**CCE-DES-FM-17**

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Irrevocabilidad de la oferta – Finalidad**

Esta garantía respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, pues esto pone en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe. El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que «La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario». Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado […]».

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Procedimiento Aplicable – Ley 1474 de 2011 – Garantía única de cumplimiento – Falta de otorgamiento – Perjuicios**

[…] el procedimiento del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción aplica únicamente al siniestro de la garantía de seriedad cuando la declaratoria se fundamenta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, en caso de que el proponente seleccionado no otorgue la garantía única de incumplimiento. Lo anterior dado que esta causal no solo supone la adjudicación sino también el perfeccionamiento del contrato, razón por la cual afecta al oferente ganador del procedimiento contractual, quien se convierte en contratista al suscribir el acuerdo en los términos del inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. De hecho, la ausencia de este requisito afecta el contrato, ya que –conforme al inciso segundo ibidem, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007– sin la aprobación de la garantía única es imposible ejecutarlo. Por tanto, la falta de otorgamiento de la garantía única debe sancionarse conforme al procedimiento especial de la Ley 1474 de 2011, pues se aplica a la imposición de todo tipo de sanciones contractuales, incluido el siniestro de la garantía precontractual en el caso explicado. […] «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado título de sanción», de manera que sí existe norma especial en este pequeño aspecto.

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Procedimiento Aplicable – Ley 1437 de 2011 – Suscripción del contrato – Renuencia del adjudicatario**

[…] el trámite de la declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta se rige por el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Esta norma prescribe que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código […]», disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 […] En definitiva, el procedimiento administrativo general sancionador del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad –con fundamento en alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015– declare el siniestro de la garantía precontractual

**AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Finalidad**

Este amparo encuentra fundamento en el anticipo se entrega al contratista con la finalidad de solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato. Dado que el anticipo se concibe como un adelanto o avance del valor del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, los recursos entregados en tal calidad son de naturaleza pública. Por tanto, solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización, mediante la ejecución de actividades programadas del contrato. Bajo esta perspectiva, es indispensable garantizar los riesgos del manejo e inversión de dicho anticipo.

**AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Procedimiento Aplicable – Ley 1474 de 2011 – Perjuicios**

[…]si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 ibídem, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista.

**AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Procedimiento Aplicable – Ley 1437 de 2011 – Perjuicios**

[…] si la entidad únicamente declara la ocurrencia del siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo, sin imponer sanciones o declaratorias de incumpliendo, no estará ejerciendo una potestad sancionatoria, sino reclamando la póliza de seguro frente a la compañía aseguradora.[…] En consecuencia, se podrá declarar el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo mediante acto administrativo motivado, previo agotamiento del procedimiento administrativo descrito, en el cual se incluyan los fundamentos facticos y probatorios de la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía que reclama la entidad a título de perjuicios, con fundamento en los establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

**SINIESTRO –** **Amparo de estabilidad de la obra – Procedimiento – Perjuicios**

[…], como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474, y en la medida que el artículo 29 prohíbe decisiones de plano, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Dicha norma prescribe que «Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales […]», disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993. […] La entidad estatal deberá motivar el acto administrativo que declara el siniestro de estabilidad y calidad de la obra, incluyendo las situaciones de hecho que demuestren la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía a la cual asciende las reparaciones a efectuar en la obra. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 1077 del Código de Comercio que establece: «Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso».

Bogotá D.C., **08/04/2021 Hora 19:11:31**

 

Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 080 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | GARANTÍA DE SERIEDAD – Irrevocabilidad de la oferta – Finalidad / GARANTÍA DE SERIEDAD – Procedimiento Aplicable – Ley 1474 de 2011 – Garantía única de cumplimiento – Falta de otorgamiento – Perjuicios / GARANTÍA DE SERIEDAD – Procedimiento Aplicable – Ley 1437 de 2011 – Suscripción del contrato – Renuencia del adjudicatario / AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Finalidad / AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Procedimiento Aplicable – Ley 1474 de 2011 – Perjuicios / AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Procedimiento Aplicable – Ley 1437 de 2011 – Perjuicios / SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Procedimiento – Perjuicios |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20210222001430 y P20210222001437 –Acumuladas– |

Estimado señor Cruz:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde sus consultas del 22 de febrero del 2021.

1. **Problemas planteados**

Respecto al siniestro del amparo de seriedad de la oferta, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como el de estabilidad y calidad de la obra, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Qué procedimiento debe adelantar las entidades estatales, el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o el procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011?» y ii) «¿[pueden] cuantificar los perjuicios del mismo?» (corchetes fuera de texto).

1. **Consideraciones**

Para resolver la pregunta que usted plantea se harán algunas consideraciones sobre: i) las garantías en la contratación estatal, en particular la garantía de seriedad de la oferta y los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y estabilidad y calidad de la obra y ii) el procedimiento para la declaración del siniestro de dichas garantías.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el Concepto 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006453 del 14 de noviembre de 2019 y C-577 del 16 de septiembre de 2020, explicó la seriedad de los ofrecimientos realizados en los procedimientos de selección y el procedimiento aplicable para el siniestro de la misma. Así mismo, en el Concepto C-001 del 23 de abril de 2020 explicó el procedimiento aplicable para el siniestro del amparo de estabilidad de la obra y en Concepto con radicado 4201913000005732 del 27 de septiembre de 2019 se trató el procedimiento en materia de amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Garantías en la contratación estatal: seriedad de la oferta, buen manejo y correcta inversión del anticipo y estabilidad y calidad de la obra**

Por regla general, para seleccionar los contratistas y para ejecutar los contratos se requiere la constitución de garantías. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. Esta norma señala lo siguiente:

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Las condiciones para el cumplimiento de esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. y 2.2.1.2.3.1.19 a las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los riesgos objeto de cobertura, la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas, ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

Los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. Igualmente, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados.

La *garantía de seriedad* implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones. En contraste, la *garantía de cumplimiento* es un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Sobre la *garantía de seriedad* se destaca que respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, pues esto pone en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe.

El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que «La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario». Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado título de sanción».

Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[1]](#footnote-2).

El artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta». Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1’000.000– de smlmv.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución[[2]](#footnote-3).

Determinar el *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. El *valor* corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando –en los términos del artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015– la obligación pecuniaria de la aseguradora. Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. El *plazo de cobertura* delimita directamenteel período de vigencia de la oferta.

Además, es importante definir los casos en los que la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad. Conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

Las causales 1, 3 y 4 se configuran a través de omisiones –no ampliar, no suscribir y no otorgar–, mientras que la causal 2 se configura a través de una acción –retirar la oferta–. Además, guardan relación con diferentes etapas del procedimiento: mientras las causales 1, 2 y 3 están ubicadas en la etapa precontractual, la causal 4 lo está en la contractual. Finalmente, mientras las causales 2, 3 y 4 dependen de la conducta pura y simple del proponente, la causal 1 depende de una exigencia previa de la entidad contratante en la que, posteriormente, el oferente incumple el deber de mantener la vigencia de la garantía del ofrecimiento.

En lo que atañe a la *garantía de cumplimiento*, con el fin de centrarnos en el objeto de consulta, haremos referencia a dos de los amparos que establece el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015: i) el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo y ii) el amparo de estabilidad y calidad de la obra.

i) De conformidad con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cubre a la entidad de los perjuicios sufridos con ocasión de la no inversión del anticipo; el uso indebido del anticipo; y la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

Este amparo encuentra fundamento en el anticipo se entrega al contratista con la finalidad de solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato. Dado que el anticipo se concibe como un adelanto o avance del valor del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, los recursos entregados en tal calidad son de naturaleza pública. Por tanto, solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización, mediante la ejecución de actividades programadas del contrato. Bajo esta perspectiva, es indispensable garantizar los riesgos del manejo e inversión de dicho anticipo. La jurisprudencia explica esta necesidad en los siguientes términos:

no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.

[…]

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato[[3]](#footnote-4).

De esta manera, los riesgos asociados al amparo del buen manejo y correcta inversión está relacionado con los recursos que se entregan al contratista a título de *anticipo* y enmarca las situaciones en las cuales estos recursos no sean empleados para su inversión en la gestión contractual, y/o se han invertido de manera distinta a la acordada. También comprende los eventos en que el contratista se apropie indebidamente del anticipo, es decir, «se quede con el dinero, se lo robe, abuse de la confianza, en lugar de destinarlo a la obra por ejecutar»[[4]](#footnote-5).

En consecuencia, la constitución del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo deberá realizarse en caso de que se pacte la entrega de un anticipo en el contrato, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011[[5]](#footnote-6). La vigencia debe cubrir hasta la liquidación del contrato o la amortización del anticipo y su valor deberá ser el ciento por ciento –100%– de la suma establecida como anticipo. Lo anterior garantiza que, en caso de concreción de los riesgos que ampara, el reintegro de los recursos entregados a título de anticipo será integral.

ii) Tratándose del amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060.3 del Código Civil[[6]](#footnote-7), el numeral 5 del artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «[…] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción».

Por otra parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 prescribe que «Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato», agregando que «La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato». De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción.

**2.2. Declaración del siniestro de las garantías: debido proceso administrativo**

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación dispone que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La claridad de esta norma no deja lugar a ninguna duda, y es por ello que la Corte Constitucional afirma que «Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas»[[7]](#footnote-8). Sin embargo, dicha ampliación tiene algunas particularidades o *matices* que también han sido reseñados por la Corte Constitucional[[8]](#footnote-9).

En este orden de ideas, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa, pero ello debe interpretarse en consideración a los principios que caracterizan cada escenario y las diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. Con base en estas consideraciones la Corte ha resaltado la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que «mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa […]»[[9]](#footnote-10).

Para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales […]». En concordancia, la Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir:

i) c*itación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación, citando a la aseguradora cuando la garantía de cumplimiento consista en una póliza de seguros. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[…] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho […]»[[10]](#footnote-11).

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, establece la efectividad de las garantías previstas en dicha norma. A este respecto, señala que las entidades estatales deberán hacer efectivas las garantías así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

En principio, podría pensarse que el procedimiento requerido para hacer efectivas las garantías constituidas en el contrato estatal y declarar el siniestro, es el descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que los riesgos que deben cubrir están relacionados con el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades estatales con ocasión de la presentación de las ofertas y de los contratos y su liquidación, y por ende, su incumplimiento da lugar a la imposición de las sanciones establecidas.

Sin embargo, como veremos, no siempre que se pretenda hacer efectiva las garantías la Administración ejerce una potestad sancionadora o, en su defecto, aunque pueda tratarse de una sanción, no se cumplen todos los presupuestos propios del artículo 86 de dicha la Ley, por lo que no resulta aplicable este procedimiento. Esto no obsta para la Administración respete las garantías del debido proceso en materia contractual, razón por la cual podrá aplicar el procedimiento administrativo general o sancionatorio regulado en la ley 1437 de 2011, según sea el caso. En este contexto, a continuación se revisará el procedimiento para declarar el siniestro de las garantías sometidas a consulta.

* Garantía de seriedad de la oferta

Como punto de partida, las causales del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, además de originar un acto de gravamen, tienen naturaleza sancionadora. Esta precisión es importante, porque si bien toda *sanción administrativa* es un *acto de gravamen*, no todo *acto de gravamen* es una *sanción administrativa*. Este el caso de la expropiación forzosa, sea que se realice por vía administrativa o judicial, pues a pesar de que existe un *acto de gravamen* que afecta el derecho de propiedad, no puede sostenerse que el procedimiento tenga naturaleza sancionadora, máxime cuando son razones de utilidad pública precisamente las que facultan la prerrogativa expropiatoria del Estado. En este sentido, la medida –más que buscar la imposición de una pena a causa del quebrantamiento de una norma– pretende la satisfacción del interés general. Este ejemplo demuestra que existen mínimo dos (2) formas de definir la sanción. Al respecto, el Código Civil dispone que:

Artículo 4º—Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Artículo 5º—Pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas».

Artículo 6º—La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones.

 Como se observa, la sanción *latu sensu* es la consecuencia jurídica, al margen de que sea positiva o negativa, prevista por la realización del supuesto de hecho de la norma, mientras que la sanción *estricto sensu* es la derivada de la imposición de una pena como consecuencia de una infracción penal u administrativa[[11]](#footnote-12). En otras palabras, si bien algunas sanciones –en sentido amplio– generan consecuencias negativas para el afectado, no todo lo que las cause es resultado de la imposición de una pena –en sentido estricto–. Por tanto, lo que diferencia la sanción en sentido amplio y la sanción en sentido estricto es el carácter marcadamente represivo de las segundas, pues surgen como consecuencia a la comisión de una infracción administrativa típica. Para estos efectos, la naturaleza jurídica del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta se fundamenta en el citado artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015, pues dispone –que una vez declarado este– la compañía de seguros responde por el valor de la cobertura a título de sanción[[12]](#footnote-13).

 Precisado lo anterior, para efectos de declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la propuesta, esta Subdirección considera que no resulta aplicable el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en todos los eventos establecidos artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior, por cuanto el procedimiento administrativo del Estatuto Anticorrupción supone, como mínimo, el perfeccionamiento del contrato, lo cual no sucede cuando la entidad hace efectiva la garantía precontractual por las causales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique.

 Dentro del esquema general de la Ley 80 de 1993, exceptuando los contratos derivados de la urgencia manifiesta y de la mínima cuantía, el contrato estatal se perfecciona cuando las partes alcanzan un acuerdo entre el objeto y el precio, y este se eleva por escrito –art. 41, inc. 1–[[13]](#footnote-14). Para la doctrina, la forma solemne de contrato estatal se justifica tanto por razones tanto probatorias como presupuestales, delimitando la aplicación del régimen de nulidades, la teoría del hecho cumplido y del enriquecimiento sin causa[[14]](#footnote-15). No obstante, la suscripción del contrato supone la adjudicación previa. Este acto administrativo definitivo constituye una decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor proponente.

En otros términos, «La adjudicación es una etapa previa al contrato. *No es el contrato sino un acto administrativo pre-contractual que declara la propuesta aceptable y por el cual el licitante se obliga a efectuar los actos integrativos del procedimiento y formalización contractual*» (cursivas fuera de texto)[[15]](#footnote-16). En esta medida, si el contrato no nace a la vida jurídica con la selección del proponente, antes del perfeccionamiento –especialmente, si el adjudicatario no lo suscribió– no es posible aplicar el artículo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual supone el incumplimiento de las obligaciones dispuestas en un acto bilateral –el contrato–, no uno unilateral –el acto de adjudicación–[[16]](#footnote-17). Además, que dicho artículo parte del presupuesto de que ya existe un «contratista», sujeto al que se refiere en diferentes lugares, lo que adicionalmente soporta la idea de que dicho procedimiento aplica si existe un contrato y no frente a un proponente o adjudicatario.

 De esta manera, el procedimiento del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción aplica únicamente al siniestro de la garantía de seriedad cuando la declaratoria se fundamenta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, en caso de que el proponente seleccionado no otorgue la garantía única de incumplimiento. Lo anterior dado que esta causal no solo supone la adjudicación sino también el perfeccionamiento del contrato, razón por la cual afecta al oferente ganador del procedimiento contractual, quien se convierte en contratista al suscribir el acuerdo en los términos del inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. De hecho, la ausencia de este requisito afecta el contrato, ya que –conforme al inciso segundo *ibídem*, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007– sin la aprobación de la garantía única es imposible ejecutarlo. Por tanto, la falta de otorgamiento de la garantía única debe sancionarse conforme al procedimiento especial de la Ley 1474 de 2011, pues se aplica a la imposición de todo tipo de sanciones contractuales, incluido el siniestro de la garantía de seriedad en el caso explicado.

En todo caso, aunque la no ampliación de la garantía precontractual, el retiro de la oferta o la falta de suscripción del contrato son infracciones cometidas antes del perfeccionamiento del contrato, la imposibilidad de aplicar el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción no significa la posibilidad de sancionar de plano. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En concordancia, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 prescribe que «En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción […]». Por tanto, sin perjuicio de los recursos y los medios de control procedentes, este derecho fundamental permite que el oferente, adjudicatario o contratista, así como la aseguradora, conozcan la actuación, ejerciendo el derecho de audiencia y defensa antes de que la Administración afecte la póliza. La jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado acoge esta idea al explicar que, si bien las entidades tienen competencia para declarar el siniestro, esta prerrogativa no limita el debido proceso, razón por la cual:

[…] tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in *bonam partem*- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente[[17]](#footnote-18).

En este contexto, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta en los eventos 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique, se rige por el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Esta norma prescribe que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código […]», disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-19).

Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades establezcan que existe mérito para iniciar un procedimiento sancionador, se le comunique al interesado; además, agrega que –concluidas las averiguaciones preliminares– formulará el pliego de cargos, acto administrativo de trámite en el señala los fundamentos de la sanción, las disposiciones presuntamente vulneradas y la consecuencia jurídica, contra el cual se formularan los descargaros dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal –Art. 47, incisos 2 y 3–. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–.

Aunque el parágrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 –en contraste con el inciso primero– dispone que «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia», es necesario reiterar que el artículo 86 de la Ley 1474 supone el perfeccionamiento del contrato, razón por la que las sanciones impuestas antes de la suscripción no se rigen por dicha disposición, por no resultar aplicable, por lo que no existiría norma especial en materia contractual para ese evento, haciendo necesario aplicar las disposiciones generales sobre la materia.

Además, pese que el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 regula la graduación de las sanciones este aspecto sustantivo no es aplicable a la declaración del siniestro de la garantía de seriedad, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado título de sanción», de manera que sí existe norma especial en este pequeño aspecto. Por tanto, como hay una disposición normativa especial en la materia, la entidad estatal cobrará el valor total asegurado a título de sanción, sin necesidad de demostrar y cuantificar los perjuicios causados por las circunstancias objeto de cobertura.

En definitiva, el procedimiento administrativo general sancionador del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad –con fundamento en alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015– declare el siniestro de la garantía precontractual.

En resumidas cuentas, el procedimiento aplicable para hacer efectiva y declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la oferta dependerá del riesgo que se concrete. Si se trata de los eventos establecidos en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento será el establecido en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, si el proponente seleccionado no otorga la garantía única de incumplimiento, aplica el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. De cualquier manera, en caso de declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción, sin necesidad de demostrar y cuantificar los perjuicios causados por las circunstancias objeto de cobertura.

* Amparo de la estabilidad y calidad de la obra

La jurisprudencia explica que al declarar el siniestro del amparo de estabilidad y calidad de la obra, la Administración no ejerce una potestad sancionadora[[19]](#footnote-20). En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente del contrato –caducidad–, ni estima anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento –cláusula penal–, como tampoco son medios coercitivos de apremio –multas–. Todo lo contrario, su función es salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la Administración frente a los eventuales incumplimientos imputables al contratista.

Por ello, impuesta cualquier sanción mencionada, la entidad –previa citación de la aseguradora– está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho trámite, como se expuso, se establece para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. En esta medida, dicha norma no aplica para declarar el siniestro del amparo de estabilidad de la obra, el cual supone que el contratista ejecutó las actividades pactadas y que la entidad las recibió a satisfacción, encontrando posteriormente vicios que afectan su calidad y obligan al saneamiento[[20]](#footnote-21).

Sin embargo, como se explicó, sin importar la declaratoria a realizar o el asunto a decidir, la Administración se encuentra obligada a respetar las garantías del debido proceso en materia contractual. En este contexto, como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474, y en la medida que el artículo 29 prohíbe decisiones de plano, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Dicha norma prescribe que «Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales […]», disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-22). Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades procedan de oficio la actuación comience con un escrito que debe comunicarse al interesado para que ejerza el derecho de defensa –art. 35, inc. 2–; lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–. Dicho procedimiento concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que entidad declare el siniestro de la garantía.

La entidad estatal deberá motivar el acto administrativo que declara el siniestro de estabilidad y calidad de la obra, incluyendo las situaciones de hecho que demuestren la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía a la cual asciende las reparaciones a efectuar en la obra. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 1077 del Código de Comercio que establece: «Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso».

En este sentido, como quiera que el amparo de estabilidad y calidad de la obra cubre a la entidad de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción, le corresponde a la entidad contratante fijar, en el acto administrativo que declare el siniestro, el monto de dichos perjuicios teniendo en cuenta las situaciones concretas de cada caso.

* Amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo

En relación con el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo se pueden presentar dos situaciones que determinan la actuación administrativa a seguir para la declaratoria del siniestro: i) que se declare el incumplimiento de las obligaciones y el siniestro de este amparo; o ii) que únicamente se declare el siniestro de este amparo.

En el primer evento, debe tenerse en cuenta que si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 *ibídem,* la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista. Concretamente para el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, deberá relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo; y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

Por el contrario, si la entidad únicamente declara la ocurrencia del siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo, sin imponer sanciones o declaratorias de incumpliendo, no estará ejerciendo una potestad sancionatoria, sino reclamando la póliza de seguro frente a la compañía aseguradora. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

[…] conviene distinguir la actuación administrativa en la que no se declara el incumplimiento del contrato, sino únicamente la ocurrencia del siniestro por anticipo, puesto que la decisión de declarar el siniestro y ordenar su pago por el valor correspondiente, no se configura como el resultado de un procedimiento sancionatorio frente a la compañía de seguros, toda vez que no está destinado a imponer una sanción, ni una restricción o limitación de la posición contractual. Esa actuación estatal, cuando se adelanta frente a la compañía de seguros, se apoya en el ejercicio de un derecho, el de reclamar o hacer valer la póliza de seguro, el cual no tiene naturaleza sancionatoria[[22]](#footnote-23).

En este punto, es de vital importancia señalar que los amparos de la póliza son independientes y autónomos en el riesgo que cubren y en el valor asegurado. Esto significa, que aunque se trate de una garantía única de cumplimiento, cada amparo tiene objetos de cobertura diferentes, que imponen, para la declaratoria del siniestro, la configuración de los supuestos del amparo afectado. De esta manera, «[…] se puede observar que la exigibilidad del amparo de manejo no siempre se presenta incorporada en el acto administrativo de declaratoria del incumplimiento del contrato estatal»[[23]](#footnote-24).

Dicho esto, en este segundo evento la entidad no podría acudir al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues esta actuación no ostenta una naturaleza sancionatoria. Bajo esta premisa, haciendo una abstracción de lo expuesto sobre el amparo de estabilidad y calidad de la obra, la Subdirección de Gestión Contractual considera que cuando únicamente se realizará la declaratoria del siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, sin declaratoria de incumplimiento, la actuación se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, se podrá declarar el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo mediante acto administrativo motivado, previo agotamiento del procedimiento administrativo descrito, en el cual se incluyan los fundamentos facticos y probatorios de la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía que reclama la entidad a título de perjuicios, con fundamento en los establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

**3. Respuesta**

Respecto al siniestro del amparo de seriedad de la oferta, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como el de estabilidad y calidad de la obra:

i) «¿Qué procedimiento debe adelantar las entidades estatales, el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o el procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011?».

ii) «¿[pueden] cuantificar los perjuicios del mismo?» (corchetes fuera de texto).

De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, la *garantía de seriedad de la oferta* cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos: i) la no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses; ii) el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas; iii) la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario y iv) la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

 El procedimiento aplicable para hacer efectiva y declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la oferta dependerá del riesgo que se concrete, y en todo caso deberá respetarse el debido proceso. En este sentido, si se trata de los eventos previstos en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento será el establecido en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, en la medida que –pese a que estas causales generan una sanción– no existe perfeccionamiento previo del contrato y, por tanto, no es aplicable el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción. Por el contrario, si el proponente seleccionado no otorga la garantía única de incumplimiento, procede el trámite dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues ya existe un contrato perfeccionado.

En ambas situaciones, conforme lo dispone el artículo 2.2.1.2.3.2.8. del Decreto 1082 de 2015, en caso de declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción. Por tanto, no es necesario cuantificar los perjuicios causados por los eventos objeto de cobertura.

 En segundo lugar, si la declaración del siniestro del *amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo* se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio, en el entendido que la entidad se encuentra ejerciendo una potestad sancionatoria. Con fundamento en dicha norma, la entidad deberá cuantificar los perjuicios sufridos con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

En el evento en que únicamente se declare el siniestro del amparo, sin imponer sanciones o declaratorias de incumpliendo, el trámite se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que no se está ejerciendo una potestad sancionatoria. En este sentido, conforme lo señalado artículo 1077 del Código de Comercio, corresponderá a la entidad demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, perjuicio que dependerá de las circunstancias propias de cada caso.

Finalmente, considerando que la declaración del siniestro del *amparo de estabilidad de la obra* no deriva del ejercicio una potestad sancionadora, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, el trámite se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. La entidad estatal deberá motivar el acto administrativo que declara el siniestro de estabilidad y calidad de la obra, incluyendo las situaciones de hecho que demuestren la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía a la cual asciende las reparaciones a efectuar en la obra, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda». [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de junio de 2001. Sección Tercera. Exp. 13.436. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-4)
4. PÉREZ RUEDA, Christian Eduardo. El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 2012, vol. 21, no 37, p. 205. [↑](#footnote-ref-5)
5. «Artículo 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

»El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

»Parágrafo. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal». [↑](#footnote-ref-6)
6. Esta norma dispone que «Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[…]

»3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041,2057 inciso final […]». [↑](#footnote-ref-7)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-8)
8. «La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos» (*Ibídem*). [↑](#footnote-ref-9)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-10)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-11)
11. No en vano, Rebollo Puig *et al* precisa «La sanción administrativa sólo puede imponerse si ésta se ha cometido en sentido estricto. Si la sanción administrativa es la figura paralela a las penas, la infracción administrativa es la figura paralela al delito. Una infracción administrativa no es cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Es sólo aquella conducta contraria a dicho ordenamiento (conducta antijurídica) que, además, está tipificada en una ley como tal infracción y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa. Como además se exige el requisito de la culpabilidad, se puede definir como acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por alguna autoridad administrativa» (REBOLLO PUIG, Manuel *et al*. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos – Universidad del Rosario. [En línea]. 2005. Vol. 7. Núm. 001. [Citado el 28 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2232/73370101.pdf?sequence=1>. p. 26). [↑](#footnote-ref-12)
12. Al respecto, el Consejo de Estado considera explica lo siguiente: «[…] la garantía de seriedad de la oferta es una exigencia legal que se impone para participar en los procesos de selección pública de contratistas, el cual encuentra fundamento en el principio de economía que los rige, en tanto que propende porque se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma en desmedro de los intereses públicos.

»En ese entendido, […] la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, le permite cobrar, a título de sanción, el valor de la respectiva garantía, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones pertinentes para el cobro de los perjuicios que se puedan ocasionar por la falta de suscripción del contrato […]». (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Rad. 39.066. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-13)
13. Para los contratos derivados de la urgencia manifiesta, el inciso 4 del artículo 41 del Estatuto General de Contratación dispone que «En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante».

Por otra parte, para el procedimiento de selección de mínima cuantía, el artículo 94, literal d), de la Ley 1474 de 2011 prescribe lo siguiente «La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal».

 [↑](#footnote-ref-14)
14. Cfr. IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. El principio de Estado de Derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Alemania y en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. pp. 383.

 [↑](#footnote-ref-15)
15. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 390. [↑](#footnote-ref-16)
16. No en vano, la jurisprudencia considera que «La garantía de seriedad de la oferta constituye un aval en orden a que el participante ejecute las obligaciones que asume al participar en el procedimiento de selección, que se hace exigible ante el incumplimiento de alguno de sus deberes y obligaciones. *Esto porque la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad afianzar el mantenimiento de la oferta, durante el plazo estipulado en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del adjudicatario*» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2012. Rad. 24.940. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-17)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Rad. 20.917. C.P. Enrique Gil Botero, Subsección A. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Rad. 27.721. C.P. Hernán Andrade Rincón, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Rad. 45.907. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición contraria, Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Rad. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-18)
18. Allí se dispone lo siguiente: «Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil». [↑](#footnote-ref-19)
19. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Rad. 29.368. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Rad. 35.057. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Rad. 25.742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Rad. 22.899. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz, entre otras. [↑](#footnote-ref-20)
20. En esta medida, recibida la obra, no es posible alegar la inejecución de las obligaciones a cargo del contratista, pues la recepción «[…] es un acto jurídico y patrimonial, por el cual “el comitente acepta la entrega de la obra ejecutada” y “declara extinguida la obligación de hacer que debía cumplir el constructor”. Esta extinción, en la medida en que el comitente no manifieste reservas acerca de su alcance, implica la conformidad total y definitiva con la obra o con su producto, incluso en relación con el plazo de ejecución. Es la culminación del contrato desde el punto de vista del objeto perseguido por el comitente al celebrarlo. Es también la consumación plena de las obligaciones asumidas por el constructor» (PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 446).

 [↑](#footnote-ref-21)
21. Allí se dispone lo siguiente: «Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil». [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicado No. 52.495. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-23)
23. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de marzo de 2015. Expediente 29205. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-24)