

CONTRATOS – Normas – Tiempo de su celebración

[...] a términos de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, los contratos se rigen, en lo sustancial, por las normas vigentes al tiempo de su celebración, disposición que se acompaña con el contenido del artículo 78 de la Ley 80 de 1993 (hechos 19 y 25).

ECONOMÍA DEL CONTRATO – Imposición de nuevos tributos – Afectación – Hecho del príncipe – Riesgos – Inherentes – Actividad contractual

La Sección Tercera ha señalado en algunas oportunidades que la imposición de nuevos tributos, que afectan por vía de reflejo la economía del contrato, pueden, eventualmente, fracturar la ecuación contractual por el acaecimiento del denominado “*hecho del príncipe*” y en otras oportunidades, en cambio, ha señalado que tal supuesto se ajusta a la llamada teoría de la imprevisión.

Pese a lo anterior, ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada que, cualquiera sea la teoría que se aplique, la imposición de nuevos tributos no equivale, per se, a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que, tratándose de un “*hecho del príncipe*” o de una circunstancia imprevista, debe analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma tributaria [...]

Es decir, no basta probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad pública- profirió una medida de carácter general, mediante la cual impuso un nuevo tributo, que el mismo se hizo exigible y que el contratista 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 del equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida inicialmente, que el mismo se sale de toda previsión y que, además le representa una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación a su cargo.

Lo anterior, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituye rompimiento del equilibrio económico del mismo, pues siempre, en todo negocio, existen unos riesgos inherentes a la actividad contractual, que deben ser asumidos por el contratista.

CONTRATOS ADICIONALES – Naturaleza jurídica – Consejo de Estado – Sección tercera

“El anterior Estatuto contractual de las entidades estatales, Decreto Ley 222 de 1983, no se ocupó de definir qué debía entenderse por contrato adicional, lo que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre su naturaleza y procedencia, a pesar de la claridad de la norma que en el anterior régimen hablaba de su celebración, cuando fuera necesario el aumento del plazo o del valor del principal; así, se ha sostenido por ejemplo, que cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual -y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra-, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.

“Pero el contrato estatal, en la medida en que sea oneroso, siempre debe tener un valor, independientemente de que con posterioridad se den circunstancias que conduzcan a su variación, como resulta ser precisamente, en los contratos de obra pública por precios unitarios, la mayor cantidad de obra que sea necesario ejecutar para el cumplimiento del objeto contractual; en este caso, es evidente que el valor a pagar no puede ser el mismo pactado inicialmente, puesto que al hacer la operación de multiplicar la cantidad de obra realmente necesaria de los respectivos ítem por el precio unitario fijado para ellos en el contrato, dará una suma superior a la calculada, es decir que **el valor** del contrato necesariamente varía; y este cambio, a la luz de lo estipulado en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, debía ser recogido en un nuevo negocio jurídico que celebraran las partes, y que la ley denominaba expresamente contrato adicional, todo esto sin perjuicio de los reajustes necesarios para la conservación del valor intrínseco del contrato, según las fórmulas matemáticas pactadas en él.

[...]

“Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente en el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar”.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN “A”**

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación: 85001-23-31-000-1996-0025201

Expediente: 14.445

Demandante: Topco S.A.

Demandado: Instituto Nacional de Vías- INVÍAS

Naturaleza: Contratos

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de octubre de 1997 por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se impuso condena en costas a cargo de la parte actora (fls. 219 a 236, Cd. Ppal.).

I ANTECEDENTES

1.- La demanda

Mediante escrito presentado el 3 de junio de 1996, la sociedad TOPCO S.A., por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., instauró demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS¹, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Se condene al Instituto Nacional de Vías a devolver a la sociedad que represento la suma de \$524.089.081,62, que hasta la fecha de ésta (sic) demanda han cancelado a aquel (sic), que constituye el mayor valor que mi poderdante tuvo que cancelar por concepto de la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

“2. Se condene, igualmente, al Instituto Nacional de Vías a pagar a mi poderdante por concepto de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, que no es otra que la del doble del bancario corriente de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio, sobre la expresada suma de \$524.089.081,62, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al no haber devuelto a la sociedad que represento desde las fechas en que tuvieron que hacer los pagos y hasta la devolución de los montos correspondientes, como consecuencia de los valores cancelados por concepto de Contribución Especial.

¹ En adelante INVÍAS.

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

"4. Se ordene al Instituto Nacional de Vías que a partir de la fecha de la sentencia que ponga fin al presente juicio no cobre a la sociedad en cuyo nombre actúo y durante el tiempo que quedare para la ejecución final del contrato, los valores correspondientes a la Contribución Especial o Impuesto de Guerra.

"5. En subsidio de la petición indicada en el numeral 4) precedente, se ordene al Instituto Nacional de Vías que proceda a partir de la sentencia que ponga fin al presente proceso a revisar los precios del contrato de obra pública materia de esta demanda, cuyos nuevos precios tendrán una vigencia igual a la que faltare para la finalización del plazo contractual, con el fin de aumentarlos en un porcentaje que se calcule como necesario para poder el contratista atender los nuevos costos que surgieron por razón de la aplicación de la ley que estableció la Contribución Especial o Impuesto de Guerra" (fl. 20 a 21, Cd. Ppal.)

2. Los hechos.-

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Previo proceso de licitación pública, el FONDO VIAL NACIONAL, hoy INVIAS, celebró con la firma LOS TOPOS CONSTRUCCIONES LTDA. el contrato 178 de 10 de junio de 1987, para la construcción del sector Monterrey- Tauramena- Aguazul, de la carretera Aguazul- Villanueva (Marginal de la Selva), por el sistema de precios unitarios, de conformidad con los planos y especificaciones suministradas por el FONDO VIAL NACIONAL. Tiempo después, el negocio fue cedido a la sociedad TOPCO CONSTRUCCIONES S.A. con la aprobación del FONDO VIAL NACIONAL.

2.- El contrato fue modificado en trece oportunidades con el fin de adicionar su plazo, su valor y elaborar nuevos programas de trabajo e inversiones; dichas modificaciones se hallan contenidas en los contratos adicionales 331 de 1989, 295 de 1990, 362 de 1991, 993 de 1991, 436 de 1992, 668 de 1992, **466 de 1993, 1016 de 1993, 511 de 1994, 649 de 1994, 1079 de 1994, 371 de 1995 y 178-13-87 de 1995**. Es de anotar que, para la fecha de presentación de la demanda, el objeto del contrato aún se hallaba en ejecución.

3.- El 14 de diciembre de 1992, es decir, 5 años después de suscrito el contrato, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-ley 2009, en cuyos artículos 1º y 2º dispuso que

todas las personas que, en adelante, suscribieran contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebraran contratos de adición en valor, deberían pagar una contribución equivalente al 5% del monto total del correspondiente contrato o de la respectiva adición, el que debía ser consignado dentro de los 5 días calendario siguientes al pago.

4.- Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 104 de 1993, cuyo artículo 123 estableció la misma obligación tributaria. El artículo 124 de dicha ley determinó la forma como se haría el descuento del 5% en las cuentas que fueran canceladas al contratista.

5.- Consideró que, como el contrato 178 de 1987 se suscribió cinco años antes de la expedición de la norma que creó el gravamen, no le son aplicables tales disposiciones; no obstante, el INVÍAS ha procedido "injustamente" a hacer los descuentos en cada una de las cuentas de cobro pagadas a la sociedad demandante.

Señaló, por otra parte, que el cobro de la contribución constituye un hecho imprevisible e irresistible que generó ruptura en el equilibrio económico del contrato, el cual debía permanecer inalterable durante su ejecución y, por lo mismo, debe ser restablecido. Además, como el contrato aún se halla vigente, debe fijarse el mecanismo para revisar los precios acordados para su ejecución, en el porcentaje que se calcule necesario para atender los nuevos costos que surgieron como consecuencia del impuesto de guerra (fls. 1 a 20, Cd. Ppal.).

3.- La actuación procesal.-

Por auto del 11 de octubre de 1996 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación de la demandada al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al señor Director General del Instituto Nacional de Vías, por conducto del Director de Carreteras del distrito de obras públicas del departamento de Casanare; asimismo, se ordenó la notificación personal al señor agente del Ministerio Público, se ordenó la fijación en lista del negocio y se reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte actora (fl. 130, Cd. Ppal).

4.- La Impugnación.-

Dentro del término de fijación en lista, el INVÍAS, por conducto de apoderado judicial (fl. 144 y 167 C. Ppal), procedió a contestar la demanda.

Se opuso a las pretensiones formuladas y, en cuanto a los hechos, manifestó, respecto de algunos de ellos, atenerse a los que resulten probados dentro del proceso y, en relación con los restantes, negó que tuvieran tal naturaleza.

Como razones de la defensa, sostuvo que el INVÍAS se atuvo a lo establecido por las normas que regulan la contribución especial, también llamada impuesto de guerra, entre ellas, las contenidas en los decretos 2009 de 1992 y 515 de 1993 y en las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995.

Señaló que la situación por la cual se demanda no se ubica dentro de la noción teórica de la "imprevisión", como supuesto de ruptura del equilibrio económico - financiero de la relación negocial, por cuanto los contratos adicionales al contrato principal 178 de 1987 constituyeron nuevos convenios que, entre otras, fueron celebrados cuando ya habían entrado a regir las disposiciones que impusieron el gravamen, de manera que la situación para el contratista no era imprevista, imprevisible o irresistible y, por el contrario, conocía la existencia de la carga tributaria y se allanó a cumplirla.

Con fundamento en los anteriores argumentos, propuso la excepción que denominó "*Inexistencia de la obligación a cargo de la demandada*".

Por último, señaló que el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- sólo funge como agente retenedor del gravamen, pues, a términos de las normas señaladas, los recaudos deben ser consignados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la entidad territorial respectiva (fl. 133 a 141, Cd. Ppal).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- El apoderado judicial del INVÍAS reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda, en cuanto a que la contribución especial fue aplicada, únicamente, a los contratos adicionales celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de las normas que consagran el gravamen.

En cuanto a las pruebas recaudadas, cuestionó el dictamen pericial practicado dentro del proceso, por cuanto, a su juicio, se elaboró sin tener certeza sobre cuáles actas correspondían a los contratos adicionales celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 104 de 1994.

Reiteró que la entidad demandada únicamente fungió como agente retenedor del gravamen, pues, finalmente, los dineros recaudados fueron consignados al tesoro nacional (fls. 213 a 218 Cd. Ppal).

5.2.- La parte demandante y el señor agente del Ministerio Público guardaron silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Es la dictada el 2 de octubre de 1997 por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda y se impuso condena en costas a cargo de la parte demandante. La decisión apelada se encuentra fundamentada en los planteamientos que se resumen a continuación:

El contrato 178 de 1987 se suscribió bajo el régimen jurídico contenido en el Decreto-ley 222 de 1983 y, luego, fue adicionado en 13 oportunidades. El valor inicial era de \$1.558'384.020 y, en la fecha de dictar la sentencia, ascendía aproximadamente a \$7.000'000.000, lo cual indica que se pactaron obras que no estaban convenidas inicialmente, hecho que se destacó en el contrato adicional 362 del 27 de mayo de 1991, al establecerse que se haría un nuevo programa de trabajo y de inversión.

A juicio del Tribunal, las adiciones suscritas no son otra cosa que nuevos contratos, a los que se deben aplicar las disposiciones vigentes a la fecha en que se suscribieron. En el contrato 1079 del 30 de diciembre de 1994, se hizo constar expresamente que le era aplicable la contribución especial de que trata la Ley 104 de 1993 y, en el contrato 178-1387 de 1995, se dejó constancia en el mismo sentido; por tal razón, el contratista no puede alegar válidamente que se le están aplicando normas que no estaban vigentes a la fecha de celebración del contrato.

Señaló que, en el caso bajo examen, no existen situaciones "imprevistas", que doctrinariamente se han denominado "hecho del príncipe", porque se encuentra demostrado que la contribución especial de que trata la Ley 104 de 1993 sólo se cobró respecto de los contratos adicionales celebrados con posterioridad a la vigencia de la disposición, más concretamente a partir del 8 de marzo de 1995.

Descartó la posibilidad de que en el presente caso se haya fracturado el equilibrio económico - financiero del contrato, puesto que la obligación tributaria es una carga del contratista y él la debe prever en la presentación de su oferta o en la discusión del contrato que va a celebrar; por tal razón, la entidad estatal no está obligada a restablecerlo en los términos previstos por el ordinal 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

Añadió: "...La situación sería bien diferente, si esas cargas fiscales se hubieren impuesto dentro del término de ejecución del contrato (sea inicial o adicional) porque ahí sí sería aplicable la tesis del 'hecho del príncipe', pues dentro de la autonomía estatal es

factible que ello suceda, entonces estaríamos frente a algo imprevisible, que necesariamente obliga al contratante a tomar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio contractual...".

Por último, destacó que, si las pretensiones de la sociedad demandante hubieran resultado prósperas, la devolución del recaudo debía hacerla el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la DIAN, por ser estas entidades las que realmente recibieron los dineros, pues el INVIAS sólo cumplió el papel de agente retenedor, presentándose, en criterio del Tribunal, falta de legitimación por pasiva, porque la entidad contratante no obtuvo beneficio alguno por este concepto (fls. 219 a 235 Cd. Ppal).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se estimen las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que la sentencia de primera instancia es contradictoria porque, en su entender, el a quo aceptó que se produjo un supuesto que reviste la connotación del "hecho del príncipe", *"...como fue la creación del nuevo impuesto, por haberse establecido dentro del término de ejecución del contrato..."*.

Transcribió *in extenso* los diferentes conceptos que emitió la DIAN en torno a la viabilidad de efectuar la deducción de la contribución, para concluir que éstos son sumamente claros, en el sentido de que la contribución no resulta aplicable respecto de los contratos de obra pública que se hubieren celebrado con anterioridad a la vigencia de las normas que lo establecieron.

Señaló que el concepto emitido el 19 de septiembre de 1994 por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación carece de fuerza vinculante; además, la misma Sala se había pronunciado con anterioridad en relación con el tema, en sentido opuesto.

Manifestó su desacuerdo con la afirmación atinente a que los contratos adicionales contienen la obligación de ejecutar obras no convenidas inicialmente, es decir, que constituyen contratos nuevos, pues, al momento de la celebración del contrato principal, es frecuente que se desconozcan las cantidades reales de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual, razón por la cual procede celebrar contratos a precios unitarios, que fue lo ocurrido en el presente caso. En ese

contexto, señaló que el valor del contrato es tan solo estimativo y, por consiguiente, puede cambiar o variar durante la ejecución, especialmente al finalizar la obra.

Concluyó que la suscripción de los contratos adicionales: i) obedeció a la necesidad de ejecutar mayor cantidad de obra de la presupuestada, ii) no varió el precio contratado al no haber cambios en el valor de los precios unitarios acordados y, en consecuencia, el contrato adicional no constituyó un nuevo acuerdo de voluntades, porque el objeto del contrato no mutó, iii) puso al contratista en la situación de pagar la contribución especial, iv) presentó rompimiento del equilibrio financiero del contrato, al haberse aumentado los costos de ejecución en un 5% y v) no era necesaria, toda vez que se trataba de una mayor cantidad de obra, sin modificar el objeto del contrato; en consecuencia, la administración está obligada a restablecer el equilibrio económico fracturado.

Afirmó que el supuesto se ubica dentro del denominado "*hecho del príncipe*", pues, al momento de la celebración del contrato, era imposible prever el valor de la contribución, debido a que la norma que lo estableció entró a regir 5 años después de la suscripción del acuerdo. Por otra parte, sostuvo que el monto de la contribución no se tuvo en cuenta al momento de negociar los contratos adicionales, por cuanto, de conformidad con el pliego de condiciones, las cláusulas contenidas en el contrato 178 de 1987 y la resolución 12409 de 1986, en los contratos adicionales en valor los contratistas no podían incluir, en los precios unitarios, factores diferentes a aquellos que se tuvieron en cuenta al momento de presentar la propuesta, como podría ser, por ejemplo, el valor de nuevos impuestos que afectaran el contrato.

Dijo que, si bien es cierto la entidad demanda no derivó beneficio alguno de las retenciones efectuadas, con destino al pago de la contribución especial, toda vez que las mismas se entregaron al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no menos cierto es que el equilibrio financiero del contrato se rompió en virtud de un hecho imputable al Estado, consistente en la creación del impuesto de guerra o contribución especial, lo cual hizo más onerosa la ejecución de las obras y, por lo mismo, corresponde al INVIAS, como entidad contratante, restablecerlo.

Por último, manifestó que, en otros contratos, el INVIAS, por vía de la conciliación extrajudicial, reconoció el valor del impuesto de guerra o contribución especial; por consiguiente, en el presente caso también es procedente tal reconocimiento (fls.239 a 270, Cd. Ppal).

8.- El trámite de segunda instancia.-

Por auto del 18 de febrero de 1998 se admitió el recurso de apelación, a la vez que se ordenó notificar personalmente al delegado del Ministerio Público (fl. 276, Cd. Ppal) y, mediante auto de 31 de agosto de 1998, se ordenó correr traslado a las partes, por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegatos (fl. 303, Cd. Ppal.).

8.1.- Alegato de conclusión de la parte actora.-

Reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, así como la petición atinente a que la sentencia de primera instancia sea revocada, para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, ordenando el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

8.2.- La entidad demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

9.- El concepto del Ministerio Público.-

El delegado del Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia apelada.

Manifestó que, con el material probatorio arrimado al plenario y de conformidad con los artículos 123 y 124 de la Ley 104 de 1993, se pudo establecer que la entidad demandada dedujo, por concepto de la contribución especial, el 5% de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, correspondientes a los contratos adicionales celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada norma.

El delegado del Ministerio Público presentó varias hipótesis que darían lugar a la celebración de un contrato adicional en valor y plazo que constituirían, en verdad, nuevos acuerdos de voluntades y otras que solo significarían el incremento de las cantidades de obra pactadas inicialmente.

Agregó que la prueba recaudada no permite establecer los motivos que dieron lugar a la celebración de los contratos adicionales que originaron la retención que el demandante cuestiona y si éstos trataban de obras nuevas, obras adicionales, mayores cantidades de obra o variación del precio unitario de los ítems iniciales.

De otra parte, señaló que lo consignado en los acuerdos celebrados entre las partes, en el sentido de que el contratista debía ajustarse en el cumplimiento de sus obligaciones a un nuevo programa de trabajos e inversiones, no permitía arribar a la conclusión a que llegó el a quo, atinente a que la adición del valor inicialmente pactado se debió a la construcción de obras nuevas y, por lo tanto, los acuerdos celebrados no podían considerarse como adiciones sino como contratos nuevos.

Sostuvo que, como se desconoce el origen de la celebración de las adiciones en valor al contrato inicial, carga que correspondía a la parte actora, no puede desvirtuarse si tenían o no el carácter de adicionales, no sujetos a las deducciones de la Ley 104 de 1993 y que, por lo tanto, la única solución era recurrir al tenor literal de los citados acuerdos. Concluyó que las deducciones efectuadas a las cuentas de cobro presentadas por la sociedad demandante eran legalmente procedentes, teniendo en cuenta que la Ley 104 de 1993 así lo establece expresamente en el caso de celebración de contratos de obra pública y para el evento de contratos que adicionen el valor de los ya existentes.

En relación con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, sostuvo que no resultaba procedente que el juez ordenara su restablecimiento, puesto que, al no haberse establecido el origen de la adición al valor, resulta imposible determinar con precisión si en la fijación del precio de las nuevas obras se tuvo o no en cuenta el nuevo impuesto creado en virtud de la Ley 104 de 1993.

Para terminar, sostuvo que en el texto de los contratos adicionales quedó consignado expresamente que a los mismos les era aplicable la contribución especial del 5% de que trata el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, lo cual significa que tal erogación fue prevista por las partes al suscribir las respectivas adiciones en valor (fls. 310 a 326, Cd. Ppal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

I.- La competencia de la Sala.-

La Sala es competente para conocer, en segunda instancia, del presente proceso, proveniente del Tribunal Administrativo del Casanare, por vía de apelación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Para la fecha de interposición de la demanda –3 de junio de 1996–² la competencia por razón de la cuantía estaba definida por el artículo 132 del decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 2º del decreto 597 de 1988³, el cual establecía que los Tribunales Administrativos conocerían, en primera instancia, de los procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la administración en que se hubiera incluido cláusula de caducidad, celebrados por la

² Folio 35 vto., Cd. Ppal.

³ El artículo 131 del C.C.A., fue modificado posteriormente por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998.

Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía excediera de \$13'460.000.

La cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a la suma de \$524'089.081.62 (pretensión segunda de condena), monto que, como se puede observar, supera la cuantía establecida para acceder a la segunda instancia.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- El asunto materia del litigio.-

Analizados los fundamentos de hecho en que estriban las pretensiones de la demanda, la Sala observa que la parte actora, de un lado, sostiene que la contribución especial del 5%, prevista, inicialmente, por el artículo 1º del Decreto Legislativo 2009 de 1992 y después, por el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, no es aplicable a los contratos adicionales al contrato de obra pública 178 de 1987, por cuanto, para la fecha de entrada en vigencia de la norma jurídica que estableció, por primera vez, el cobro del gravamen, el contrato principal se hallaba perfeccionado 5 años atrás y, a términos de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, los contratos se rigen, en lo sustancial, por las normas vigentes al tiempo de su celebración, disposición que se acompasa con el contenido del artículo 78 de la Ley 80 de 1993 (hechos 19 y 25).

Al mismo tiempo, sostiene que la contribución constituye un hecho imprevisible e irresistible que se produjo mientras el contrato de obra pública 178 de 1987 se hallaba en ejecución, y que su cobro tuvo la virtualidad de alterar el equilibrio económico – financiero del contrato (hechos 21 a 24).

Como se puede observar, se trata de supuestos distintos que no son susceptibles de ser analizados de manera concurrente, a través del presente proceso, pues una cosa es reclamar la devolución de las sumas indebidamente cobradas por la falta de causación del gravamen o porque el hecho generador de la carga tributaria no se configuró, y otra es la solicitud tendiente a obtener la compensación de las sumas de dinero legalmente retenidas por concepto de la contribución especial, bajo la aducción de una supuesta alteración de la equivalencia de las prestaciones contractuales que, por consiguiente, rompieron el equilibrio económico del contrato.

En efecto, el primer supuesto da lugar a la negación del gravamen, a la falta de causación del mismo y, por ende, a la devolución de las sumas descontadas por tal

concepto, precisamente, por la ilegalidad del cobro. En tal evento, era necesario que el contratista formulara una solicitud en tal sentido a la administración y, si ésta negaba la reclamación, debía formular la pertinente demanda, cuestionando la legalidad del acto administrativo, a través de la acción procedente. La estructuración de tal hipótesis implica que el contratista no debía asumir la carga tributaria, lo que se traduce en un cobro de lo no debido, porque el contrato o los contratos adicionales no eran susceptibles de ser gravados con la contribución especial.

El segundo supuesto implica, en cambio, que la contribución sí era aplicable a los contratos adicionales al contrato de obra pública 178 de 1987, es decir, el cobro era legal e incidía en la relación contractual, sólo que, al decir de la sociedad demandante, la carga tributaria tenía la virtualidad de alterar la equivalencia de las prestaciones o el sinalagma funcional del contrato, en detrimento del patrimonio del contratista.

La correcta interpretación de los hechos y las pretensiones que informan la demanda permite concluir que el debate sustancial gira en torno al segundo de los supuestos planteados, es decir, a la presunta ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, determinada por la asunción de la carga tributaria.

III.- El marco legal de la contribución especial.-

El Gobierno Nacional, mediante el decreto legislativo 1793 del 8 de noviembre de 1992, declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional por el término de 90 días. En desarrollo de la citada disposición y como medida para conjurar la crisis que se presentaba, también expidió, entre otros, el decreto legislativo 2009 del 14 de diciembre de 1992, cuyo artículo 1º estableció, por primera vez, la contribución especial del 5% y cuya vigencia, inicialmente prevista hasta el 6 de febrero de 1993, fue prorrogada en tres oportunidades por el término de 90 días calendario, la última de las cuales se produjo a través del decreto legislativo 1515 del 4 de agosto de 1993, de manera que la vigencia de la norma que contemplaba la contribución se extendió hasta el 2 de noviembre de 1993.

Luego fue promulgada la Ley 104 de 1993⁴, *"Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"*, norma que sirvió de fundamento para aplicar los descuentos reclamados por el contratista, a través del presente proceso y cuyo artículo 123 estableció la obligación tributaria en los siguientes términos:

⁴ Diario Oficial 41.158, de 31 de diciembre de 1993.

“ARTÍCULO 123. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

“PARÁGRAFO. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este capítulo” (Subrayas fuera del texto).

Posteriormente, la contribución fue contemplada en similares términos por el artículo 62 de la Ley 241 de 1995 y, más adelante, por el artículo 120 de la Ley 418 de 1997.

IV.- El caso concreto.-

Para decidir este asunto, la Sala tendrá en cuenta los razonamientos expuestos en oportunidades anteriores, con ocasión de asuntos similares⁵, especialmente las sentencias más recientes de la Sección Tercera de la Corporación.

La Sección Tercera ha señalado en algunas oportunidades que la imposición de nuevos tributos, que afectan por vía de reflejo la economía del contrato, pueden, eventualmente, fracturar la ecuación contractual por el acaecimiento del denominado “*hecho del príncipe*” y en otras oportunidades, en cambio, ha señalado que tal supuesto se ajusta a la llamada teoría de la imprevisión.

Pese a lo anterior, ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada que, cualquiera sea la teoría que se aplique, la imposición de nuevos tributos no equivale, per se, a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que, tratándose de un “*hecho del príncipe*” o de una circunstancia imprevista, debe analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma tributaria; al respecto, ha dicho esta Sección⁶:

“Se deduce de estos antecedentes jurisprudenciales, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de

⁵ Sección Tercera, sentencias del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, del 30 de octubre de 2003, exp. 17.213, del 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, del 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578 y del 4 de febrero de 2010, exp. 15.665.

⁶ Sentencias del 27 de mayo de 2003 y del 18 de septiembre del mismo año, ya citadas.

sus obligaciones, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes”.

Es decir, no basta probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad pública- profirió una medida de carácter general, mediante la cual impuso un nuevo tributo, que el mismo se hizo exigible y que el contratista 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 del equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida inicialmente, que el mismo se sale de toda previsión y que, además le representa una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación a su cargo.

Lo anterior, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituye rompimiento del equilibrio económico del mismo, pues siempre, en todo negocio, existen unos riesgos inherentes a la actividad contractual, que deben ser asumidos por el contratista.

En este caso se encuentra probado que, entre el entonces FONDO VIAL NACIONAL y la sociedad LOS TOPOS CONSTRUCCIONES LTDA., fue celebrado, el 10 de junio de 1987, el contrato 178, cuyo objeto consistió en que el contratista (el segundo de los mencionados) se obligaba a ejecutar “...por el sistema de precios unitarios ... las obras para la construcción del sector Monterrey – Tauramena – Aguazul de la carretera Aguazul – Villanueva (Marginal de la Selva)” (fl. 39, C. Ppal), en un plazo de 24 meses (fl. 40, C. Ppal), por un precio inicial estimado \$1.558'384.020, resultante de multiplicar las cantidades de obra por el valor de los precios unitarios respectivos (\$1.298'653.350), más el costo de los imprevistos y las obras complementarias (20%, es decir, \$259'730.670.00) (fl. 51, C. Ppal).

El contrato en cita fue cedido por “LOS TOPOS CONSTRUCCIONES LIMITADA” a “TOPCO CONSTRUCCIONES S.A.”, con el visto bueno de la entidad contratante (fls. 54 y 55 C. Ppal).

El contrato fue adicionado en 13 oportunidades, a través de sendos contratos adicionales⁷ que se relacionan a continuación (fls. 56 a 85, C. Ppal):

⁷ Algunos de los contratos adicionales relacionados en el cuadro fueron aportados en copia simple, lo que, en principio, impediría otorgarles mérito probatorio, porque no satisfacen las exigencias que rigen la materia probatoria, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en esta oportunidad la Sala los valorará y, por ende, los tendrá en cuenta para elaborar los juicios de valor encaminados a decidir la controversia sometida a su consideración, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25.022), unificó su jurisprudencia en torno al tema y estimó procedente dar valor probatorio a las copias simples, cuando éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la parte contra quien se aducen o no hayan sido tachadas de falsas. Al respecto, debe anotarse que el ponente de

CONTRATO ADICIONAL	OBJETO DE LA ADICIÓN	VALOR DE LA ADICIÓN	PLAZO DE LA ADICIÓN
0331 del 10 de mayo de 1990	Prorrogar el plazo		Hasta el 13 de agosto de 1990
0295 del 10 de mayo de 1990	Prorrogar el plazo y adicionar el valor	\$991'332.612	Hasta el 13 de junio de 1991
0362 del 27 de mayo de 1991	Prorrogar el plazo		Hasta el 13 de junio de 1992
0993 de 1991 (copia incompleta)	Adicionar el valor	\$769'939.258	
436 del 3 de junio de 1992	Prorrogar el plazo		Hasta el 13 de junio de 1993
668 de 1992 (copia incompleta)	Adicionar el valor	\$508'349.015	
466 del 2 de junio de 1993	Prorrogar el plazo		Hasta el 15 de junio de 1994
1016 del 3 de diciembre de 1993	Prorrogar el plazo y adicionar el valor	\$695'134.062	Hasta el 30 de diciembre de 1994
511 del 22 de agosto de 1994	Adicionar el valor	\$397'219.464	
0649 del 2 de noviembre de 1994	Prorrogar el plazo y adicionar el valor	\$109'235.352.50	Hasta el 30 de diciembre de 1995
1079 del 30 de diciembre de 1994	Adicionar el valor	\$178'748.758.70	
0371 del 10 de abril de 1995 (copia incompleta)	Adicionar el valor	\$300'000.000	
178-13-87 (sin fecha)	Prorrogar el plazo y adicionar el valor	\$2.370'883.813	Hasta el 31 de diciembre de 1996

Según la prueba documental que reposa en el expediente, el INVÍAS practicó al contratista la retención por la contribución especial del 5%, en relación con los contratos 511 de 1994, 0649 de 1994, 1079 de 1994, 0371 de 1995 y 178-13 de 1987; la retención que sumó, en total, \$524'089.131.62, se efectuó en 19 actas de avance de obra y de reajustes de precios (fls. 87 a 105, C. Ppal). Los demás contratos adicionales no fueron gravados con el referido tributo.

Así las cosas, a pesar de estar probado en el proceso que la entidad demandada realizó varios descuentos al contratista por concepto de la contribución especial del 5%

la presente providencia no comparte la posición mayoritaria de la Sala de la Sección Tercera; sin embargo, la acata por respeto a las decisiones de la Corporación.

establecida en la Ley 104 de 1993, lo cierto es que tal circunstancia no es suficiente para acreditar el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

En efecto, el dictamen pericial rendido en el proceso y las pruebas documentales que militan en el expediente indican que, entre las partes, fueron celebrados 14 contratos (1 principal y 13 adicionales), por un valor total de \$8.239'226.355.20 y que, a la fecha de presentación de la experticia, habían sido pagados al contratista \$13.410'795.573.45, de los cuales \$3.798'634.760.80 correspondían a las actas de obra y los restantes \$9.612'160.811.87 concernían a las actas de reajustes de precios (fls. 23 a 30, C. 2).

Pero sucede que ninguno de los contratos adicionales segrega el costo de las actividades que se debían desarrollar y no existe, en el proceso, ninguna justificación técnica acerca de la realización de las adiciones en precio, pues no se allegó al plenario el programa de trabajos e inversiones y tampoco se discriminaron los porcentajes destinados a cubrir los imprevistos, las obras complementarias y los costos indirectos.

Lo anterior significa que la Sala carece de los suficientes elementos de juicio para establecer si, en desarrollo del contrato 178 de 1987 y de los contratos adicionales, la utilidad del contratista se vio disminuida por la asunción de la carga tributaria, pues bien podría pensarse que las adiciones en precio estuvieron destinadas, en parte, a compensar el valor de las deducciones hechas por la contribución especial.

De hecho, la información que se tiene en el expediente indica que en los contratos adicionales 0649 del 2 de noviembre de 1994, 1079 del 30 de diciembre del mismo año y 178-13-87 (sin fecha) quedó consignado, expresamente, que a ellos les era aplicable la *"contribución especial de que trata el artículo 123 de la ley 104 del 30 de diciembre de 1993"* (fls. 76, 79 y 84, C. Ppal) y, por consiguiente, se supone que, en relación con los precitados negocios, el contratista debió prever que la causación del impuesto podía afectar, eventualmente, la economía del contrato; pero, al suscribirlos sin manifestar nada al respecto, consintió en que el precio adicional comprendía el valor de la contribución.

Ahora bien, la Sala desconoce si la misma cláusula fue incluida en el contrato adicional 0371 del 10 de abril de 1995, pues, como quedó consignado en el cuadro que antecede, la copia que de él milita en el expediente se halla incompleta.

En el contrato adicional 511 del 22 de agosto 1994 no quedó consignada la estipulación a la cual se ha hecho mención; sin embargo, para la fecha en la cual fue

suscrito este contrato, la norma que estableció la contribución (Ley 104 de 1993) estaba vigente⁸ y, por ende, la carga tributaria debía ser conocida por el contratista.

A este respecto, el apelante sostiene que se hallaba en imposibilidad de introducir en el precio de los contratos adicionales el valor de la contribución especial del 5%, porque por tratarse, precisamente, de contratos adicionales, los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial.

Para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por la demandante, porque a la luz del Decreto-ley 222 de 1993 (norma que regía el contrato principal) los contratos adicionales constituían nuevos negocios jurídicos y, por consiguiente, las partes debían pactar las condiciones que lo regirían, de modo que, al celebrarlos el contratista bien pudo renegociar el valor unitario de los ítems⁹.

En efecto, respecto de la naturaleza jurídica de los contratos adicionales, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha dicho:

“El anterior Estatuto contractual de las entidades estatales, Decreto Ley 222 de 1983, no se ocupó de definir qué debía entenderse por contrato adicional, lo que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre su naturaleza y procedencia, a pesar de la claridad de la norma que en el anterior régimen hablaba de su celebración, cuando fuera necesario el aumento del plazo o del valor del principal; así, se ha sostenido por ejemplo, que cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual -y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra-, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.

⁸ La Ley 104 de 1993 fue promulgada en el Diario Oficial 41.158, del 31 de diciembre de 1993.

⁹ La Sección Tercera de la Corporación en alguna oportunidad señaló que el contratista también podía rechazar la suscripción del contrato adicional, para abrir paso a la modificación unilateral del contrato. Así se desprende del siguiente pronunciamiento.

“Finalmente, la demandante pretendió excusar su aceptación a la cláusula de sometimiento a la contribución especial argumentando que no le era permitido, por razones del servicio, detener la obra, lo cual encuentra apoyo en efecto en la ley pero lo que no es viable aceptar es la reiterada suscripción de contratos adicionales al valor del contrato sin salvedad alguna a esta cláusula en el entendido de encontrarse cobijado por el artículo 5 de la ley 80 de 1993 ...

“Pero es que, en este caso, no se probó condicionamiento o coacción por parte de la entidad contratante sino que por el contrario se estableció la aceptación manifiesta y sin salvedades de la situación, por parte del contratista, sin haber desplegado ni previa ni concomitantemente actividad que permitiera a la Sala entender que en efecto la sociedad demandante no aceptaba los términos del contrato adicional; su conducta evidencia todo lo contrario.

“Pero además si es que la coacción administrativa hubiese sido cierta, la sociedad demandante pudo, con su conducta, frustrar la celebración del contrato adicional y colocar a la administración en la adopción de una modificación unilateral del contrato, la cual como acto administrativo habría podido ser objeto de demanda, si es que se consideraba que el acto era ilegal, para que el juez definiera si en verdad lo era” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 2003, exp. 17.213).

“Sin embargo, se observa que una cosa es el valor del contrato y otra cosa su forma de pago, la cual puede pactarse por precio global, por el sistema de administración delegada, por el de reembolso de gastos, por otorgamiento de concesión o por precios unitarios **determinando el monto de la inversión**, tal como lo disponía el artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983.

“Pero el contrato estatal, en la medida en que sea oneroso, siempre debe tener un valor, independientemente de que con posterioridad se den circunstancias que conduzcan a su variación, como resulta ser precisamente, en los contratos de obra pública por precios unitarios, la mayor cantidad de obra que sea necesario ejecutar para el cumplimiento del objeto contractual; en este caso, es evidente que el valor a pagar no puede ser el mismo pactado inicialmente, puesto que al hacer la operación de multiplicar la cantidad de obra realmente necesaria de los respectivos ítem por el precio unitario fijado para ellos en el contrato, dará una suma superior a la calculada, es decir que **el valor** del contrato necesariamente varía; y este cambio, a la luz de lo estipulado en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, debía ser recogido en un nuevo negocio jurídico que celebraran las partes, y que la ley denominaba expresamente contrato adicional, todo esto sin perjuicio de los reajustes necesarios para la conservación del valor intrínseco del contrato, según las fórmulas matemáticas pactadas en él.

“(…)

“Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente en el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar”¹⁰ (se resalta).

Por otra parte, la Sala desconoce si el rubro de imprevistos¹¹ resultó afectado o no durante la ejecución del contrato; al respecto, es necesario anotar, en primer lugar, que correspondía al contratista demostrar que dicha partida presupuestal resultó insuficiente para mitigar la disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución¹², más aún si se tiene en cuenta que los contratos adicionales debieron prever un porcentaje destinado a tal fin (a la fecha de presentación de la

¹⁰ *Ibídem*.

¹¹ No sobra precisar que el rubro de imprevistos corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se puedan presentar en el curso del contrato y que puedan afectar su economía. Si bien el rubro de imprevistos debe estar contemplado en la oferta, realmente no es un dinero que pertenezca o vaya a pertenecer al contratista; por tal razón, al momento de liquidar el contrato, las partes deben tener en cuenta si este porcentaje fue amortizado y, en caso de que no se haya afectado este rubro, el dinero correspondiente debe ser reintegrado al comitente, pues, de lo contrario, tales dineros se convertirían en ganancia del constructor, con lo cual éste se enriquecería sin justa causa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524).

¹² A esta conclusión ha llegado la Sala en distintas oportunidades, entre ellas en las sentencias del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577 y del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, ya citadas..

demanda los contratos adicionales sumaban \$6.320'842.305.20) y, en segundo lugar, que ello no se probó en el proceso.

Ahora, en el sub-lite, el demandante tampoco demostró que las utilidades obtenidas fueran muy inferiores a las programadas cuando contrató y menos aún acreditó la real situación económica del contrato después de las retenciones que, por concepto de la contribución especial, le fueron practicadas, de modo que, en tales condiciones, no es posible establecer si los intereses económicos del contratista resultaron gravemente afectados.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo que hasta el momento ha sido expuesto, la Sala advierte que acceder a las pretensiones de la demanda implicaría que el contratista trasladara su carga tributaria a su co-contratante –Estado-, pues sería la entidad estatal la que terminaría asumiéndola y, en ese sentido, tan sólo se produciría un traslado de fondos dentro del mismo Estado – del INVÍAS al Ministerio de Hacienda-, lo que, obviamente, impediría que se cumpliera la finalidad pretendida al imponer la contribución especial, cual era la de **recaudar dineros de los particulares** que ejercen una actividad económica específica, para destinarlo, también de manera específica, a una actividad estatal, pues debe recordarse que la norma que impuso gravamen estableció que los sujetos pasivos del gravamen serían: **“Todas las personas naturales o jurídicas que”** suscribieran *“contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o”* celebraran *“contratos de adición al valor de los existentes”*¹³.

En conclusión, no se presentó fractura en el equilibrio económico – financiero del contrato de obra pública 178 de 1987 ni de sus adicionales, razón por la cual las pretensiones de la demanda están condenadas al fracaso.

V.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque no se dan los supuestos previstos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, para su procedencia.

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

¹³ El artículo 123 de la Ley 104 de 1994 dispuso: **“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”** (negrillas fuera del texto original).

FALLA

PRIMERO.- Confírmase la sentencia proferida el 2 de octubre de 1997 por el Tribunal Administrativo de Casanare.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA