectos de descongestión judicial.

4. La apelación

En la oportunidad legal Metro Cali SA (fl. 1210 cdno. ppal.) interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se nieguen todas las pretensiones, para lo cual adujo el siguiente razonamiento:

1) La aplicación de un (1) punto porcentual adicional por concepto de estampilla, según el Acuerdo 140 de 2004 del Concejo Municipal de Santiago de Cali no implicó un rompimiento abrupto y exagerado del equilibrio financiero del contrato atendido su valor total fue \$34.503.460.245; el contratista nunca alegó que ese incremento tuviera el alcance de “*desquiciar su utilidad proyectada*” (fl. 1212 cdno. ppal.).

2) Las adiciones en dinero se pactaron a sabiendas de que ya existía el tributo del 2% y el contratista se apresuró a firmarlas sin manifestar inconformidad, por lo cual lo ejecutado fue superior a los \$38.000.000.000.

3) Metro Cali SA no impuso el incremento de la contribución y por ello es erróneo considerar que “*se comportó como el príncipe*”; ese hecho sorprendió tanto al contratista como a la contratante; la expedición del referido Acuerdo 140 de 2004 fue un hecho conocido por ambas partes y ello no afectó la ejecución ni la utilidad.

5. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales Conalvías SA solicitó que se confirme la sentencia apelada (fl. 1241 cdno. ppal.) e insistió en que el Acuerdo 140 de 2004 proferido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali fue posterior a la firma del contrato y, por ende, imprevisible, al tiempo que, la parte demandada nunca restableció el equilibrio roto por virtud de la aplicación de esa norma. Metro Cali SA reiteró los argumentos del recurso de alzada, en especial, que esa sociedad es distinta del municipio de Santiago de Cali que dictó el Acuerdo y del Departamento del Valle que es el beneficiario de los recaudos. El Ministerio Público no conceptuó.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El contratista reclama el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que consideró alterado por tres circunstancias: (i) defectos en los diseños, (ii) mayor permanencia en obra y, (iii) mayor tarifa de la estampilla pro Universidad del Valle porque se le aplicó retroactivamente el Acuerdo Municipal 140 de 2004 pese a que ya se había suscrito el contrato y el hecho generador era la firma del contrato; la primera instancia negó lo pretendido por los dos primeros conceptos y, la parte actora no apeló, de modo que el objeto de la apelación se restringe al análisis del desequilibrio producto del incremento en un (1) punto porcentual de la tarifa del mencionado tributo, ya que Metro Cali SA funge como apelante único².

En esas condiciones, la decisión del recurso de alzada la Sala³ impone, en primer lugar, precisar el régimen jurídico del contrato en orden a establecer las reglas de derecho sobre las cuales debe definirse la controversia, puntualmente respecto del desequilibrio económico que la primera instancia ordenó restablecer y si había lugar a ello; en segundo término, se resolverá la inconformidad de la parte demandante respecto de con las retenciones realizadas por concepto de la estampilla pro Universidad del Valle para efectos de determinar si fue antijurídica la conducta de

² El referido aspecto fue motivo de salvedad expresa en el acta de liquidación bilateral así: “4. Reclamaciones: “Que la interventoría mediante comunicado No. CPEB-002-09 de fecha febrero 11 de 2008 entregó a Metro Cali SA concepto técnico final de la reclamación, en el cual le reconoce a CONALVÍAS S.A., la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$666.925.758). De la suma anterior TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO (MIL) CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$348.955.406), corresponden a la reclamación por por concepto del incremento del valor de la ESTAMPILLA PRO-UNIVALLE”. Que Metro Cali S.A., previo análisis jurídico y técnico de la reclamación no accede al reconocimiento y pago de dicha reclamación y por ende la misma no será objeto de la presente liquidación.” (fl. 921, cdno. 1A – mayúsculas fijas del original).

³ Antes de analizar el fondo del asunto se verifica que no operó la caducidad de la acción ejercida porque el contrato MC-OP-05-04 se liquidó bilateralmente mediante acta de 24 de junio de 2009 (fl. 922 cdno. 1A); cuando restaba un mes para que se cumpliera el plazo de dos años con que contaba Conalvías SA para accionar, ese término se suspendió como producto de la solicitud de conciliación prejudicial que radicó el 25 de mayo de 2011; luego, el trámite se declaró fallido el 16 de agosto de 2011, por lo que a partir del día siguiente la Conalvías contaba con un mes para demandar y lo hizo el 26 de agosto de 2011 (fl. 1075 cdno. 1), antes de que venciera.

Metro Cali SA de aplicar el Acuerdo 140 de 2004 del Concejo Municipal de Santiago de Cali a un contrato que ya se había celebrado en la época de su expedición.

La sentencia de primera instancia será revocada y, en su lugar, se denegarán las pretensiones porque no se probó la alteración grave de la ecuación económica contractual ni fue antijurídica la conducta de Metro Cali SA de realizar las retenciones correspondientes.

2. El régimen jurídico y el equilibrio financiero del contrato producto del incremento del 1% en la tarifa de la estampilla pro Universidad del Valle

La contratante Metro Cali SA es una empresa industrial y comercial del Estado en los términos del artículo 85 de la Ley 489 de 1998. El contrato materia de la litis fue suscrito el 16 de noviembre de 2004 y, en tal virtud, no resultan aplicables para determinar su régimen jurídico las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, por lo cual debe atenderse lo previsto en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 respecto de su sujeción a la Ley 80 de 1993:

“ARTÍCULO 93.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. **Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.** (se destaca).

En ese contexto, la Ley 80 de 1993 reconoce el derecho de los contratistas a que se mantenga el equilibrio de la ecuación económica del contrato cuando se vea alterado por situaciones imprevistas no imputables a las partes; el artículo 27⁴ reitera en ese mismo cuerpo el derecho a que se mantenga el equilibrio de la

⁴ *Ibidem*, “ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

ecuación financiera y agrega que cuando su ruptura no es imputable al afectado se deben adoptar las medidas para restablecerlo en el menor tiempo posible.

Así las cosas, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico está previsto para evitar que situaciones posteriores a la suscripción del contrato afecten la ecuación económica del contrato y dejen al contratista en una situación de desventaja, atendido el hecho de que quien acude como colaborador de la administración no quede llamado a soportar las situaciones financieras adversas imprevisibles que puedan surgir durante la ejecución del contrato o las derivadas de la conducta de su contraparte a quien la misma ley dota de poderes excepcionales tendientes a conseguir el fin último de la contratación que, es la satisfacción de los intereses y necesidades públicas.

La jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en aceptar que existen diferentes eventos que pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato: (i) el acaecimiento de hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles, esto es, factores externos y ajenos a las partes del contrato; (ii) el ejercicio de los poderes estatales derivados de su supremacía en la relación contractual y, (iii) la expedición de decisiones generales y abstractas derivadas del ejercicio de sus poderes soberanos con la potencialidad para afectar situaciones propias de la ejecución⁵:

“[L]a ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes. La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’ y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y, paralelamente, en la ‘teoría de la previsibilidad’.”.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 43306, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En ese contexto, el equilibrio contractual puede alterarse (i) por situaciones imprevisibles e irresistibles ajenas a las partes, eventos en los cuales según lo prevé el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 el contratista tiene derecho a ser llevado a un punto de no pérdida porque, como colaborador de la administración, no está legalmente llamado a soportar solo los efectos económicos imposibles de prever y precaver; (ii) cuando la ecuación se altera por decisión de la administración en ejercicio del poder soberano o del *ius variandi* el derecho del contratista va más allá y le permite mantener inalterado el equilibrio entre deberes y obligaciones surgidas al momento de contratar.

En el presente caso se reclama la ruptura del equilibrio económico derivado del incremento de un (1) punto porcentual en la tarifa de un tributo territorial dispuesto por el Concejo Municipal de Santiago de Cali mediante Acuerdo 140 de 7 de diciembre de 2004, esto es, en forma posterior a la suscripción del contrato número MC-OP-05-04 de 16 de noviembre de 2004. Para la Sala, el referido reclamo no se identifica con los supuestos que permiten la aplicación de la *teoría del hecho del príncipe* toda vez que, aunque las modificaciones introducidas a la contribución pro Universidad del Valle fueron adoptadas a través de un acto de carácter general, la parte demandada Metro Cali SA no lo expidió y, en tal virtud, tal como lo alega en el recurso de alzada, ese hecho también le resultaba imprevisible y no dependía de una manifestación de su voluntad ni tenía competencia para decretar o modificar tributos; con independencia de ello, como la expedición de la norma general es un hecho ajeno al contrato y a sus extremos, el reclamo por desequilibrio debe analizarse de cara a la *teoría de la imprevisión*⁶, de acuerdo con lo cual la administración está llamada a restablecer el equilibrio financiero del contrato frente a aquellas afectaciones graves que la alteren y que provengan de un hecho externo, ajeno a las partes e imprevisible.

Como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corporación⁷, la sola demostración del incremento del valor de la estampilla no da lugar a acoger las pretensiones

⁶ “La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.” (Sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14577, MP Ricardo Hoyos Duque).

⁷ “No basta con probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que

económicas de la sociedad contratista, quien, tenía la obligación de acreditar que por esa causa se alteró de manera grave el equilibrio financiero del contrato, lo cual no se demostró.

En efecto, no se allegó al proceso la propuesta económica del contrato ni ninguna otra prueba que permita concluir que el cobro del 1% adicional por concepto de la estampilla pro Universidad del Valle alteró de manera grave el equilibrio económico del contrato o que dejó al contratista en una situación de pérdida.

Lo acreditado es que en el contrato número MC-OP-05-04 se pactó a precio global la construcción del corredor troncal centro y obras complementarias de un tramo del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali (fl. 55 cdno. 1) por un valor inicial de \$34.503.460.245 y, cuyo valor final producto de adiciones y actas de reconocimiento de valores adicionales alcanzó un total de \$39.380.798.824 según consta en el acta de liquidación bilateral (fl. 920 cdno. 1A); así las cosas, consta que el valor del reclamo por el incremento en el valor de la estampilla pro Universidad del Valle (\$348.955.406⁸) correspondió al 0,8861% del total de lo ejecutado.

Por otra parte, aún en ausencia de la oferta económica de Conalvías SA, los documentos anexos a las reclamaciones por desequilibrio (fl. 839 cdno. 1A) refieren que el AUI del contrato era del 39% lo cual no revela la existencia de una afectación grave de la economía del contratista y, por el contrario, acredita que existían un margen que tenía la potencialidad de absorber el efecto del hecho imprevisto alegado como fuente de desequilibrio; en todo caso, no se conoce cómo estaba distribuido ese porcentaje, esto es, los valores individuales de administración,

*tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida **ab - initio**, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él".* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, MP Ramiro Saavedra Becerra – destacado del original).

⁸ Valor de la pretensión, aunque la sentencia de primera instancia reconoció un valor ligeramente superior producto de la prueba que tuvo en cuenta para tasarlo, sin reparar en el límite de lo pedido.

utilidad e imprevistos ni los pormenores finales de la ejecución financiera, de modo que no es posible establecer si se afectó el equilibrio económico del contrato.

La carga de la prueba de la grave alteración de la economía del contrato le correspondía a la parte demandante quien, en este caso no cumplió con ella, razón por la cual se impone revocar la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. Legalidad de las retenciones realizadas por Metro Cali SA

Si bien este punto no fue objeto de análisis en la primera instancia ni materia de la alzada, se impone definirlo por razón de no prosperar los reclamos por desequilibrio, toda vez que la demandante lo alegó oportunamente y no tenía interés jurídico para apelar debido a que la sentencia de primera instancia le fue favorable en cuanto al reintegro de la contribución pagada, aunque, por causas distintas.

En efecto, la demanda está dirigida a obtener el restablecimiento del equilibrio económico pero también a cuestionar la legalidad de las retenciones realizadas por cuanto Conalvías SA considera que, en forma indebida, se le aplicó retroactivamente el incremento en la tarifa de la mencionada contribución sin tener en cuenta que el hecho generador era la firma del contrato y este ocurrió con antelación a la expedición del referido acuerdo.

Para ilustrar el punto es preciso atender la literalidad de la demanda en la cual Conalvías SA reclama que hubo desequilibrio por el hecho de imponer obligaciones tributarias pero, a su vez, controvierte la legalidad de aplicación retroactiva del Acuerdo 140 de 2004 del Concejo Municipal de Santiago de Cali:

“A la fecha de apertura de la licitación, adjudicación y celebración del contrato MC-OP-05-04 de 2004 se encontraba vigente en el Municipio de Santiago de Cali el cobro de la Estampilla Pro Universidad del Valle el cual debía realizar METROCALI S.A. El Acuerdo 51 de diciembre 28 de 1990 establecía en su artículo 4 numeral 1:

‘Artículo 4. Los actos y documentos sobre los cuales será obligatorio el uso o cobro de la Estampilla Pro – Universidad del Valle, en la Administración Central y las entidades y establecimientos públicos descentralizados del Municipio son los

siguientes: 1. Las cuentas de cobro que presenten las personas naturales y jurídicas de derecho privado en cuantía equivalente al 1% de su valor”.

Lo establecido en el Acuerdo 51 de 1990 era:

- Hecho generador: la presentación de cuentas de cobro;
- Base gravable: la cuantía de cada cuenta de cobro; y
- Tarifa: El 1% del valor de cada cuenta de cobro que se presentara.

Acompaño copia auténtica del Acuerdo 51 de 1990, con constancia de sanción y publicación.

Mediante Acuerdo 140 de diciembre 7 de 2004 el Concejo Municipal de Santiago de Cali modificó el numeral 1 del artículo 4 del Acuerdo 51 de 1990, el cual quedó así:

‘1. **Los contratos**, las órdenes de trabajo y todo documento **en que conste una obligación contraída por las Entidades Públicas Municipales en cualquiera de sus modalidades**, las Empresas Industriales y Comerciales, las Empresas o Sociedades de Economía Mixta, la Contraloría Municipal y las entidades privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos y que presenten las personas naturales o jurídicas, con cargo al tesoro municipal y de las entidades citadas, **pagarán el 2% de su valor total**.

Con la modificación del numeral 1 del artículo 4 del Acuerdo 51 de 1990 se modificó tanto el hecho generador, como la base gravable, la causación del gravamen y la tarifa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo 140 de 2004, a partir del 7 de diciembre de 2004, en materia de ESTAMPILLAS PRO – UNIVERSIDAD DEL VALLE:

- HECHO GENERADOR: Son los contratos que se suscriban en que conste una obligación contraída por METROCALI.
- BASE GRAVABLE: Es el valor total del contrato que se suscriba.
- CAUSACIÓN DEL GRAVAMEN: Como el hecho generador es el contrato, el gravamen se causa a la firma del contrato en el cual conste la obligación a cargo de la entidad municipal.
- TARIFA: 2% del valor total que se cause del contrato.
- LA ESTAMPILLA SE PAGA: Cada que se cause un pago por la respectiva tesorería y la estampilla se paga sobre el monto efectivo del pago que se realiza a favor del contratista.

En consecuencia mientras el Acuerdo 51 de 1990 gravaba las cuentas de cobro, el Acuerdo 140 de 2004 grava los contratos, el gravamen se causa al momento de la firma del contrato, pero el pago de la estampilla se realiza al momento en que la entidad municipal efectúe cada pago y sobre el monto efectivo de cada uno.

(...).

El contrato MC-OP-05-04 no podía ser gravado en los términos del acuerdo 140 de 2004, pues este acuerdo estableció el hecho generador en la suscripción del contrato y cuando se expidió y

sancionó el acuerdo 140 de 2004 (diciembre 7 de 2004) ya se había suscrito el contrato MC-OP-05-04 (noviembre 16 de 2004).

(...).

Debo insistir en que en nuestro concepto el incremento del Impuesto Estampilla Pro Universidad del Valle, efectuado con posterioridad a la celebración del contrato, mediante Acuerdo No. 140 de diciembre 7 de 2004 NO SE APLICA AL CONTRATO MC-OP-05-04 ni a los pagos que con relación a él se efectúen, pero en el evento que METROCALI S.A. no comparta los análisis por nosotros efectuados, ese mayor valor no le correspondería asumirlo a CONALVÍAS S.A. sino a METROCALI SA., para lo cual se debería, en forma inmediata, proceder a restablecer el equilibrio económico del contrato, proveyendo METROCALI los mayores costos". (fl. 998 y ss. cdno. 1 – subrayado, resaltado y mayúsculas fijas originales).

El 21 de abril de 2006 Conalvías SA le solicitó a Metrocali SA la suspensión de los descuentos del 2% en aplicación del Acuerdo 140 de 2004 y el reintegro de la diferencia del 1% en los ya realizados:

"Suspenda METROCALI SA. de forma inmediata y definitiva la realización de descuentos por concepto de estampilla Pro – Universidad del Valle en los términos del Acuerdo 0140 de diciembre 7 de 2004, sobre los pagos que se realicen a CONALVÍAS S.A. con relación al contrato MC-OP-05-04; (...). Reintegre METROCALI S.A. a CONALVÍAS S.A. las sumas de dinero que por concepto de ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD DEL VALLE ha descontado o está proyectando realizar en tarifa superior al uno por ciento (1%) en los pagos atinentes al contrato MC-OP-05-04, o sea sobre los pagos correspondientes a las facturas presentadas desde el mes de marzo de 2005 y hasta el momento en que se resuelvan de forma favorable y definitiva las peticiones materia de este memorial. A continuación relaciono las facturas (...) Total. \$343.599.325." (fl. 343 cdno. 1).

El 4 de julio de 2006 (fl. 364 cdno. 1) reiteró la mencionada petición ante el silencio de la administración, la parte demandante negó haber recibido respuesta y Metro Cali SA no acreditó el hecho positivo contrario. Consta que al pronunciarse sobre las peticiones de restablecimiento del equilibrio del contrato efectuadas por el contratista, la interventoría sostuvo que el tema estaba *"por resolver por la entidad"* (fl. 913 cdno. 1A).

En ese marco fáctico acreditado en el proceso, es claro para la Sala que la parte demandante planteó un reparo de legalidad en tanto se cuestionó la procedencia o no de aplicar el aumento en la tarifa de la contribución y, que como correspondía, suscitó la respuesta de la administración respecto de su inconformidad con la retención, al tiempo que el silencio de la administración no puede interpretarse

como un acto ficto negativo que le correspondiera demandar porque, en materia de contratos estatales, ese silencio sería constitutivo del derecho reclamado por virtud de lo previsto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁹ si se comprueba que le asiste razón a la contratista, circunstancia que permite decidir de fondo sobre el punto sin exigir que se hubiera demandado algún acto administrativo contractual, expreso o ficto.

Sin embargo, la Sala no encuentra demostrado que la conducta de Metro Cali SA al aplicar el incremento en la tarifa de la estampilla pro Universidad del Valle pueda calificarse como antijurídica ya que se limitó a obedecer la regla tributaria a partir de su vigencia.

Está probado que la referida estampilla se creó el 28 de diciembre de 1990 mediante Acuerdo municipal no. 051 (fl. 420 cdno. 1) y gravó *“las cuentas de cobro que presenten las personas naturales y jurídicas de derecho privado, en una cuantía equivalente al 1% de su valor”*, según lo previsto en el artículo 4 ordinal 1º de la norma (fl. 421 cdno. 1), por su parte, el Acuerdo 140 de 7 de diciembre de 2004 modificó la tarifa y el hecho generador en los siguientes términos:

“Artículo 1: MODIFÍQUESE, el numeral 1º del artículo 4º del Acuerdo 51 de diciembre 28 de 1990, el cual quedará así:

1. Los contratos, las órdenes de trabajo y todo documento en que conste una obligación contraída por las Empresas Públicas Municipales en cualquiera de sus modalidades, las Empresas Industriales y Comerciales, las Empresas o Sociedades de Economía Mixta, la Contraloría Municipal y las entidades privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos y que presenten las personas naturales o jurídicas, con cargo al tesoro municipal y de las entidades citadas, pagarán el 2% de su valor total.

2. Los demás numerales del artículo 4 del Acuerdo 51 de 1990, continúan vigentes.

3. El presente Acuerdo, rige a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Municipio de Santiago de Cali.” (fl. 59 cdno. 1 – mayúsculas fijas del original, resalta la Sala).

⁹ Ley 80 de 1993, “Artículo 25. Principio de economía. En virtud de este principio: (...) 16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”.

Así las cosas, no es cierto que el acuerdo municipal de 2004 gravó únicamente los contratos suscritos a partir de su vigencia; por el contrario, es claro que era aplicable a todo documento de cobro de obligaciones a cargo de las empresas públicas municipales; en efecto, aunque se eliminó de la redacción de la norma la expresión “*cuentas de cobro*”, esta se reemplazó por “*contratos órdenes de trabajo y todo documento en que conste una obligación*”, esto es, se amplió el hecho generador a otros eventos no previstos inicialmente; por consiguiente, la suscripción de contratos quedó sujeta al referido tributo, así toda obligación con cargo al presupuesto de la entidad contratante.

Según se probó mediante certificación expedida por la revisora fiscal de Conalvías SA (fl. 947 cdno. 1) los descuentos correspondientes a retención por concepto de estampilla los realizó Metro Cali SA en vigencia del Acuerdo municipal 140 de 2004, cuando procedió al pago de actas parciales de obra suscritas entre el 9 de marzo de 2005 (acta 1) y el 1º de agosto de 2006 (acta 15), producto de las correspondientes facturas que emitió Conalvías SA¹⁰, de donde se colige que no hubo aplicación retroactiva de la reforma introducida en el año 2004 ni se practicaron retenciones ilegales que puedan comprometer la responsabilidad de la demandada, por lo cual las pretensiones no pueden prosperar.

4. Costas

No se impondrá condena en costas en aplicación del artículo 171 del CCA ya que no se advierte conducta temeraria o de mala fe de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1) Revócase la sentencia de 29 de enero de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Sistema Escrito accedió parcialmente a las

¹⁰ Facturas 6013, 6014, 6132, 6235, 6336, 6467, 6574, 6731, 6876, 6993, 7167, 7422, 7421, 7567 y 7668 emitidas por Conalvías SA a Metro Cali SA (fl. 947 cdno. 1).

pretensiones, en su lugar se dispone:

“PRIMERO. Niéganse las súplicas de la demanda.

SEGUNDO. Sin costas”.

2º) Ejecutoriada esta providencia **devúelvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente

(firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado (salva voto)

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.