

## **EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / HECHO DEL PRINCIPE**

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

## **PLIEGO DE CONDICIONES**

Como acto administrativo que es, su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad. En el sub lite, la cláusula contractual (impuestos y derechos) modificó ilegalmente el pliego de condiciones en dicho extremo y no obliga a la contratista.

**Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).**

**Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.**

**Referencia: Expediente No. 6353. - Contratos. - Actor: Ceat General de Colombia S.A.**

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 22 de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que aparecen concebidas en los siguientes términos:

"1 Que se condene a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a Ceat General de Colombia S. A. la suma de \$17.580.303.40, que es el mayor valor que, tuvo que pagar la demandante por concepto del impuesto establecido en el artículo 9o. Ley 50 / 84 y de IVA por la importación de materias primas con destino al cumplimiento del pedido SCN - 425 - E celebrado entre las mismas partes.

"2. Que en la sentencia se ajuste la suma a que fueren condenadas las Empresas, tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor".

En la demanda se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que entre las Empresas Públicas de Medellín y la sociedad Ceat General de Colombia S. A. se celebró el contrato SCN 425 - E para el diseño, fabricación y entrega de cables monopolares

de cobre de 350 y 750 KC mil, 15 KV; contrato que se adicionó luego (convenio No. 1 / 85).

2) Que durante la ejecución se planteó el hecho de la exención, de los derechos de importación.

3) Que la demandante en comunicación de 16 de abril de 1984 dirigida a la entidad pública, manifestó que la propuesta la hizo en consideración a que la importación de la materia prima estaría exenta de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y consular y que en caso de que hubiera que pagarlos serían de cuenta de las Empresas.

4) Que la adjudicación se hizo a sabiendas de esta situación.

5) Que con posterioridad a la celebración del contrato la ley 50 de 1984, que empezó a regir el 1.º de enero de 1985, estableció un impuesto equivalente al 80% del valor CIF de todas las importaciones, en los términos y con las exenciones indicadas en su artículo 9o.

6) Que la expedición de la ley constituyó un hecho imprevisible e irresistible para las partes (el hecho del príncipe) que implicó que la importación de la materia prima resultara gravada con la suma de \$17.580.303.40; y que rompió el equilibrio financiero del contrato al disminuir la utilidad prevista por la demandante con la ejecución del contrato.

7) Que la demandante solicitó el reconocimiento de los derechos que había pagado y la entidad se pronunció negativamente aduciendo que dicho reconocimiento sería válido "si se estableciera que el impuesto del 80% creado por la ley 50 / 84 corresponde a alguno de los siguientes conceptos: derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y consular". Esto debido a que esos conceptos son los citados expresamente en la propuesta y que deberán ser pagados por Empresas, en el caso de que variara la condición de exención que se tenía en la fecha de ella".

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en los términos anotados al principio de esta motivación. Para tomar su decisión, luego de precisar los alcances de la teoría del hecho del príncipe, consideró que ella no era aplicable en el caso subjudice. Así, arguyó:

"8. En el caso a estudio no puede hablarse de hecho del príncipe (como se plantea en la demanda, f. 4), porque el impuesto no fue establecido por la entidad contratante, sino por el Congreso Nacional.

"9. Además, no era algo imprevisible, como también se afirma allí (f. 3 y 4):

9.1 Por considerar que el país se encontraba en grave crisis fiscal (entre otras razones), el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Económica por el término de 50 días, mediante decreto No. 3742, de diciembre 23 de 1982 y procedió a dictar varios decretos tendientes a modificar el régimen tributario (artículo 122 de la C.N.).

"La Corte Suprema de Justicia - modificando radicalmente su posición anterior - , declaró inexecutable los Decretos, en aplicación del principio de la participación popular para el establecimiento o aumento de los impuestos, artículo 43 de la C.N.: que sólo podría el Gobierno decretar ciertos impuestos, pero con carácter excepcional , restrictivo, específico, concreto, que correspondan a situaciones sobrevinientes de crisis económica o fiscal y que se hallen destinados exclusivamente a conjurarlas o a impedir la extensión, pero sin ir más allá de la atribución extraordinaria prevista en el artículo 76 - 14 de la C.N. para el mismo congreso (fallo de febrero 23 de 1983, reiterado en posteriores oportunidades):

"Era previsible que el Gobierno recurriera al congreso para procurar la expedición de ley es

encaminadas al fortalecimiento fiscal de la Nación y de las entidades territoriales, como ocurrió con las leyes 9 y 14 de 1983 y 50 de 1984.

"9.2 Pero no sólo era previsible, sino que se previó expresamente, tanto en el pliego de condiciones y especificaciones (folio 40, página 3.6), como en el contrato (f. 18), que **EL CONTRATISTA** pagaría todos los impuestos y derechos que con base o en razón del contrato" ... llegue a cobrar el Gobierno Colombiano, sin que pueda exigir a **LAS EMPRESAS** compensación diferente al pago de los precios pactados ..." y la sociedad, en su propuesta manifestó: "Estamos enterados y aceptamos".

Además, se basó el a - quo en la cláusula "Impuestos y derechos" del contrato en cuestión, para afirmar la no responsabilidad del ente demandado.

Descontenta la parte actora, apeló.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir, Para ello, se considera:

Para el señor fiscal décimo de la corporación la sentencia merece ser revocada. En apoyo de su opinión de 5 de junio de 1991. (a folios 186 y siguientes) estima que "dada la imprevisibilidad del impuesto creado por la Ley 50 de 1984, la descompensación del equilibrio financiero generada por el gravamen y el correlativo empobrecimiento del contratista, es justo darle aplicación a la teoría de la imprevisión para restablecer, así sea en parte, el quebranto económico, mediante una razonable compensación pecuniaria".

También se apoya el ministerio público en la doctrina extranjera (Rivero y Vedel) y en jurisprudencia de esta misma sala que coinciden en aceptar que cuando por situaciones imprevistas se hace más oneroso el cumplimiento del contrato, no imposible, la administración deberá restablecer el equilibrio financiero del contrato indemnizando al contratista.

Para la sala la sentencia recurrida deberá revocarse, tal como lo sostiene el ministerio público. Así, en este orden de ideas se analizarán a continuación los siguientes extremos: La acción propuesta; el pliego de condiciones y su incidencia en el contrato; el hecho del príncipe y la conclusión.

La demanda

Es típicamente contractual y encaja dentro de las controversias contractuales que regulaba el artículo 87 del C.C.A. y que regula hoy, luego de las modificaciones que le introdujo el artículo 17 del decreto 2304 de 1989.

En ella se pretende que la entidad demandada, para restablecer el equilibrio financiero del contrato SCN - 425 - E, pague a la contratista, con los ajustes de ley, la suma de \$17'580.303.40", que es el mayor valor que tuvo que pagar la demandante por concepto del impuesto establecido en el artículo 9o. de la Ley 50 de 1984 y de iva por la importación de materias primas"....

Interpretada así la demanda se entiende, como lo hizo el Tribunal, que la actora no tenía que solicitar la nulidad de un acto administrativo en particular porque, en el fondo, lo que se pide es el cumplimiento del contrato con una indemnización correlativa.

El pliego de condiciones.

Tal como lo dice dicho pliego "es un acto administrativo sujeto en su validez a todas las condiciones de los actos administrativos: competencia del funcionario que lo aprueba, forma, objeto y causa". (Teoría General del Contrato Administrativo. Depalma 2a. ed. 1980, pág. 330).

Y contiene un conjunto de reglas indicativas de los derechos y obligaciones que asumirán las partes contratantes, entre sí y frente a los terceros en general; reglas que, en términos generales, rigen la naturaleza, el modo y la forma de la colaboración del contratista con la administración; y gobiernan el interés económico que impulsa al particular a contratar.

Como se desprende de su índole de acto administrativo, el pliego produce efectos jurídicos propios. Y tal como lo dice el mismo autor citado, "no puede ser alterado ni modificado por la administración después de hecho el llamado a quienes deseen celebrar el contrato, sino dentro de ciertos límites y consecuencias".

Como acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad.

En el caso sub júdice y concretamente frente al punto de la controversia (el pago de los impuestos por la importación de la materia prima), se observa que uno es el texto que figura en el pliego de condiciones, y otro el que aparece como cláusula contractual.

A este respecto, se anota:

El pliego de condiciones en su punto 3.07 con el título "Impuestos y derechos", reza: "El contratista deberá cubrir todos los impuestos, derechos y gastos de legalización del contrato que por motivo de él cobre el gobierno colombiano, sin que tenga derecho a exigir compensación diferente al pago de los precios estipulados en el contrato".

En cambio, en el contrato se lee:

"Impuestos y derechos. El contratista deberá pagar todos los impuestos y derechos que con base o por razón de este contrato, llegue a cobrar el gobierno colombiano, sin que pueda exigir a las Empresas compensación diferente al pago de los precios pactados. Además deberá cubrir los gastos de legalización de este contrato.

Además, la propuesta del contratista de enero 30 de 1984 (a folios 41 y siguientes) fue enfática en referencia al punto 3.07 del pliego sobre "Impuestos y derechos": "Estamos enterados y aceptamos".

Como es claro la proponente se refería expresamente al pliego de condiciones (a los impuestos vigentes a la sazón) y no a la cláusula contractual que se deja transcrita. Esto, por obvio, ya que el pliego (diciembre de 1983) y la propuesta (enero 30 de 1984) fueron anteriores en el tiempo al contrato, el que apenas se suscribió en junio de este último año.

Se hacen las transcripciones precedentes para destacar que la cláusula contractual (impuestos y derechos) modificó ilegalmente el pliego de condiciones en dicho extremo y no obliga a la contratista; la que ajustó su voluntad al pliego, tal como se explicará un poco más adelante.

Esa modificación es clara. Mientras el pliego señala que los impuestos, derechos y gastos de legalización que por motivo de él cobre el gobierno colombiano los pagará el contratista, la cláusula contractual introduce una nota de futuro ("llegue a cobrar el gobierno") que como tal obliga al contratista no sólo a pagar los vigentes al momento de su legalización sino todos aquéllos que se establecieron en el futuro. La diferencia de forma y contenido es fundamental, ya que el pliego habrá que entenderlo con referencia a los derechos, impuestos y gastos exigibles al momento de su legalización y no en relación con otras obligaciones futuras que no existían a la sazón.

La intención de las partes tampoco puede pasarse por alto. La administración elaboró su pliego y la contratista presentó su propuesta cuando regía el decreto 444 de 1967 que exencionaba la importación de materia prima de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y consular. Es decir, ambas partes ajustaron su voluntad en torno a un régimen impositivo específico y vigente y este ajuste merece el respeto de la ley.

Corrobora el aserto anterior la correspondencia cruzada entre las partes durante la etapa de licitación. Así en comunicación de 3 de abril de 1984, (a folio 30) el ingeniero de proyectos y diseños de las empresas al preguntarle a la proponente Ceat de Colombia que en caso de no conseguirse la exención de esos derechos, quien correría con el costo de los mismos?", obtuvo la siguiente respuesta en oficio de abril 16 de 1984 (a folio 31):

"Nuestra oferta para la licitación de la referencia se formuló teniendo en cuenta y de acuerdo al Decreto 444 de 1967 y la reglamentación vigente por el Gobierno, que la importación de la materia prima estaría exenta de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y consular.

"En caso de que el Gobierno cambie la reglamentación existente al respecto, el costo de los derechos que se ocasionen, si así lo estima el Gobierno, deberían ser cancelados por cuenta de las Empresas Públicas de Medellín".

No existe en el expediente ningún documento en el cual la entidad rechace o discuta el contenido de la anterior comunicación. Por lo tanto, todo da a entender que esa entidad adjudicó el contrato (autorizado por la Junta Directiva el 29 de mayo de 1984, según consta en acta 1056) a sabiendas de esta última comunicación circunstancia que para la sala se ajustaba al pliego de condiciones elaborado por la misma.

También cabe pensar, para rechazar la posición del ente demandado y confirmar la intención de la contratista y su buena fe, que la voluntad se ajustó en torno a la legislación preexistente a su manifestación. Esta es una presunción de juez que no fue desvirtuada y que antes, por el contrario, resulta corroborada. Y esa presunción se entiende, con mayor razón, cuando se licita un objeto que soporta gravámenes y costos que inciden en el valor final de la propuesta. Pero lo que si no tiene presentación es que un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador. Esto equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula, tal como lo afirma el profesor Marien Hoff en su obra Tratado de Derecho Administrativo Abeledo Perrot 1983, Tomo IIIA pág. 492.

El hecho del príncipe

Lo anterior sería suficiente para despachar favorablemente las súplicas de la demanda. La buena fe contractual Y la obligatoriedad del pliego asisten

la razón de la contratista.

Pero, como la demanda alega el hecho del príncipe como fuente de su pretensión indemnizatoria y el a - quo lo rechaza, la sala observa que la aplicación de la teoría mencionada también le da la razón a la demandante.

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, cómo sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada.

Frente a esta tesis la medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

A este respecto es ilustrativo lo sostenido por el profesor antecitado en la obra mencionada y que la sala prohija en especial en cuanto al fundamento de la pretensión indemnizatoria.

Dice el profesor argentino:

"Sólo el álea "anormal", extraordinaria, que afecte la economía del contrato queda a cargo del Estado. En este orden de ideas, en Francia se ha resuelto que tales disposiciones generales pueden dar lugar a indemnización en base a la teoría del "hecho del príncipe" cuando ellas causen una verdadera "alteración" o "trastorno" en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el contratante. Es lo que suele o puede ocurrir con la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias, autorización para exportar productos de la índole de los que deben ser proveídos al Estado según el contrato, etc. Todo esto constituye cuestiones de hecho, cuya solución depende de cada caso concreto, al que deberá aplicársela los "principios" pertinentes. No pueden darse soluciones fijas: sólo pueden exponerse criterios generales.

"El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su contratante, basada en el "hecho del príncipe", radica en los "principios" de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues, so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al contratante, se le estaría dando un trato desigual respecto a los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma "general" dictada afecta los derechos individuales de tal contratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haríase incidir sobre él una carga que no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho, en la especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. No es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo sufra el detrimento en su patrimonio obedeciendo esto a razones de interés público. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la

norma "general" dictada que trastorna o altera la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría, si en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el contratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato: habría ahí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (artículo 17 de la Ley suprema) - de la que forma parte el derecho nacido de un contrato - , ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio del contratante. A las demás personas o habitantes a quienes afecte la expresada medida "general", no les corresponde, en este supuesto, indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse éstas vinculadas al Estado por un contrato, no es "diferencial", no pudiendo entonces invocar a su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de esa norma "general". En tales casos, la

obligación del Estado de indemnizar al contratante es una obvia consecuencia del "principio" también contenido en el expresado artículo 17 de la Constitución, conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido: trátase de un principio general de derecho aplicable en todos los supuestos de lesión patrimonial particular por razones de interés público y no sólo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública".

Todo lo anterior sirve de apoyo para rechazar la tesis del tribunal y para reafirmar la causa petendi alegada en la demanda.

Pero fuera de lo dicho, que refuerza aún más la pretensión indemnizatoria de la parte actora, la sala expone, en tomo a lo decidido por el a - quo, algunas glosas adicionales:

- 1) Porque no se percató de la diferencia existente entre el texto del pliego en materia de "Impuestos y derechos" y el del que figura en el contrato.
- 2) Porque no midió el alcance de las pruebas que determinaron sobre qué extremos se hizo el ajuste de la voluntad de las partes.
- 3) Porque no acertó al calificar la expedición de la ley 50 de 1984 como un verdadero hecho del príncipe, con todas las notas que la doctrina nacional y extranjera le ha dado a la teoría.

Decir que no se configuró tal hecho "porque el impuesto no fue creado por la entidad contratante, sino por el Congreso Nacional, es olvidar cosas como éstas: que la demandada no puede crear impuestos y que el hecho del príncipe, en especial en materia impositiva, tiene que provenir de quien sea, dentro del Estado, el competente para tornar la medida general.

4) Porque no es razonable ni serio que el tribunal sostenga que la expedición de la ley 50 de 1984, que no se sabía expedido cuando se adjudicó el contrato, no sólo era previsible, sino que también era previsible su contenido.

5) Porque tampoco es serio que el a - quo diga que el hecho de la ley 50 se había previsto expresamente en el pliego de condiciones, porque este parte del texto del contrato y no del texto del pliego que, como se dijo atrás, dice otra cosa; y es la ley del contrato, en tanto y en cuanto acate la normatividad superior.

En suma de todo lo anterior.

Le asiste la razón a la contratista, y la entidad pública, para restablecer el equilibrio financiero del contrato, deberá pagarle a aquélla el valor de los impuestos pagados; el que asciende a la suma de \$17'580.303.40, discriminados así: impuesto ley 50 de 1984 \$15'982.093; e iva \$1'598.209.00.

Dichos valores aparecen bien acreditados tanto con la prueba documental que opera dentro del expediente (a folios 125 y siguientes) como del dictamen pericial que figura a folios 139 y siguientes. Así mismo esos valores aparecen certificados por el revisor fiscal de la demandante a folios 68 y coinciden con los enunciados.

De esas pruebas se desprende también que la indemnización pretendida se debe desde noviembre 16 de 1985. De allí que será a partir de esa fecha a partir de la cual se ordenará el reajuste de la condena con base en la fórmula

$$V_p = v_h \frac{\text{ind. } f}{\text{ind. } i}$$

ind. i

De donde  $v_p$  o valor actualizado que se busca a la fecha de este proveído;  $v_h$  o \$17.580.302.00; ind. f o índice final a la fecha de este proveído (226.46); e ind. i o el vigente en octubre de 1985 (51.43).

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase en todas sus partes la sentencia de junio 22 de 1990. En su lugar:

Condénase a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a la firma contratista Ceat General de Colombia S. A. la suma de SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON 33 / 100 M / CTE. (\$77'410.762.33) a título de indemnización por la ruptura del equilibrio financiero en el contrato SCN - 425 - E.

La entidad pública deberá cumplir esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses contados a partir de su ejecutoria y moratorios luego.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.**

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1992.

**Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; Carlos Betancur Jaramillo,**

**Juan de Dios Montes Hernández,**

**Julio César Uribe Acosta.**

**Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.**

