

EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones / SUSPENSIÓN – Carácter total o parcial. Concepto / SUSPENSIÓN ACORDADA POR LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL – Fundamento legal

En la vida de los contratos administrativos surgen comúnmente imprevistos, en ocasiones ínsitos en el diseño del contrato, que generan interrupciones o alteraciones de la relación contractual en su concepción originaria y desvían el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista. Una de las contingencias más frecuentes del contrato estatal es la suspensión de los efectos en su ejecución. Sin embargo pese a la importancia del tema y a la periodicidad con que se plantea, hay que señalar que el asunto no está considerado en la ley, ni ha sido suficientemente destacado o estudiado por la doctrina. En la jurisprudencia se hace referencia a esta cuestión, a lo sumo, en relación con los perjuicios que pueda llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal cuando es acordada por las partes. (...) Advierte la Sala previamente, que la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista, o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesaria ante una modificación del contrato, o (iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o de facto, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o “indefinida”) y, (vi) por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total). (...) Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir. Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás. (...) Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual. Debe advertirse que actualmente la “suspensión temporal de los contratos estatales” no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993. (...) A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de

fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución. Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTICULO 57

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – Límites en materia de contratación estatal / AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Debe articularse con el principio rector del interés público

Bajo las exigencias del régimen de la contratación estatal, el postulado de la autonomía de la voluntad no tiene la amplitud que puede tener en la esfera del derecho privado y se ve aminorado en la medida en que debe articularse al principio rector del interés público y general materializado en los fines del Estado y, por tanto, en la búsqueda de los fines de la contratación estatal.

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL - Límites y fundamento

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. (...) Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer “lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla” y acordar “los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente” las situaciones que lleguen a presentarse. En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 3

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Diferencias con la modificación del plazo del contrato

Recientemente esta Sala se ocupó en extenso sobre el fundamento legal y las situaciones que posibilitan la modificación del contrato estatal, así como de los procedimientos para hacerla y los límites que deben atenderse para que puedan realizarse dichas modificaciones, según la jurisprudencia y la doctrina. Señaló la Sala en el Concepto 2263, que en atención al mandato de dirección general del contrato que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal puede acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias para orientar el cumplimiento de la finalidad del contrato; o puede, con el mismo propósito, ejercer las facultades excepcionales consagradas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. (...) Del Concepto 2263 cuyos apartes fueron parcialmente transcritos y resumidos, se puede afirmar que es viable la modificación del contrato de forma consensuada o unilateral para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo, entre otras razones, por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se contemplaron en el momento de su celebración, y con el exclusivo objeto de “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos” a cargo de la entidad contratante. (...) Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal (de las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal). Modificación y suspensión son figuras que pueden estar precedidas por situaciones que imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato. Ambas comparten la finalidad del interés general y son supuestos ciertamente excepcionales, ya que la regla general -y el escenario ideal-, es el cumplimiento de los plazos y la ejecución impecable del contrato. Sin embargo es preciso aclarar que no existen elementos comunes entre la modificación de los contratos estatales y la suspensión de los contratos, distintos a los puntos de encuentro antes expuestos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 14 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 16

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Diferencias con la suspensión de facto causada por incumplimientos contractuales

La suspensión como hecho o contingencia contractual acaece cuando alguno de los contratantes interrumpe el cumplimiento de sus obligaciones sin la presencia de razones de fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público. Para estos efectos, la legislación civil contempla la denominada excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos y cuyo fundamento se encuentra en el principio de la equidad y de la buena fe. (...) La jurisprudencia pues, ha reconocido que si se configuran incumplimientos graves imputables a la administración y la conducta del contratista se ajusta al principio de la buena fe, este pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Fuera del supuesto mencionado no existe norma legal que permita al contratista instar la suspensión o suspender el contrato de forma unilateral. Por otra parte, si la Administración honra sus obligaciones y es el contratista quien interrumpe de forma unilateral e injustificada el cumplimiento de las suyas con afectación grave y directa sobre la ejecución del contrato, la conducta del contratista puede constituir un incumplimiento que amerite la declaración de la caducidad del contrato, con las consecuencias que de tal declaración se derivan para la parte incumplida. Nótese que, en los eventos antes descritos, las suspensiones de facto son en estricto

sentido incumplimientos contractuales cuya responsabilidad y consecuencias deberá asumir la parte que decida suspender sin la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público y sin el consenso de su contratante.

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Causales

El acuerdo sobre la suspensión temporal de la ejecución de los contratos debe resultar siempre provechoso para los intereses públicos. Por fuerza de la definición y de la finalidad que encierra la suspensión de la ejecución del contrato, es requisito sine qua non la presencia de una causa válida y suficiente que justifique su uso. De lo contrario, podría constituir simple y llanamente una mampara que oculte el incumplimiento injustificado del contrato o un mecanismo para prorrogar indebidamente el plazo. Aun cuando la ley no regula actualmente la suspensión del contrato estatal, la jurisprudencia ha reconocido que puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.

CAUSALES DE SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito

En torno a esta definición y a la naturaleza misma de la fuerza mayor y del caso fortuito han surgido en nuestro medio algunas discusiones sobre la identidad jurídica de estos dos institutos. A pesar de las diferencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la fuerza mayor y el caso fortuito son supuestos normativos que extinguen las obligaciones y eximen de responsabilidad en los contratos. Sin embargo, en materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos. En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación. Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. Estas alteraciones están relacionadas con la teoría del hecho del príncipe y de la imprevisión. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en materia de distribución de riesgos previsibles a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007. Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido. En efecto, los eventos originados en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito, se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 64 / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 4

CAUSALES DE SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Suspensiones motivadas en procura del interés público

hace notar la Sala que los pronunciamientos judiciales que dan cuenta de las suspensiones originadas en circunstancias distintas a eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden evidenciar desatención de la Administración a los estrictos deberes de conducta que exige el desarrollo de la fase preparatoria y de planeación del contrato, descuido que desencadena dificultades en la ejecución, ya sea por ausencia de requisitos indispensables, como serían licencias y permisos ambientales o de construcción, o por la falta de los terrenos indispensables para las obras por demoras en su adquisición. Así las cosas, la suspensión acordada de la ejecución de los contratos no puede convertirse en un mecanismo para amparar incumplimientos de cualquiera de las partes, o corregir los efectos del incumplimiento, pues no está concebida como una figura que exonere a la entidad estatal de su deber de planeación, ni el deber del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones. Su finalidad es preservar el vínculo contractual cuando surgen eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del negocio jurídico. Recuerda la Sala que, si bien la tarea de la Administración en la contratación estatal es velar por la protección del interés público ínsito en los contratos estatales, que compromete el cumplimiento de necesidades impostergables de la comunidad, dicha finalidad no habilita a las entidades para utilizar cualquier medio en el logro del interés público propuesto. Por el contrario, las herramientas jurídicas que decida utilizar el Estado para cumplir este fin deberán ser legítimas y estar plenamente justificadas.

SUSPENSIÓN ACORDADA POR LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos / SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Requiere el acuerdo de las partes

Dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público. (...) La suspensión temporal del contrato estatal requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente. Lo anterior sin perjuicio de la suspensión de “facto”, en la cual no hay acuerdos, sino que únicamente se dejan constancias escritas de la ocurrencia de los eventos que impiden continuar con el cumplimiento de la obligación pactada.

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Efectos

Se ha establecido que durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza. Por consiguiente, al reanudar el cumplimiento de las obligaciones, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que se altera o desplaza la fecha de finalización del contrato. Ahora bien, debe advertirse que la forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó. Lo que ocurre es que, por el efecto mismo de la figura, se deja de contabilizar el tiempo y reinicia el conteo una vez

termina la suspensión del contrato. Lo que cambia entonces no es el plazo, sino el término o la fecha determinada en el contrato para el cumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo, si el cumplimiento de un contrato se sometió a la modalidad de un plazo extintivo de 31 días que inició el 1 de marzo y debía terminar el 31 de ese mes, y el contrato se suspendió desde el 5 de marzo hasta el 11, (e.i., por 6 días), esto implica que el plazo de cumplimiento de las obligaciones no expiró el 31 de marzo pues en esa fecha apenas habían transcurrido 25 días del plazo pactado, sino que se postergó por los 6 días de suspensión y en consecuencia la fecha para cumplir el contrato se trasladó en el tiempo y pasó a ser el 6 de abril, pero como puede advertirse el plazo de ejecución sigue siendo el mismo: los 31 días estipulados. Aclara la Sala que si bien el plazo en la contratación estatal es considerado siempre como un factor relevante del contrato, en algunos casos la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones es absolutamente determinante e inalterable, (v.g., -el suministro de pantallas gigantes para la inauguración de unos juegos olímpicos, o la provisión de tarjetones electorales para las elecciones presidenciales programadas para un día cierto-), y por tanto, el desplazamiento de la fecha para el cumplimiento del contrato a pesar de la ocurrencia de la suspensión no procede.

SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Mecanismos para conservar la apropiación fiscal / PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL

En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal. Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348), y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347). Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario. En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989). (...) En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran. Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso. Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso, y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. (...) Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De esta forma previa autorización,

se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores. Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva. Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley. Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: a) las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; b) las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 346 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 347

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN BULA ESCOBAR (E)

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278)

Actor: MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

El señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio consulta varios aspectos relacionados con los efectos jurídicos que durante la ejecución del contrato estatal produce la suspensión temporal del contrato, particularmente en relación con el plazo de ejecución.

I. ANTECEDENTES

El señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio señaló que de algunos pronunciamientos emitidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se suscitaron dudas sobre la forma en que se afecta el plazo contractual en el evento de que ocurra una suspensión durante la ejecución del contrato estatal. Al efecto, relacionó los siguientes extractos jurisprudenciales:

1. La Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 16 de julio de 2008, radicación número 229522-66001-23-31-000-1995-0379-01 (16344) señaló que:

*“En este contexto, resulta indispensable determinar los efectos que conlleva la suspensión del contrato frente al vínculo contractual existente entre la Administración y el contratista. Se desprende con claridad meridiana que cuando la Administración y el contratista deciden de mutuo acuerdo suspender el contrato, tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o del objeto contractual y **formalmente incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento**. Por manera que, pese a la suspensión, en todo caso la relación jurídico - comercial subsiste; en esa medida resulta perfectamente viable por el acuerdo de las partes y en algunos casos indispensable por la naturaleza misma del contrato, que el contratista lleve a cabo labores y actividades tendientes a superar los hechos que dieron lugar a la suspensión de contrato, o bien a posibilitar la pronta reanudación del mismo”. (Resalta el consultante).*

2. Indicó el Ministro Consultante que misma Corporación en Sentencia del 28 de abril de 2010, radicación número 07001-23-31-000-1997-0554-01(16431), manifestó:

*“En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. **Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo**, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, **pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes**”. (Resalta el consultante).*

3. Que posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 12 de abril de 2012, radicación número 52001-23-31-000-1996-07799-01 (17434) sostuvo:

*“[L]a suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad¹¹, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, **de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido**. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo”. (Resalta el consultante).*

Con base en lo anterior **PREGUNTA:**

1. *¿Puede la suspensión de un contrato estatal, efectuarse de manera unilateral y en qué clase de contratos se aplicaría?*

2. *Cuando se hace referencia a que la suspensión del contrato estatal “incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento”, ¿se entendería que el tiempo de la suspensión modifica obligatoriamente el plazo de ejecución inicialmente pactado, o por el contrario el mismo permanece inamovible?*

3. *De acuerdo a lo anterior, ¿cómo afecta la ejecución contractual, las frases NO ADICIONA Y SIN QUE SE IMPUTE, que estructuran las expresiones: “por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo” y “pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”?*

4. *De acuerdo con la afirmación “por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido.” ¿Debe entenderse que la fecha de finalización estipulada inicialmente en cualquier modalidad de contratación estatal, no cambiaría como consecuencia de la suspensión?*

5. *Uno de los efectos de la suspensión del contrato de obra pública, es que permite que se extienda el tiempo suspendido a la ejecución del plazo inicial, ¿se podría aplicar la misma premisa en los contratos de prestación de servicios que conlleva el principio de la anualidad fiscal, los convenios interadministrativos, de consultoría y en general los establecidos en 32 (sic) de la ley 80 de 1993?*

6. *¿Cuáles serían las causales de suspensión, su fundamento legal y en qué clase de contratos estatales operaría?*

7. *¿Si la suspensión afecta varias vigencias fiscales, cual es el mecanismo para conservar la apropiación presupuestal?*

II. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales citados y las preguntas formuladas, la Sala observa que la consulta plantea dos grupos de problemas jurídicos.

En el primero se indaga por algunos rasgos generales y características de la suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones en la ejecución del contrato estatal: su definición, el fundamento jurídico, sus elementos causales, la clase de contratos en los que se puede pactar, así como la posibilidad de suspender el contrato de manera unilateral, y los efectos que podría conllevar la suspensión, particularmente, la forma como se afectaría la fecha de terminación del contrato pactada por las partes para el cumplimiento del contrato.

En el segundo, se interroga a la luz del principio de anualidad fiscal por los mecanismos que permitan conservar la apropiación presupuestal en los eventos en los cuales la suspensión de la ejecución del contrato afecte varias vigencias fiscales.

Para resolver los problemas jurídicos expuestos se abordarán los siguientes aspectos: 1) La definición de suspensión del contrato estatal y su carácter parcial

o total, 2) el fundamento legal de la suspensión en la ejecución de los contratos estatales, 3) la diferencia entre la suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato y otras figuras jurídicas, 4) las causales para que se produzca, 5) los contratos en los que opera, 6) los plazos del contrato estatal y la fecha de terminación del contrato, 7) la posibilidad de suspender la ejecución de las obligaciones contractuales de forma unilateral, 8) el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aportada por el consultante sobre los efectos en el plazo de la suspensión del contrato, 9) las conclusiones de la Sala sobre los efectos de la suspensión en el tiempo, 10) el estado de la cuestión, 11) se analizará el principio de anualidad fiscal y los mecanismos que permiten conservar la apropiación presupuestal ante los efectos de la suspensión en el plazo de ejecución de los contratos estatales y 12) se efectuará una consideración final.

B. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Los contratos estatales puede decirse que tienen un ciclo vital: nacen, se desarrollan, suelen afrontar vicisitudes de mayor o menor entidad, y finalmente se terminan.

En la vida de los contratos administrativos surgen comúnmente imprevistos, en ocasiones ínsitos en el diseño del contrato, que generan interrupciones o alteraciones de la relación contractual en su concepción originaria y desvían el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista.

Una de las contingencias más frecuentes del contrato estatal es la suspensión de los efectos en su ejecución. Sin embargo pese a la importancia del tema y a la periodicidad con que se plantea, hay que señalar que el asunto no está considerado en la ley, ni ha sido suficientemente destacado o estudiado por la doctrina. En la jurisprudencia se hace referencia a esta cuestión, a lo sumo, en relación con los perjuicios que pueda llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal cuando es acordada por las partes.

Por consiguiente, las conclusiones y recomendaciones que se presentan en este concepto parten básicamente del desarrollo de los principios de la Contratación de la Administración Pública¹ y del Estatuto Orgánico de Presupuesto, así como del estudio de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que ha hecho referencia a estos asuntos.

Advierte la Sala previamente, que la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista², o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesaria ante una modificación del contrato, o

¹ Ley 80 de 1993. “Artículo 1º Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.

² El Decreto Ley 19 de 2012 contempló expresamente que cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP presentada en la oferta, se podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción en un plazo de veinte (20) días (numeral 6.3 del artículo 221 *ibídem*).

(iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o *de facto*, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o “indefinida”) y, (vi) por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total).

Teniendo en cuenta los antecedentes y las inquietudes planteadas por la entidad consultante, la Sala se referirá en este asunto exclusivamente a la suspensión acordada por las partes durante la ejecución del contrato estatal, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito e interés público hagan imposible cumplir transitoriamente, de forma total o parcial las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal del negocio jurídico.

1. Aclaración previa en relación con el término “suspensión” y el carácter “parcial o total” de la suspensión. Definición de suspensión

En primer lugar, es pertinente hacer una precisión en relación con el término “suspensión”. Se trata de definir si la suspensión se predica del contrato o solo de sus efectos.

Vale decir, ¿se interrumpe el contrato? o ¿únicamente las obligaciones que de él emanan? Sobre lo que ocurre con el vínculo contractual durante el período de suspensión señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, **subsiste el vínculo contractual.**”³ (Resalta la Sala).*

En reiteración de esta posición sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“A partir de lo anterior, se desprende con claridad meridiana que cuando la Administración y el contratista deciden de mutuo acuerdo suspender el contrato, tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o parcial del objeto contractual y formalmente incide en el plazo pactado para su cumplimiento, sin perjuicio de destacar que, pese a la suspensión, **en todo caso la relación jurídico - comercial subsiste;** en esa medida resulta perfectamente viable por el acuerdo de las partes y en algunos casos indispensable por la naturaleza misma del contrato, que el contratista lleve a cabo labores y actividades tendientes a superar los hechos que hubieren dado lugar a la suspensión de contrato, o bien a posibilitar la pronta reanudación del mismo.(...)”⁴ (Resalta la Sala).*

Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir .

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado: 18.446.

Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.

Por consiguiente en este concepto las referencias a la suspensión del contrato deberán entenderse hechas a la suspensión temporal de la ejecución de las obligaciones que, según el caso, les resulte a las partes temporalmente imposible cumplir.

Ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado que la suspensión es una “*parálisis transitoria del contrato*”, con algunos efectos. Al respecto indicó:

“Se ha entendido la suspensión como la “parálisis transitoria del contrato”, que tiene lugar cuando no es “posible continuar con su ejecución por circunstancias imputables a la Administración o por hechos externos”; así mismo, que si ante tales circunstancias no se acude a la suspensión del contrato, el contratista se vería afectado “por el acortamiento del plazo contractual.”⁵

Respecto de la suspensión del contrato también se ha dicho que:

“permite legalizar fácil y rápidamente la suspensión del cumplimiento del objeto de un contrato, originada en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito (...). El beneficio de esta medida de la suspensión del plazo a través de un acta es tangible, ya que se evitan trámites posteriores más complejos y costosos como son la elaboración y la suscripción de un contrato adicional de plazo...”^{6,7}

En otra sentencia, la Sección Tercera reiteró este concepto en la forma que sigue:

“Se ha entendido la suspensión como la “parálisis transitoria del contrato”, la cual, como es natural, tiene incidencia directa en el plazo convenido por las partes para el cumplimiento de una o varias de las obligaciones contractuales respectivas, por manera que si aquella no opera, esto es no se acuerda entre las partes, seguirán corriendo los plazos contractuales”⁸.

Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar.

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.

⁵ “[⁸] DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993”. Segunda Edición. LEGIS. 2003. Bogotá. Pág. 381”.

⁶ “[⁹] BAUTISTA MÖLLER, Pedro José. “El Contrato de Obra Pública. Arquetipo del Contrato Administrativo”. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 1998. Pág. 47”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2008, radicado: 16.344.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado: 18.446.

2. Fundamento legal de la suspensión acordada por las partes

Debe advertirse que actualmente la “suspensión temporal de los contratos estatales” no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993, cuyo contenido literal era el siguiente:

“Artículo 57. De la suspensión temporal del contrato. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión.”⁹

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983¹⁰ no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución¹¹.

Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican *de facto* la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato¹².

Observa la Sala que tanto en los eventos en los que anticipadamente se pactó en el contrato una cláusula de suspensión, como en los que la suspensión sobreviene en su ejecución sin que existiera acuerdo previo expreso al respecto, es corriente que los contratantes suscriban actas en las cuales hacen constar la causa que la originó y que la justifica, el momento desde el cual se suspende, el plazo, determinado o determinable de la suspensión, y los efectos que para cada una de las partes se derivan¹³. De esta forma la suspensión deja de ser una mera

⁹ Disposición derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993. “Artículo 81^o.- De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113(...); así como las demás normas que le sean contrarias (...)”.

¹⁰ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios.

¹¹ Al efecto se revisaron las reglas de aplicación interna de las entidades estatales en relación con la suspensión de la ejecución del contrato, registradas en distintos conceptos, circulares, manuales y actas. Entre otros: Manual de Contratación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tomado de: <http://www.minhacienda.gov.co>; Manual de Procedimientos en Contratación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Tomado de: <http://www.igac.gov.co>; Manual de Contratación del Departamento Nacional de Planeación. Tomado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co>; actas de suspensión 1 y 2 del contrato de obra No VAL-CON 004-06 entre la Unión Temporal Avenida León Caridi y la Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla y la Región Caribe S.A.- EDUBAR S.A. Tomado de: <http://www.edubar.com.co/>; Manual de Contratación, Supervisión e Interventoría de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Tomado de: <https://www.cnsc.gov.co>. Memorando de Instrucción Jurídica Interna No DTL-6000-25727 de 12 de junio de 2007 del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá. Tomado de: <http://app.idu.gov.co/> Entre muchos otros.

¹² *Ídem*.

¹³ *Ídem*.

contingencia del contrato para convertirse en una medida con efectos jurídicos vinculantes para las partes^{14/15}.

Ahora bien, al no existir un referente legal vigente sobre la suspensión de la ejecución del contrato, conforme a la jurisprudencia y a juicio de la Sala, las cláusulas pactadas al respecto en los contratos y las actas de suspensión suscritas de común acuerdo por las partes ante la ocurrencia de una suspensión de *facto*, son expresión, por una parte, de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por otra, del principio de la primacía del interés general y de conservación del contrato, consistentes en que la contratación estatal debe estar orientada a la consecución de los fines estatales como se explica a continuación.

a. La autonomía de la voluntad como fundamento de la suspensión acordada de la ejecución del contrato estatal

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 la autonomía de la voluntad se constituyó en la fuente principal de los efectos que rigen la ejecución del contrato estatal¹⁶. Aunque los procesos de celebración, ejecución y liquidación en materia de contratación estatal están regulados y determinados en la ley, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autonomía de la voluntad (artículos 13¹⁷, 32¹⁸ y

¹⁴Aun cuando el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, no se refiere de forma expresa a las suspensiones como actos que deban publicarse en el Secop, se puede deducir esta obligación del artículo 2.2.1.1.1.7.1. *eiusdem*, en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.3.1. que señalan: **“Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición (...). // “Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. (...) Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación”.** (Resalta la Sala).

¹⁵ El numeral 17 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, “por el cual se reglamenta[ba]n parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dicta[ba]n otras disposiciones”, expresamente se refería a la publicación de las actas de suspensión en el Secop, en los siguientes términos: **“Artículo 8°. Publicidad del procedimiento en el Secop. “La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.// La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal Único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección: // (...)// 17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta”.** Esta disposición fue derogada por el Decreto Nacional 734 de 2012, que a su vez fue derogado por el Decreto Nacional 1510 de 2013, el cual fue derogado por el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. (Resalta la Sala).

¹⁶ Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se lee lo siguiente: **“De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa”** Cfr. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.

¹⁷ Ley 80 de 1993. **“Artículo 13°. - De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...).”**

40 de la Ley 80 de 1993), como un mecanismo que permite a las partes actuar eficientemente frente a las necesidades que surgen en la práctica contractual.

Esta afirmación encuentra especial sustento en lo preceptuado por el artículo 40 *eiusdem*, en donde textualmente se establece:

“Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza¹⁹.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

(...). (Resalta la Sala).

Por consiguiente, respecto de la autonomía de las partes contratantes, el legislador en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, dentro de un contexto de fines estatales, otorgó a las entidades libertad para regular la forma de convenir sus contratos, definir su contenido e incluir las estipulaciones que consideraran necesarias y convenientes siempre que no fueran contrarias a la Constitución, la ley o el orden público, y se enmarcaran dentro de los principios y finalidades de dicha ley y los de la buena administración.

Bajo este presupuesto, teniendo en cuenta que la suspensión temporal de la ejecución del contrato se establece mediante cláusulas estipuladas en el contrato o en acuerdos que convienen las partes durante su desarrollo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que, al igual que el contrato, la suspensión debe atender al principio *“lex contractus, pacta sunt servanda”*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. Al efecto señaló:

“En ese orden de ideas, la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código

¹⁸ *Ibídem.* “Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (...)”.

¹⁹ El artículo 1501 del Código Civil señala, que en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, esto es, aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; las que son de su naturaleza, o sea las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y las accidentales, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen a un contrato, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

*Civil*²⁰. En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo²¹. (Resalta la Sala).

Recientemente, en relación con el mismo tema, la Sección Tercera sostuvo:

*“Delanteramente corresponde a las partes del contrato estatal regular los efectos que una suspensión contractual tendría en sus relaciones jurídico negociales, por lo cual debe estarse a tales pactos, siempre que, por supuesto, a ellos se haya arribado. Así, en efecto, ante circunstancias que, a juicio de los contratantes, impidan la continuación temporal de las actividades principales relacionadas con el acuerdo de voluntades, es posible acordar la suspensión del negocio y, en tal acto, prevenir los efectos del mismo y a cargo de quién se encontrarían, con el fin garantizar la incolumidad de sus patrimonios por cuenta del evento que impide la normal ejecución de las prestaciones a su cargo”*²². (Resalta la Sala).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que bajo las exigencias del régimen de la contratación estatal, el postulado de la autonomía de la voluntad no tiene la amplitud que puede tener en la esfera del derecho privado²³ y se ve aminorado en la medida en que debe articularse al principio rector del interés público y general materializado en los fines del Estado y, por tanto, en la búsqueda de los fines de la contratación estatal.

b. La primacía del interés general y el principio de conservación del contrato en la persecución de los fines de la contratación estatal

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los*

²⁰ “[4] Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificatoria o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esa autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuestos de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente.” BETTI, Emilio *“Teoría General del Negocio Jurídico”*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edición, 1959, pág. 47”.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431. En el mismo sentido v.et. Sentencia del 19 de octubre de 2011, radicado: 18.082 y Sentencia del 24 de enero de 2011, radicado: 16.492.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 32.800.

²³ “[E]l contrato del Estado implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las previsiones derivadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva³⁹, lo cual marca de entrada, para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares y desvirtúa el que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones entre particulares⁴⁰. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa el que la norma objetiva derivada de las codificaciones comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato en este contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general⁴¹.” GAMBOA, Santofimio. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. Tomado de: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2589/2228>.

*servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.*²⁴

Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado²⁵ tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

“Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

La norma transcrita determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos.

Luego de la descripción de los fines de la contratación estatal (artículo 3º de la Ley 80 de 1993), el legislador enlistó una serie de deberes que las partes del contrato deben acatar para la consecución de dichos fines. Considera la Sala, que para efectos de la suspensión temporal de la ejecución del contrato es importante tener presente, en relación con las entidades estatales y los contratistas, los siguientes:

“Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el Artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

*9º. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, **corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.***

(...)” (Resalta la Sala).

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. v.et. la Sentencia C-088 de 2000 y Sentencia C-932 de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicados: 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447 Acumulados, entre otras.

²⁵ No sobra recordar que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, es decir: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, fines que en su conjunto están orientados al logro del interés general.

Por otro lado, correlativamente, la Ley 80 de 1993 exigió a los contratistas:

“Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el Artículo 3º de esta Ley, los contratistas:

(...)

*2º. Colaborarán con las entidades contratantes en **lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla** y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, **obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.***

(...)” (Resalta la Sala).

Las reglas de conducta transcritas, impuestas a la Administración y a los contratistas, resultan relevantes para la conservación del contrato, pues exige de los contratantes el despliegue de toda actividad necesaria para cumplir con el objeto contratado, lo que se traduce en empeño para que a través de la contratación se logren los fines públicos.

Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos²⁶ reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer *“lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla”* y acordar *“los mecanismos y procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar rápida y eficazmente”* las situaciones que lleguen a presentarse.

En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal.

3. Diferencia de la suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato estatal con otras figuras jurídicas

a. La modificación del plazo en el contrato en ejercicio de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, y la alteración o desplazamiento de la fecha de finalización del contrato como efecto de la suspensión acordada durante su ejecución

²⁶ *“El fundamento común de las aplicaciones del principio de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico “contrato” por parte de los contratantes tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio), y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, utilitatus causa, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución”* Cfr. MESSINEO Francesco, Doctrina General del Contrato, Tomo II, Ejea Buenos Aires pág. 116.

Recientemente esta Sala se ocupó en extenso sobre el fundamento legal y las situaciones que posibilitan la modificación del contrato estatal, así como de los procedimientos para hacerla y los límites que deben atenderse para que puedan realizarse dichas modificaciones, según la jurisprudencia y la doctrina²⁷.

Señaló la Sala en el Concepto 2263, que en atención al mandato de dirección general del contrato que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal puede acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias para orientar el cumplimiento de la finalidad del contrato; o puede, con el mismo propósito, ejercer las facultades excepcionales consagradas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Insistió en que el ejercicio de la facultad excepcional de la modificación unilateral del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, se sujeta al “*exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante*”, y en que la modificación por mutuo acuerdo no depende únicamente de la autonomía de la voluntad sino que se sujeta a límites “*emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico*”²⁸.

Respecto de los límites para la modificación del contrato, se indicó que podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino también en sus demás estipulaciones, incluyendo “*su duración, y aún su naturaleza*”²⁹.

A partir de allí, con base en la jurisprudencia y la doctrina, el Concepto 2263 puntualizó los límites jurídicos que la entidad estatal debe tener en cuenta para alterar el pacto inicial. Respecto de los **límites de orden temporal** señaló lo siguiente:

“Relacionados con la vigencia del contrato.” // *La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado.*
(...)

La prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas. // *La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado.*³⁰

Sobre los **límites de orden formal** destacó lo que sigue:

“- La solemnidad del contrato de modificación: // *La modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, **prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes**, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez.*

Respecto de la modificación del plazo del contrato, la Sección Tercera se ha pronunciado sobre la necesidad de suscribir en forma previa un contrato

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2016. “*Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014*”. Radicación interna: 2263.

²⁸ *Ibídem*.

²⁹ *Ibídem*.

³⁰ ^[423] *Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de Febrero del 2009. Exp 7345. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Diciembre del 2006. Exp 15239*”.

adicional, como un imperativo legal concordante con los principios de responsabilidad, economía y planeación que rigen la actividad contractual de las entidades públicas de cualquier orden, y que se justifica por razones de seguridad jurídica presupuestal.”

- La motivación y justificación de la modificación. // (...) A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación// (...)”(Resaltado fuera del texto).

En cuanto a los **límites de orden material**, apuntó el Concepto 2263 que además del que establece la ley para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial -salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría³¹-, existen también prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto, y límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

Entre las **modificaciones que podrían afectar las condiciones sustanciales del contrato**, la Sala mencionó “**el plazo, su duración y prórrogas**”, elementos sobre los cuales acotó a pie de página lo siguiente:

*“^{63]} De igual forma, las modificaciones a la duración del contrato, **pues el plazo corresponde a una condición importante del proceso de selección**, especialmente en aquellos en que la prórroga aumenta la retribución económica inicial, como sucede con la concesión. **Sin embargo, no toda modificación se considera una vulneración de una condición esencial del contrato, sino solo aquellas que fortalecen o favorecen la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando la competencia.** El otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Cfr. STJUE. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. C-260/04”. (Resaltado fuera del texto).*

Concluyó que cualquier modificación de una condición sustancial del contrato determinaría la necesidad de uno nuevo, salvo circunstancias excepcionales cuyo criterio de determinación, según se expuso, “*dependerá en cada caso de la naturaleza y contenido específico del contrato y de su prestación*”³².

Ahora bien, sobre las causas excepcionales que puedan surgir durante la ejecución del contrato y que determinen la necesidad de modificar el contrato inicial como única solución para satisfacer el interés público, en el Concepto 2263 se afirmó que la Administración puede usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, cumpliendo los siguientes requisitos:

“- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato.

(...)

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas...

(...)

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2016. “*Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014*”. Radicación interna: 2263.

³² *Ibídem*

*Pueden presentarse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, modificaciones de marcos normativos, de urbanismo, arqueológicos, del medio ambiente o de seguridad, imposibles de prever, o nuevas necesidades o circunstancias posteriores que exijan la ampliación de lo pactado... sin que además, puedan separarse de la prestación principal, o de su utilización o de aprovechamiento independiente. En estos casos, existiría el sustento legal para la modificación del contrato.
(...)"*

Del Concepto 2263 cuyos apartes fueron parcialmente transcritos y resumidos, se puede afirmar que es viable la modificación del contrato de forma consensuada o unilateral para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo, entre otras razones, por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se contemplaron en el momento de su celebración, y con el exclusivo objeto de "evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos"³³ a cargo de la entidad contratante.

Ahora bien, la ampliación o prórroga del plazo contractual en estos eventos, implica una modificación al acuerdo inicial y en tal sentido demanda los mismos requisitos establecidos en la ley para el perfeccionamiento, ejecución y oponibilidad del contrato estatal: constar por escrito, prórroga de las garantías y publicación oficial, por ejemplo.

Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal (de las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal)³⁴.

Modificación y suspensión son figuras que pueden estar precedidas por situaciones que imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato. Ambas comparten la finalidad del interés general y son supuestos ciertamente excepcionales, ya que la regla general -y el escenario ideal-, es el cumplimiento de los plazos y la ejecución impecable del contrato.

Sin embargo es preciso aclarar que no existen elementos comunes entre la modificación de los contratos estatales y la suspensión de los contratos, distintos a los puntos de encuentro antes expuestos.

Recuerda la Sala que, la modificación de los contratos estatales fue autorizada por los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993. La figura de la suspensión desamparada desde la derogación del Decreto Ley 222 de 1983, ha debido definirse y desarrollarse con apoyo en la jurisprudencia y en la práctica contractual.

b. Suspensiones contractuales de *facto* causadas por incumplimientos contractuales y suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato estatal

Resulta preciso distinguir entre el contenido y alcance de: (i) la suspensión temporal de la ejecución del contrato como un mecanismo al que pueden

³³ Cfr. Artículo 16 Ley 80 de 1993.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1998, radicado: 11.101.

válidamente recurrir los contratantes cuando ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito deben consignar el hecho y los efectos de la suspensión, o cuando por razones de interés público acuerdan suspender algunas de las obligaciones del contrato; y (ii) la suspensión que ocurre como simple contingencia contractual que al margen de su origen inmediato también tiene por efecto la parálisis del contrato y la imposibilidad de cumplimiento de algunas de las obligaciones.

La suspensión como hecho o contingencia contractual acaece cuando alguno de los contratantes interrumpe el cumplimiento de sus obligaciones sin la presencia de razones de fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público. Para estos efectos, la legislación civil contempla la denominada excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos y cuyo fundamento se encuentra en el principio de la equidad y de la buena fe³⁵.

Esta tradicional figura se encuentra prevista en el artículo 1609 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 1609: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Sin embargo, como la contratación estatal constituye un ejercicio de la función administrativa y se sustenta en el interés general al que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, la aplicación de la excepción del artículo 1609 del Código Civil en los contratos estatales se ha limitado a los casos en los que el incumplimiento es de tal magnitud que razonablemente ponga al contratista en imposibilidad de cumplir.³⁶ Sobre este particular expresó el Consejo de Estado:

“(…) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una [razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones].

En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”³⁷ (Resalta la Sala).

La jurisprudencia reiteradamente ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido condicionada a los siguientes supuestos:

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

³⁶ En el mismo sentido: HERRERA ROBLES, Aleksey. “Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano”. Tercera Edición. Universidad del Norte. 2012. Barranquilla. Pág. 688.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, radicado: 13.530.

“i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone; y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente”³⁸.

La jurisprudencia pues, ha reconocido que si se configuran incumplimientos graves imputables a la administración y la conducta del contratista se ajusta al principio de la buena fe³⁹, este pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Fuera del supuesto mencionado no existe norma legal que permita al contratista instar la suspensión o suspender el contrato de forma unilateral.

Por otra parte, si la Administración honra sus obligaciones y es el contratista quien interrumpe de forma unilateral e injustificada el cumplimiento de las suyas con afectación grave y directa sobre la ejecución del contrato, la conducta del contratista puede constituir un incumplimiento que amerite la declaración de la caducidad del contrato, con las consecuencias que de tal declaración se derivan para la parte incumplida⁴⁰.

Nótese que, en los eventos antes descritos, las suspensiones *de facto* son en estricto sentido incumplimientos contractuales cuya responsabilidad y consecuencias deberá asumir la parte que decida suspender sin la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público y sin el consenso de su co-contratante.

Por tanto, la suspensión temporal y acordada de la ejecución del contrato se diferencia de las interrupciones e incumplimientos de hecho que ocurren también con relativa frecuencia en los contratos estatales.

4. Causales para suspender la ejecución de las obligaciones contractuales

En primer lugar insiste la Sala en que el acuerdo sobre la suspensión temporal de la ejecución de los contratos debe resultar siempre provechoso para los intereses públicos.

Por fuerza de la definición y de la finalidad que encierra la suspensión de la ejecución del contrato, es requisito *sine qua non* la presencia de una causa válida y suficiente que justifique su uso. De lo contrario, podría constituir simple y

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287.

³⁹ Código Civil. “Artículo 1603: Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

⁴⁰ Ley 80 de 1993. “Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

llanamente una mampara que oculte el incumplimiento injustificado del contrato o un mecanismo para prorrogar indebidamente el plazo.

Aun cuando la ley no regula actualmente la suspensión del contrato estatal, la jurisprudencia ha reconocido que puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado⁴¹.

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado:

“La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes.”^{42,43}

a. Suspensiones originadas en situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito

El artículo 64 del Código Civil de Colombia asimila la fuerza mayor y el caso fortuito a imprevistos que no es posible resistir:

“Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

En torno a esta definición y a la naturaleza misma de la fuerza mayor y del caso fortuito han surgido en nuestro medio algunas discusiones sobre la identidad jurídica de estos dos institutos^{44/45}.

A pesar de las diferencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la fuerza mayor y el caso fortuito son supuestos normativos que extinguen las obligaciones⁴⁶ y eximen de responsabilidad en los contratos⁴⁷.

⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287; Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945; Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431, entre otras.

⁴² “[12] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 16.431”.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, radicado: 17.434.

⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, históricamente ha sostenido una identidad jurídica con denominaciones disímiles para los dos institutos jurídicos. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 2005, expediente: 0829-92. v. et. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de julio de 2005, expediente: 6569-02.

⁴⁵ *Contrario sensu*, la jurisprudencia del Consejo de Estado los separa como hechos distintos, en principio definiendo el caso fortuito como un suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor lo identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien lo produce; y señala, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006 v.et. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, radicado: 13.477.

⁴⁶ Cfr. Código Civil, artículo 1625 numeral 7 y, artículos 1729 y 1739.

⁴⁷ Cfr. Código Civil. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. (...) El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. (...)” // “Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. (...) La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios (...)”.

Sin embargo, en materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos.

En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación⁴⁸.

Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. Estas alteraciones están relacionadas con la teoría del hecho del príncipe⁴⁹ y de la imprevisión⁵⁰.

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en materia de distribución de riesgos previsibles⁵¹ a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007⁵².

⁴⁸ El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció en el concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006, en el cual se pronunció sobre la fuerza mayor en los contratos estatales, definiéndola como aquellos eventos externos, irresistibles e imprevisibles (actos de terrorismo), cuya intensidad llevan a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación.

⁴⁹ "1.1 El hecho del príncipe // La doctrina, al abordar el estudio del hecho del príncipe o el *factum principis*, (...) sostiene que éste "alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste". (...). El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: a. La expedición de un acto general y abstracto. b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. (...).// 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.(...)// En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.577.

⁵⁰ *Ibidem*. "1.2 La teoría de la imprevisión.// Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución.(...)// Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. 2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. 3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato (...) // Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante".

⁵¹El tema de los riesgos contractuales se introdujo normativamente de forma reciente en la legislación colombiana. En principio, fueron los Documentos CONPES DNP 3107 de 2001, 3133 de 2001, 3186 de 2002 y 3249 de 2003, los que se ocuparon de la política pública sobre este asunto. El primer documento hizo referencia a la "política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura", y en él se aportaron conceptos fundamentales para comprender los riesgos contractuales, dentro de los cuales se incluyeron los **riesgos de fuerza mayor**, definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y cuya "ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato". Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3107, "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura". Bogotá, abril 3 de 2001, Pág. 13. (Resalta la Sala).

Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido⁵³.

En efecto, los eventos originados en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito, se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha ilustrado sobre la ocurrencia de suspensiones del contrato estatal cuando sobreviene una causa ajena a las partes contratantes, como podrían ser hechos de la naturaleza, v.g. - cambios de las condiciones climatológicas, terremotos, incendios, inundaciones⁵⁴; o acciones del hombre que afectan el desarrollo del contrato, por ejemplo, alteraciones de orden público, protestas, paros y bloqueos⁵⁵, o decisiones derivadas de autoridades con facultad para suspender los contratos, v.g. – la medida preventiva que faculta al Procurador General de la Nación para solicitar la suspensión de los contratos, o su ejecución, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, o la suspensión provisional⁵⁶.

Sin embargo las circunstancias antes enunciadas deben analizarse para decidir sobre la suspensión de la ejecución de los contratos: se deberá probar que el suceso sobrevenido no es imputable a alguna de las partes, y verificar si reúne las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad⁵⁷ que acompañan a estas figuras,

⁵² La concepción de los riesgos de los CONPES se reprodujo en la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, que en su artículo 4º estableció que en los pliegos de condiciones deberá realizarse un estudio de los riesgos de la contratación estatal a través de su tipificación, de su asignación y de su estimación.

⁵³ Ahora bien, si la circunstancia impeditiva es permanente o dura más allá de un tiempo razonable, el contrato no podrá permanecer suspendido indefinidamente sino que tendrá que terminarse, con las respectivas consecuencias que dicha terminación acarree en materia de responsabilidad para los contratantes.

⁵⁴ Al respecto ver las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la que se describen situaciones en las que las partes decidieron suspender la ejecución de los contratos por fuertes inviernos e inundaciones, radicaciones: 10.735 del 31 de agosto de 1999 y 12.431 del 31 de marzo de 2003, entre otras.

⁵⁵ Al respecto ver la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la que se analizó la suspensión de un contrato por la acción de los trabajadores de un sindicato, radicado: 11.101 del 20 de febrero de 1998.

⁵⁶ Ley 734 de 2002. “Artículo 160. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería ~~Distrital de Bogotá~~ adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero ~~Distrital~~”. Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2003; artículo declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-977 de 2002, con respecto de los cargos analizados y en los términos de la parte motiva de la sentencia.

⁵⁷ “[L]a fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...En síntesis, **para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible**, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible **debe ser exterior del agente**,

pues no cualquier hecho por sorpresivo y dificultoso que resulte tiene la virtualidad de suspender el contrato.

Sobre la prueba del hecho sobrevenido constitutivo de fuerza mayor durante la ejecución del contrato la Sección Tercera del Consejo de Estado dejó sentado lo siguiente:

*“Se tiene así que para el contratista la zona de la obra presentó un crudo, intenso y fuerte invierno durante diferentes meses de los años 1992, 1993 y 1994... Sin embargo, no aportó al proceso medios demostrativos de esos fenómenos que alegó durante la ejecución del contrato...
(...)”*

No bastaba entonces alegar y reclamar con fundamento en fuertes inviernos o derrumbes, pues se considera que el contratista estaba preparado para asumir tales situaciones, cuando formuló su propuesta bajo el juramento de que conocía las características de la zona. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el invierno es un fenómeno natural y previsible en el territorio colombiano, no es por sí solo un hecho que escape al conocimiento previo del contratista; de manera que, cuando se invoca como evento constitutivo de fuerza mayor, deben probarse los elementos que lo determinan.

El demandante, además de que no demostró la imprevisibilidad de los hechos que alegó, tampoco probó que los mismos fuesen irresistibles (...)

En este sentido los tratadistas Mazeaud y Tunc afirman: “El que celebre un contrato con conocimiento de los sucesos susceptibles de impedirle el cumplimiento, no puede alegar la fuerza mayor”⁵⁸⁵⁹.

Respecto a la demostración del carácter imprevisible del hecho la Sección Tercera señaló en otra sentencia:

“Ninguna duda tiene la Sala sobre la presencia de una severa temporada de lluvias en la zona por donde transcurrió la línea del oleoducto. (...) dificultando en grado sumo la labor de los obreros, impidiendo el desempeño eficaz de la maquinaria, retardando el ritmo de la construcción y, obviamente generando problemas y sobrecostos financieros para la compañía constructora.

No obstante, estima la Sala que en tratándose de dificultades resultantes del factor climático, el mismo no resulta extraño en esa y en casi todas las regiones del país, dada su ubicación geográfica, a causa de la cual la permanencia de una temporada de invierno o de verano casi siempre es incierta y susceptible de inesperadas variaciones. Tal circunstancia no podía pasar desapercibida para las partes y de manera especial para el contratista”⁶⁰.

b. Suspensiones motivadas en procura del interés público

es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...”. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 15 de junio de 2000. Radicado: 12.423. (Resalta la Sala.)

⁵⁸ “[6] *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil; Buenos Aires, EJEA, 1.977, T.II, Vol. II, p. 179*”.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, radicado: 14.781.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 1996, radicado: 10.151.

Aun cuando la suspensión de los contratos estatales fue concebida inicialmente para superar situaciones de fuerza mayor o caso fortuito⁶¹, la jurisprudencia administrativa evidencia, cada vez con mayor frecuencia, la suspensión de la ejecución de los negocios jurídicos por causas atribuibles a la Administración en condiciones en las que se considera necesaria a fin de evitar un mayor perjuicio contra el interés público.

Al efecto manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“Desde otra perspectiva, como ya se ha indicado, es claro y así se encuentra probado, que la administración desatendió el deber legal de adquirir los predios que necesitaba para la construcción de la carretera, previamente a la apertura de la licitación, mediante el procedimiento previsto por el Título III de la Ley 9 de 1989. Igualmente pretermitió el deber que le imponía el artículo 26 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), de realizar los estudios ambientales necesarios antes de acometer el proyecto de infraestructura, **omisiones que imperativamente, determinaron el incumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a su co-contratante particular, independientemente de la conveniente suspensión del contrato, porque la ausencia total de esos elementos y requisitos a cargo de la entidad contratante hicieron imposible la ejecución de las obligaciones asumidas por el contratista particular.***

*La omisión de estos deberes no tienen cabida en el concepto de fuerza mayor o caso fortuito definido por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, puesto que era clara y perfectamente previsible (la ley así lo determinaba), que para construir la obra se requería tanto de los predios como de los estudios ambientales y por lo tanto, la ausencia de esos elementos era evitable puesto que de haberse realizado los trámites correspondientes la obra no se hubiera paralizado; por ello es cierto que **los hechos invocados, aunque reales, no eran constitutivos de fuerza mayor o de caso fortuito.** No obstante lo anterior, en el Pliego de Condiciones, numeral 3.03, que hace parte integral del contrato de obra pública CVT-0001-91, se reguló la suspensión del contrato por causas imputables a la Administración (...)*

Significa entonces que en el contrato sí se previó la posibilidad de que las partes pudieran suspenderlo no solo por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, sino también cuando se dieran hechos o causas imputables a la entidad contratante, que impidieran la continuidad de la obra.

A lo anterior se agrega que las partes, de mutuo consenso, admitieron este hecho como fundamento suficiente para convenir la suspensión del contrato y así lo plasmaron en un documento que se convirtió en ley para ellas, según los mandatos del artículo 1602 del C.C., en cuya virtud todo contrato legalmente celebrado debe tenerse como una ley para los contratantes.

*Las razones anteriores llevan a concluir que el Acta No. 3 de suspensión temporal del contrato está ajustada a la legalidad, por cuanto **las motivaciones que llevaron a suscribirla se encuentran enmarcadas por el interés público y el cumplimiento de los cometidos estatales, sin que por ello desaparezca la responsabilidad que le corresponde a la Administración por no contar con los estudios, planos, predios y licencias, requeridos de manera indispensable para la ejecución de la obra**”⁶². (Resalta la Sala).*

⁶¹ Conforme al antecedente del artículo 57 del Decreto Ley 222 de 1983, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287.

En este punto, hace notar la Sala que los pronunciamientos judiciales que dan cuenta de las suspensiones originadas en circunstancias distintas a eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden evidenciar desatención de la Administración a los estrictos deberes de conducta que exige el desarrollo de la fase preparatoria y de planeación del contrato, descuido que desencadena dificultades en la ejecución, ya sea por ausencia de requisitos indispensables, como serían licencias y permisos ambientales o de construcción, o por la falta de los terrenos indispensables para las obras por demoras en su adquisición⁶³.

Así las cosas, la suspensión acordada de la ejecución de los contratos no puede convertirse en un mecanismo para amparar incumplimientos de cualquiera de las partes, o corregir los efectos del incumplimiento, pues no está concebida como una figura que exonere a la entidad estatal de su deber de planeación, ni el deber del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones. Su finalidad es preservar el vínculo contractual cuando surgen eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del negocio jurídico.

Recuerda la Sala que, si bien la tarea de la Administración en la contratación estatal es velar por la protección del interés público ínsito en los contratos estatales, que compromete el cumplimiento de necesidades impostergables de la comunidad, dicha finalidad no habilita a las entidades para utilizar cualquier medio en el logro del interés público propuesto. Por el contrario, las herramientas jurídicas que decida utilizar el Estado para cumplir este fin deberán ser legítimas y estar plenamente justificadas.

5. Contratos estatales en los que opera la suspensión acordada de la ejecución de las obligaciones contractuales

Como se señaló no existe en nuestra legislación una regulación expresa del fenómeno de la suspensión en la ejecución de los contratos, mucho menos un listado taxativo que describa los supuestos de hecho y los tipos de contratos en los que la figura sea procedente, lo que dificulta establecer una regla general al respecto, máxime cuando la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis en el desarrollo de la actividad contractual del Estado⁶⁴.

Sin embargo considera la Sala que, como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de

⁶³ A manera de ejemplo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de marzo de 2003, radicado 12.431 (se suspendió el contrato por un error protuberante de la entidad contratista respecto a los cálculos de la cantidad de pavimento en un contrato de obra). En la sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 14.287 (la suspensión obedeció a la oposición de propietarios de predios por donde se trazó la carretera pues la administración no negoció con los propietarios antes de celebrar el contrato). En la sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado 18.080 (algunas de las razones de suspensión se dieron en este caso por la necesidad de realizar obras que no estaban previstas, tales como traslado de redes de servicios públicos cuya decisión dependía de otras autoridades y el cambio de los diseños de la obra). En la sentencia del 28 de abril de 2010, radicado 16.431, (se dejó sentado que la interrupción en la ejecución del contrato se debió a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma), entre otras sentencias.

⁶⁴ Ley 80 de 1993. "Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (...)".

suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato, podrían pactarse en cualquier tipo de contrato estatal, por regla general.

Ahora bien, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales⁶⁵; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.

6. La suspensión temporal de la ejecución de los contratos estatales no es una potestad de la administración ni una facultad del contratista

También se solicitó a la Sala pronunciarse sobre si la suspensión temporal del contrato puede considerarse como potestad de la administración o facultad unilateral del contratista.

La actividad contractual debe someterse al principio de legalidad⁶⁶ y por tanto, como la ley no regula la suspensión del contrato como potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal⁶⁷, ni faculta al contratista a ejercerla, debe concluirse que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.

En otras latitudes, la suspensión de la ejecución de los contratos sí se contempla como una prerrogativa de la administración y se vincula su regulación a la

⁶⁵ *“Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”.* Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001.

⁶⁶ *“La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, radicado: 15.324.

⁶⁷ Las cláusulas exorbitantes son una especie de potestad de la Administración dentro del contrato, que en algunos casos opera por mandato de la ley y en otras ocasiones por voluntad de las partes. En efecto, el artículo 14 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, establece que en contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra se pactaran cláusulas excepcionales; si no se pacta, se consideran pactadas. En otros contratos es facultativa su consagración: pues en la disposición *eiusdem*, se contempla la posibilidad, no la obligación, de pactar cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y prestación de servicios. Las cláusulas excepcionales utilizadas por las entidades estatales en los contratos en que se pacten, por acuerdo o de manera obligatoria, son: la interpretación unilateral del contrato (artículo 15 Ley 80 de 1993); la modificación unilateral (artículo 16 *ibídem*); la terminación unilateral (artículo 17 *ibídem*); la caducidad del contrato (artículo 18 *ibídem*); la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado (artículo 19 *ibídem*); y la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales en los contratos enumerados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

modificación del contrato⁶⁸. Por ejemplo, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en España se dispone que la suspensión de los contratos puede darse por motivos de interés público⁶⁹ y se deriva de la “*potestas variandi*”; adicionalmente se establece la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista con su ocurrencia⁷⁰, y se señala que la indemnización depende del tiempo que dure la suspensión⁷¹.

En nuestro país, sobre la posibilidad de que la Administración haga uso de la suspensión del contrato de forma unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

“La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional¹⁰ que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad¹¹, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos (...)

En el sub - lite, la suspensión fue decretada por la entidad contratante, sin que mediara facultad legal que habilitara hacerlo unilateralmente, pues, dentro del régimen contenido en la ley 80 de 1993, no se contempla tal posibilidad; además, para decretar la suspensión, la Administración adujo fallas en la construcción que no permitían adoptar tal tipo de medida y dejó en suspenso el contrato, de manera indefinida en el tiempo”.⁷² (Resalta la Sala).

⁶⁸ Referente a la ley española de contratos del sector público se indicó: “Pues bien, los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (“*potestas variandi*”), la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos”. Cfr. Rodríguez Arana, Jaime. “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”. 2008.

⁶⁹ Cfr. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (...) “CAPÍTULO IV. Modificación de los contratos. Artículo 219. Potestad de modificación del contrato.// 1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma prevista en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211. // En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.// 2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156”.

⁷⁰ *Ibidem*. “Artículo 220. Suspensión de los contratos.// 1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.// 2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

⁷¹ *Ibidem*. “Artículo 216. Pago del precio. (...) //5. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.// 6. Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”.

⁷² “[¹⁰] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15.324”. “[¹¹] *Ibidem*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2012, radicado: 17.434.

Posteriormente el Consejo de Estado reiteró su posición sobre la imposibilidad de que alguna de las partes declarara la suspensión unilateralmente. Al respecto indicó lo siguiente:

*“[L]a suscripción del acta de suspensión del plazo del contrato por mutuo acuerdo, era la conducta legal y contractual adecuada ya que **la ley no concibe la suspensión unilateral del mismo** y pese a que no es la oportunidad para analizar si la causa que motivó la suspensión del contrato es constitutiva de una fuerza mayor o de un caso fortuito que justifique la misma, **lo cierto es que de otra manera distinta a la voluntad de las partes no era procedente que el plazo del contrato se suspendiera**, principio de la contratación pública que hoy se mantiene vigente”.⁷³ (Resalta la Sala).*

Bajo las condiciones expuestas la suspensión temporal del contrato estatal requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente. Lo anterior sin perjuicio de la suspensión de “*facto*”, en la cual no hay acuerdos, sino que únicamente se dejan constancias escritas de la ocurrencia de los eventos que impiden continuar con el cumplimiento de la obligación pactada.

7. Los plazos del contrato estatal y la fecha de terminación del contrato

Antes de abordar el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que cita el consultante, resulta conveniente precisar que los efectos que con la suspensión se derivan sobre los tiempos del contrato estatal no ocurren sobre el plazo total o los plazos parciales del contrato propiamente dichos, sino sobre la fecha de terminación del contrato. Sobre la distinción de estos dos conceptos se ha señalado:

“La doctrina nacional y extranjera ha entendido, ab antiquo, que el plazo es el lapso, el periodo o el intervalo de tiempo que corre entre dos momentos, mientras que el término es el límite que culmina ese plazo. De esta manera el plazo es el lapso de tiempo que transcurre hasta un término y el término es el momento cierto o determinado en el que culmina un plazo; en otras palabras, el “término es, pues, un punto límite, en cambio el plazo es un lapso. (...)”

De lo anterior deducimos que siempre que nos referimos a un plazo fijamos un término, pues mientras el primero es el lapso de tiempo, el segundo determina el momento en que ese periodo culmina. El plazo siempre se refleja en una cualquiera de las distintas y variadas fórmulas que permiten contabilizar el paso del tiempo, siendo las más utilizadas las horas, los días, los meses y los años; y, por su parte, el término es la fecha o momento cierto en el que dicho conteo finaliza indefectiblemente, siendo el día la más común de las formas de especificarlo”.⁷⁴

Se recuerda que conforme al artículo 1551 del Código Civil “*el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”, lo cual significa que en las obligaciones a plazo el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron.

Esta regla de derecho común no es ajena a la contratación estatal, pues en cualquier tipo de contrato que celebre la administración se dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 1999, radicado 10.929.

⁷⁴ PINILLA GALVIS, Álvaro Pinilla. “Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal” En Revista de Derecho Privado No 24 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Pág. 285 Tomado de internet: www.uexternado.edu.co.

Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que existen una serie de plazos para la ejecución del contrato, unos parciales dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo, y uno de mayor importancia que es aquél que corresponde, según el caso, ya sea a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado⁷⁵.

Refiriéndose al plazo de ejecución de los contratos estatales la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo:

“Del plazo para la ejecución del contrato

(...) El plazo es determinado (tanto días o años después de la fecha), o indeterminado pero determinable (se ignora el día, pero se sabe que llegará). Según sus efectos, el plazo puede ser suspensivo o extintivo; en el primer evento se suspenden el derecho y el deber de la obligación hasta que llegue el término fijado, vencido el cual se puede ejercer el primero y se torna exigible el último (por ejemplo, un contrato con pago a tantos días, meses o años); y en el segundo, se acaban, expiran o desaparecen (por ejemplo, un contrato en el que se fija que llegada una fecha cierta fenecen los derechos y obligaciones derivados del mismo).

(...)

En el contrato estatal, la estipulación del término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, resulta de singular importancia y relevancia jurídica(...) debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, razón por la cual, por regla general, se define un plazo fijo o determinado por la Administración en los pliegos de condiciones (art. 30.2 Ley 80 de 1993) o en los documentos de la contratación, que luego asume convencionalmente el contratista para ejecutar y cumplir sus prestaciones en tiempo oportuno.

Dicho plazo, es un elemento del contrato que debe ser establecido de acuerdo con su modalidad o tipología, en función a la obtención de los bienes y servicios que se requieren en un tiempo normal, razonable y con sujeción a las condiciones que demande el objeto del contrato que los involucre. Por lo regular, en los contratos de tracto sucesivo (por ejemplo en el de obra pública) se establece un plazo general de ejecución del objeto del contrato y algunos plazos parciales para el cumplimiento de las obligaciones, que luego quedan reflejados en un programa de trabajo y un cronograma de actividades, instrumentos éstos que con posterioridad permiten a la entidad pública realizar la dirección, vigilancia y control del acatamiento de las prestaciones en los términos previstos y con la observancia de las especificaciones técnicas exigidas. En los contratos de ejecución instantánea ese plazo es único. (...)⁷⁶

En esa misma decisión señaló sobre el plazo de liquidación lo siguiente:

“El plazo para la liquidación del contrato

En lo atinente a la oportunidad para la realización de la liquidación de un contrato de la Administración, se destaca que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que colmó la jurisprudencia en el sentido de que las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado (...) y, luego la Administración debía proceder a liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de los términos para hacer la liquidación de mutuo acuerdo (...)

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999, radicado 10.269.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicado 17.031.

(...)

En este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración (“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”) tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones y extinguir finalmente la relación contractual”⁷⁷

8. Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aportada por el consultante sobre los efectos en el plazo de la suspensión del contrato

La natural consecuencia del carácter temporal de la suspensión, es que al desaparecer la causa que la originó -fuerza mayor, caso fortuito o interés público-, debe concluir también la suspensión del contrato y deben reanudarse de modo subsecuente las obligaciones.

Pero ¿qué ocurre con el tiempo que transcurre durante la suspensión de la ejecución del contrato? ¿Modifica el plazo de ejecución inicialmente pactado? ¿Adiciona el contrato en su vigencia o plazo? ¿La fecha de finalización del contrato cambia como consecuencia de la suspensión?

El Ministerio consultante citó tres jurisprudencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de las cuales seleccionó párrafos y proposiciones jurídicas que hacen referencia a los efectos de la suspensión sobre el plazo de ejecución del contrato estatal.

Se precisa que los apartes de las sentencias citadas y los demás extractos de las decisiones que se incluyen en el análisis que sigue, no constituyen la razón o el argumento esencial de dichas sentencias, la denominada “*ratio decidendi*”; por lo anterior, los argumentos transcritos se estiman en este concepto únicamente con carácter expositivo y aclarativo.

a. Dos providencias en las que se considera claramente que el plazo se prorroga por efecto de la suspensión

Los pronunciamientos de que tratan los antecedentes 1) y 3) *ut supra*, no dejan duda de que la suspensión acordada entre las partes afecta de manera puntual la fecha pactada para el cumplimiento de la obligación principal sin que se afecte el vínculo contractual. Y ante la imposibilidad de ejecutar el contrato las obligaciones no se hacen exigibles y el término o plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Es decir, el contrato se paraliza como si el tiempo se detuviera^{78/79}.

b. Análisis de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431

Citó el Ministerio consultante una sentencia más en la que textualmente se señaló: *“En efecto, la finalidad de la **suspensión del contrato estatal**, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza*

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2008, radicado: 16.344.

⁷⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 2012, radicado: 17.434.

*mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que **debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes***⁸⁰. (Resalta la Sala).

Las expresiones contenidas en esta providencia: “*por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo*” y “*pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes*”, a juicio del consultante son contradictorias entre sí, y en relación con las decisiones jurisprudenciales antes citadas, conforme a las cuales la suspensión tiene efectos sobre el plazo pactado por las partes para el cumplimiento de las obligaciones.

Sea lo primero decir que el aparte extractado por el consultante no forma parte de la “*ratio decidendi*”, ya que en efecto la mencionada sentencia no pretendía establecer si se prolongaba o no el plazo para el cumplimiento del contrato. En ese caso, el contrato se suspendió indefinidamente y la obra no fue ejecutada. Así lo evidenció la sentencia al referirse al caso concreto:

*“De igual forma se constató que el contrato de obra No. 303 de 1994 fue **suspendido de manera indefinida y de común acuerdo por las partes**, previa solicitud del contratista, ya que, según se especificó en el respectivo documento, el Fondo de Vivienda de Arauca no había suministrado la teja de la cubierta, los elementos sanitarios, las puertas y ventanas, elementos todos necesarios para la ejecución de la obra”*. (Resalta la Sala).

El punto central de argumentación en esta providencia era la forma en que debían resarcirse los perjuicios materiales derivados de la parálisis del contrato ante un incumplimiento de alguna de las partes, independientemente de que en la suspensión del contrato se hubiera establecido formalmente algún plazo o condición de la suspensión. Señaló el mencionado fallo:

*“En el asunto sub examine, es evidente que **se suspendió de manera irregular el contrato estatal, toda vez que no se fijó el plazo o la condición a la que estaría sometida la misma; no obstante lo anterior, ello no constituye óbice para que el contratista pudiera reclamar judicialmente el incumplimiento, así como el pago de las sumas que se dejaron de cancelar por cuenta del negocio jurídico, las cuales, en el caso concreto, corresponden al saldo que quedó pendiente respecto del valor total del mismo**”*.⁸¹ (Resalta la Sala).

No obstante, encuentra la Sala que la afirmación “*sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes*”, que se encuentra más adelante de la expresión “*por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo*” (en la sentencia supra citada del 2010), no son contradictorias entre sí ni con las otras decisiones citadas por el consultante, pues en efecto, la suspensión incide en la fecha de terminación del contrato, más no modifica el acuerdo inicial, pues el plazo del contrato no se adiciona, sigue siendo el mismo.

⁸⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431.

⁸¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431.

9. Conclusiones de la Sala sobre los efectos de la suspensión en el tiempo

Se ha establecido que durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza.

Por consiguiente, al reanudar el cumplimiento de las obligaciones, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que se altera o desplaza la fecha de finalización del contrato.

Ahora bien, debe advertirse que la forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó. Lo que ocurre es que, por el efecto mismo de la figura, se deja de contabilizar el tiempo y reinicia el conteo una vez termina la suspensión del contrato. Lo que cambia entonces no es el plazo, sino el término o la fecha determinada en el contrato para el cumplimiento de la obligación principal.

Por ejemplo, si el cumplimiento de un contrato se sometió a la modalidad de un plazo extintivo de 31 días que inició el 1 de marzo y debía terminar el 31 de ese mes, y el contrato se suspendió desde el 5 de marzo hasta el 11, (*e.i.*, por 6 días), esto implica que el plazo de cumplimiento de las obligaciones no expiró el 31 de marzo pues en esa fecha apenas habían transcurrido 25 días del plazo pactado, sino que se postergó por los 6 días de suspensión y en consecuencia la fecha para cumplir el contrato se trasladó en el tiempo y pasó a ser el 6 de abril, pero como puede advertirse el plazo de ejecución sigue siendo el mismo: los 31 días estipulados.

Aclara la Sala que si bien el plazo en la contratación estatal es considerado siempre como un factor relevante del contrato, en algunos casos la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones es absolutamente determinante e inalterable, (*v.g.*, -el suministro de pantallas gigantes para la inauguración de unos juegos olímpicos, o la provisión de tarjetones electorales para las elecciones presidenciales programadas para un día cierto-), y por tanto, el desplazamiento de la fecha para el cumplimiento del contrato a pesar de la ocurrencia de la suspensión no procede.

También es improcedente postergar la fecha de terminación del contrato cuando se evidencia la imposibilidad material de cumplir el objeto contratado al reiniciar el contrato suspendido, pues no podría admitirse la extensión del tiempo para cumplir un objeto imposible o que ya no existe.

Pueden existir otros elementos determinantes que hagan impostergable la fecha de terminación de los contratos estatales a pesar de la ocurrencia de la suspensión o de circunstancias que la permitan. Entiende la Sala que no es posible realizar un inventario que incluya todas las posibilidades por lo que resultará siempre forzoso hacer el análisis caso por caso.

10. Estado de la cuestión

- a) Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se puede concluir que la suspensión en la ejecución del contrato estatal es una medida excepcional cuya finalidad es salvaguardar la continuidad de la relación contractual y que puede producirse por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.
- b) Dependiendo de la magnitud de la causa que origine la suspensión esta puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.
- c) Actualmente la suspensión temporal de los contratos estatales no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993
- d) El Estatuto de la Contratación Estatal dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de reconocer situaciones que hagan plausible la suspensión en forma temporal y justificada de la ejecución de algunas obligaciones del contrato estatal.
- e) Como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato podrían pactarse, por regla general, en cualquier tipo de contrato estatal.
- f) Dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes al decidir sobre la suspensión deberán: *(i)* ponderar que la naturaleza y el contenido del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, *(ii)* verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, *(iii)* garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y *(iv)* demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.
- g) La ley no regula la suspensión del contrato como una potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal, ni faculta al contratista a ejercerla, de manera que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.
- h) Si la naturaleza o contenido del contrato lo permiten, el tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa, de manera que la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión se posterga. El plazo de ejecución inicialmente pactado no se adiciona ni modifica; únicamente se desplaza y altera la fecha de terminación.

C. EL PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL. MECANISMOS QUE PERMITEN CONSERVAR LA APROPIACIÓN PRESUPUESTAL ANTE LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal.

Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348), y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347).

Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto⁸² que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad⁸³, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario⁸⁴.

En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989⁸⁵).

Sobre el principio de anualidad de los presupuestos la Corte Constitucional sostuvo:

“En efecto, conforme a la Constitución y a ley orgánica, en Colombia rige el principio de anualidad (CP art. 346), por lo cual una partida debe ser ejecutada o comprometida en el año fiscal respectivo, pues si ello no ocurre, la partida o los saldos de apropiación no afectados por compromisos inevitablemente expiran o caducan, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a ella en los períodos fiscales posteriores (...)

⁸² Contendida en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994, 225 de 1995, algunas disposiciones de la 617 de 2000 y en la Ley 819 de 2003, compiladas las tres primeras por el Decreto 111 de 1996.

⁸³ De conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 111 de 1996, por el cual se estableció el Estatuto Orgánico de Presupuesto, son principios del sistema presupuestal: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macro económica y la homeóstasis (Ley 38 de 1989, artículo 8o. Ley 179 de 1994, artículo 4o.).

⁸⁴ Decreto 111 de 1996. “Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción” (artículo 10 Ley 38 de 1989).

⁸⁵ Sobre esta disposición la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 1992 sostuvo: “El principio de la anualidad. Según el artículo 10 de la Ley 38 de 1989, los procesos presupuestales se cortarán anualmente y sólo excepcionalmente se trasladan al año siguiente débitos contra el tesoro o reservas no utilizadas. Esta Corporación no encuentra que esta norma vulnere lo dispuesto por el artículo 339 de la Carta Política en lo relativo a los presupuestos plurianuales vinculados con el plan de inversiones. El establecimiento de un ejercicio fiscal anual, por razones estructurales, operativas y tributarias, entre otras, no riñe con la consagración de un horizonte plurianual del componente de inversión cuando ello sea necesario.” La Constitución, por estas razones, conserva el principio de anualidad en los artículos 346, inciso primero, 348 y 350.”

*Esto muestra que las apropiaciones presupuestales no son órdenes de gasto sino que constituyen, como bien lo señala la propia legislación orgánica presupuestal, "autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva" (Art. 89 del decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto que compila los artículos 72 de la Ley 38 de 1989, 38 de la Ley 179 de 1994 y 8º de la Ley 225 de 1995). La ley anual de presupuesto, al apropiar una determinada partida, está entonces estableciendo el monto máximo de gasto estatal para una determinada finalidad y en un período específico.*⁸⁶

En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.

Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso.

Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso⁸⁷, y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización⁸⁸.

Ahora bien, dada la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen de presupuesto, el principio de anualidad fiscal y los mecanismos presupuestales previstos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, traen implicaciones para la contratación estatal⁸⁹.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 192 de 1997. En igual sentido v. et sentencia C- 337 de 1993.

⁸⁷ Ley 819 de 2003. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones" (...) "Artículo 10. Vigencias futuras ordinarias. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:// a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; // b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; // c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo. // La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.// Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9º de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.// El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo (...)"

⁸⁸ *Ibidem*. "Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales.// El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley.// (...)"

⁸⁹ "Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país.(...) // No obstante reconocerse esta realidad jurídico-

En primer término, el principio de anualidad implica que la Administración debe ceñirse a la planificación que se ha hecho para la celebración y ejecución de los contratos dentro de la respectiva vigencia anual, de manera que, al cierre fiscal, las partidas presupuestales que fueron aprobadas por la ley de presupuesto hayan sido debidamente comprometidas y canceladas.

Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De esta forma previa autorización, se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores⁹⁰.

Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva.

Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley⁹¹.

Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: a) las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; b) las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista.

a. Reservas presupuestales o de apropiación

Las reservas presupuestales o de apropiación constituyen el reconocimiento y provisión para compromisos que se contrajeron legalmente durante la vigencia fiscal y que a la fecha en que fenece el respectivo presupuesto, esto es 31 de

administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos (...); pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.// En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual (...). No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, radicado: 28.565.

⁹⁰ Cfr. Artículos 10 y ss. de la Ley 819 de 2003.

⁹¹ Al respecto ver: NARANJO FLORES, Carlos Eduardo y CELY CUBIDES, Diego Mauricio. "Las excepciones al principio de anualidad en la contratación estatal". En Revista de Derecho Fiscal No 4 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 248. En: www.uexternado.edu.co/derechofiscal.

diciembre, no se han atendido por no haberse cumplido la totalidad de obligaciones o los trámites derivados del mismo, y por tanto no es posible ordenar su pago. Su fundamento legal está en el inciso 3º del artículo 89 del Decreto 111 de 1996 que indica:

“Artículo 89. Las apropiaciones incluidas en el presupuesto general de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva.

Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse.

Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.

(...)” (Resalta la Sala)

Esta disposición implica que existe un compromiso legalmente adquirido sobre el que se ha realizado debida y oportunamente el registro presupuestal. En estos eventos, es preciso aclarar que el recurso con el que se pretende financiar el pago existe, y eso permite que se reserve o guarde, posibilitando que, aunque la ejecución del contrato no se haya terminado, el monto de la partida presupuestal entre a título de reserva en el nuevo presupuesto y el pago con estos dineros se realice en la siguiente vigencia fiscal.

Estas reservas se deben constituir en los registros internos de la entidad administrativa, y su relación debe ser enviada antes del 20 de enero de la vigencia siguiente a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la cual las registra en su sistema de información y posteriormente las pone a disposición de la Dirección General del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁹².

b. Reservas de caja o cuentas por pagar

Al tenor del inciso 4º del artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, estas consisten en:

“Artículo 89. (...)

⁹² El artículo 7º del Decreto 4836 de 2011, compilado por el Decreto 1068 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, señala: **“Artículo 7º. Constitución de reservas presupuestales y cuentas por pagar. A más tardar el 20 de enero de cada año, los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación constituirán las reservas presupuestales y cuentas por pagar de la respectiva sección presupuestal correspondientes a la vigencia fiscal anterior, de conformidad con los saldos registrados a 31 de diciembre a través del Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación. En dicho plazo, podrán efectuar los ajustes a que haya lugar para la constitución de las reservas presupuestales y de las cuentas por pagar, sin que en ningún caso se puedan registrar nuevos compromisos.(...)// Las cuentas por pagar y las reservas presupuestales que no se hayan ejecutado a 31 de diciembre de la vigencia en la cual se constituyeron, expiran sin excepción. En consecuencia, los respectivos recursos de la Nación deben reintegrarse por el ordenador del gasto y el funcionario de manejo del respectivo órgano a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente a la expiración de estas”.** (Resalta la Sala).

Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios". (Resalta la Sala).

Estas reservas se configuran para atender compromisos adquiridos que al momento del cierre presupuestal ya son exigibles, sin que se haya realizado el pago efectivo de los mismos.

Así las cosas, la diferencia entre las reservas de apropiación y las reservas de caja radica en el hecho de que en las primeras no se ha cumplido con el objeto contractual, pero subsiste el negocio jurídico que debe cumplirse, mientras que en las segundas ya se ha cumplido la obligación y tan solo está pendiente el pago según el compromiso adquirido por el ente estatal.

Las reservas de caja también deben constituirse y enviarse antes del 20 de enero de la vigencia siguiente a la Dirección General del Presupuesto Nacional⁹³.

En síntesis, las normas presupuestales previeron la manera de cancelar los compromisos durante la vigencia fiscal en la cual se contraen o durante la inmediatamente siguiente con cargo al presupuesto de la vigencia anterior (cuentas por pagar y reservas presupuestales).

Finalmente advierte la Sala que lo que se busca con la utilización de los mecanismos antes enunciados es evitar que a pesar de los contratiempos de la contratación estatal y los eventuales errores o negligencia en que puedan incurrir los servidores públicos encargados de pagar las obligaciones dinerarias de una entidad, se generen o se agraven los perjuicios económicos que estas situaciones puedan ocasionar tanto al contratista como a la entidad pública (por ejemplo, el pago de intereses moratorios, pagos a cargo de partidas judiciales o de conciliación de la entidad).

Sin embargo, se aclara que no por eso dejan de ser mecanismos presupuestales de uso restringido y excepcional, pues su utilización generalizada puede dar lugar a desvirtuar el principio constitucional de anualidad fiscal.

D. CONSIDERACIÓN FINAL

Sin perjuicio de lo señalado a lo largo de este Concepto sobre la posibilidad de acudir a los principios reguladores de la contratación estatal y a los principios del Estatuto Orgánico de Presupuesto para determinar las características generales de la suspensión en los contratos estatales, la Sala considera conveniente que el legislador regule, -en orden a evitar ambigüedades sobre el tema-, cuál es su fundamento legal, las clases de contratos en los que se podría pactar, las obligaciones que con la suspensión quedan vigentes, así como las que resultan imposibles de ejecutar, cuáles son sus elementos causales, sus consecuencias, particularmente las que se relacionan con la fecha de terminación del contrato, y los efectos presupuestales que se derivan para las partes con la medida de la suspensión del contrato.

Para estos efectos la Sala, en desarrollo de su función de preparación y revisión de textos normativos, estará atenta a prestar la colaboración que se estime necesaria.

⁹³ *Ibidem*.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1 ¿Puede la suspensión de un contrato estatal, efectuarse de manera unilateral y en qué clase de contratos se aplicaría?

La ley no regula la suspensión del contrato como potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal, ni faculta al contratista a ejercerla, de manera que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.

2. Cuando se hace referencia a que la suspensión del contrato estatal “incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento”, ¿se entendería que el tiempo de la suspensión modifica obligatoriamente el plazo de ejecución inicialmente pactado, o por el contrario el mismo permanece inamovible?

3. De acuerdo a lo anterior, ¿cómo afecta la ejecución contractual, las frases NO ADICIONA Y SIN QUE SE IMPUTE, que estructuran las expresiones: “por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo” y “pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”?

4. De acuerdo con la afirmación “por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido.” ¿Debe entenderse que la fecha de finalización estipulada inicialmente en cualquier modalidad de contratación estatal, no cambiaría como consecuencia de la suspensión?

Durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza.

El tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa al plazo pactado. La forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó; lo que ocurre es que se desplaza y se altera la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión. Como es obvio deberá atenderse a que la naturaleza y contenido particular del contrato de que se trate permitan el efecto de desplazamiento de la fecha de su terminación, como se dejó analizado en este concepto.

5. Uno de los efectos de la suspensión del contrato de obra pública, es que permite que se extienda el tiempo suspendido a la ejecución del plazo inicial, ¿se podría aplicar la misma premisa en los contratos de prestación de servicios que conlleva el principio de la anualidad fiscal, los convenios interadministrativos, de consultoría y en general los establecidos en 32 (sic) de la ley 80 de 1993?

Por regla general, en cualquiera de los contratos estatales establecidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los efectos de la suspensión de las obligaciones en su ejecución están vinculados a la alteración o desplazamiento de la fecha de finalización del contrato inicialmente estipulada, independientemente del principio de anualidad fiscal implícito en toda la actividad contractual del Estado. Lo anterior sin perjuicio de analizar en cada caso la naturaleza y el contenido del contrato.

6. ¿Cuáles serían las causales de suspensión, su fundamento legal y en qué clase de contratos estatales operaría?

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la suspensión del contrato puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.

La suspensión, sus condiciones y los términos en los que se acuerda durante la ejecución del contrato estatal tiene fundamento legal en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes (artículo 1602 del Código Civil y artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), en el principio de la primacía del interés general (artículo 2º de la Constitución Política, artículo 3º de la Ley 80 de 1993), y de conservación del contrato (numeral 9º del artículo 4 y numeral 2º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993).

Como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato podrían pactarse, por regla general, en cualquier tipo de contrato estatal.

Empero, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes al decidir sobre la suspensión deberán: (i) ponderar que la naturaleza y contenido del contrato estatal de que se trate admita la posibilidad de suspenderlo; (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres; (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.

7. ¿Si la suspensión afecta varias vigencias fiscales, cuál es el mecanismo para conservar la apropiación presupuestal?

Son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución de algunas obligaciones del negocio jurídico permiten conservar la apropiación presupuestal:

a) Las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal.

b) Las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista.

Remítase al Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala