**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición normativa, las “entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán […]” el procedimiento que en tal enunciado normativo se regula.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del “principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”. A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en “todas las actuaciones administrativas” como lo ordena el artículo 29 superior.

**GARANTÍAS – Contratación estatal – Finalidad**

Por regla general, los contratos estatales deben contar con una garantía. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituirla para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. […]

[…]

Las condiciones en las que debe cumplirse esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere, en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.19, a las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los riesgos que deben ser 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.

**GARANTÍAS – Siniestro – Declaratoria unilateral**

De este modo, el procedimiento para declarar el siniestro, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es distinto del trámite ordinario previsto en los artículos 1075 y siguientes del Código de Comercio, que es el que se aplica a las pólizas de seguro entre particulares. […]

[…]

Así pues, las entidades estatales indicadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 cuentan con el beneficio de la decisión previa, que es expresión de la auto-tutela declarativa, para verificar la ocurrencia del siniestro –es decir, para constatar la materialización del riesgo asegurado– y para expedir el acto administrativo que establezca: i) que el siniestro efectivamente ocurrió y ii) que, por ende, el garante debe reconocerle a la entidad estatal el valor amparado en el instrumento de cobertura del riesgo. En tal sentido, la notificación del acto administrativo que declara el siniestro contiene la orden proferida por la entidad estatal, dirigida al garante, para que este reconozca el valor amparado y afectado por dicha declaratoria. No es una reclamación que queda sujeta a la discrecionalidad del garante, sino una obligación que este debe cumplir una vez el acto administrativo quede en firme, en los términos del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

**SINIESTRO – Acto administrativo – Incumplimiento – Reclamación**

[…], si el siniestro se basa en la declaratoria del incumplimiento o en la efectividad de una medida sancionatoria –multa, cláusula penal pecuniaria o caducidad–, la entidad estatal debe adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y remitir la citación al garante –compañía aseguradora, bancaria o fiduciaria–, para que pueda hacer parte del trámite. Si, como resultado del desarrollo de este procedimiento, la entidad estatal declara el incumplimiento e impone la caducidad, la multa o la cláusula penal pecuniaria, este acto administrativo que decreta la sanción constituye, al mismo tiempo, el acto que declara el siniestro. Por consiguiente, se le debe notificar al garante y “hace las veces” del aviso de ocurrencia del siniestro previsto en el artículo 1075 del Código de Comercio, sin ser igual, porque, a diferencia de la reclamación que realiza un particular a una compañía aseguradora para que le reconozca el valor asegurado en una póliza, la entidad estatal le comunica una orden de pago que está revestida de presunción de legalidad y de ejecutoriedad. El garante podría interponer el recurso de reposición al que se refiere el artículo 86, literal c) de la Ley 1474 de 2011, pero, si se confirma la decisión o si no la impugna, el acto administrativo adquiere firmeza y se torna obligatorio.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señora

**Luisa Adriana Cely Ramos**

lcely@minsalud.gov.co

 **Concepto C ‒ 428 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SANCIONES CONTRACTUALES – Clases – Consagración legal / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / GARANTÍAS – Contratación estatal – Finalidad / GARANTÍAS – Siniestro – Declaratoria unilateral / SINIESTRO – Acto administrativo – Incumplimiento – Reclamación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230906014891 |

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 responde la consulta radicada el 06 de septiembre de 2023.

1. **Problema planteado**

En su petición realiza las siguientes preguntas relacionadas con el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.:

 *" En sede administrativa se tiene competencia para hacer exigibles los amparos de la póliza de responsabilidad civil extracontractual referidos en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto 1082 de 2015, previa realización de un debido proceso y en audiencia del asegurador, siniestrando así los amparos de que se trate. O si, por el contrario, el asunto sólo puede ser debatido y fallado en sede judicial con el juez competente”.*

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, [C-085 del 29 de abril de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-085%20de%202022) [C-125 del 23 de marzo de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-125%20de%202022) [C-195 del 12 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-195%20de%202022) [C-208 del 26 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-208%20de%202022) [C-238 del 27 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C%20-%20238%20de%202022) [C-866 del 20 de diciembre de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-866%20de%202022%22%20%5Ct%20%22_blank), [C-034 de 09 de marzo de 2023](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-034%20de%202023) y C-140 del 13 de junio de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

 En este contexto, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la petición conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ii) Procedimiento para declarar el siniestro en los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública iii) Alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022: reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales.

**2.1. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato. Entre dichas potestades se encuentran i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 ibidem. ii) En algunas disposiciones también se establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición normativa, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán […] el procedimiento que en tal enunciado normativo se regula.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del “principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”.[[3]](#footnote-4) A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en “todas las actuaciones administrativas” como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) Citación a audiencia. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. 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, así como al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Finalmente, 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 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 llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[4]](#footnote-5). De ahí que las entidades de *régimen especial[[5]](#footnote-6)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los hechos que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el supuesto incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos[[6]](#footnote-7).

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y el garante se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[7]](#footnote-8).

**2.2. Procedimiento para declarar el siniestro en los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Como se indicó, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituirla para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. Asimismo, dispuso que “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.”

En lo que respecta al procedimiento para declarar el siniestro en los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la jurisprudencia explica que, al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora[[8]](#footnote-9). **En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente el 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 contractual –multa, cláusula penal o caducidad–, 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 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 y calidad 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[[9]](#footnote-10).

En todo caso, 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 tanto el contratista 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[[10]](#footnote-11)”.

En este contexto, la postura de esta Subdirección ha sido reiterativa en indicar que como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474, y en la medida que el artículo 29 prohíbe decisiones de plano, se 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[[11]](#footnote-12). Para estos efectos, la Ley 1437 de 2011exige 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, en virtud de lo estipulado en el inciso 2 de su artículo 35. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión en cumplimiento de lo previsto en el artículo 37 de la norma en cita. 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 la entidad declare el siniestro de la garantía.

En lo que respecta a la *competencia temporal*, la Administración no dispone de un término ilimitado para ejercer sus prerrogativas. Ahora bien, podría pensarse que tanto el “siniestro” como la “declaratoria” deben ocurrir dentro del mismo plazo. Sin embargo, esta impresión es equivocada, en la medida que el “siniestro”, entendido como la realización del riesgo asegurado, es el único que se debe dar dentro de dicha vigencia. Mientras tanto, el acto administrativo que declara su ocurrencia debe expedirse antes de la prescripción del contrato de seguro[[12]](#footnote-13). En otras palabras, aunque la vigencia de la garantía está relacionada con la ocurrencia del siniestro, es independiente del plazo que tiene la Administración para hacerla efectiva, máxime cuando se limita a declarar una situación prexistente[[13]](#footnote-14). Sobre el tema, la jurisprudencia explica que:

[…] la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto[[14]](#footnote-15).

Así las cosas, el “siniestro” debe ocurrir durante la vigencia del seguro, aunque su “declaratoria” se produzca después del vencimiento de la garantía. Lo importante es que el acto administrativo se expida antes de la prescripción del contrato de seguro. Para estos efectos, es necesario precisar que el citado artículo 1081 del Código de Comercio consagra un término de dos años (2) para la prescripción ordinaria y uno de cinco (5) años para la extraordinaria. La primera empieza desde el momento en que el interesado conozca o deba conocer del hecho que da base a la acción, mientras que la extraordinaria –por ser objetiva– correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho. Dichos términos corren paralelamente, lo cual implica que no puede acogerse indistintamente alguno de ellos, pues el primero que se agote produce el efecto extintivo[[15]](#footnote-16). En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro.

Por tanto, las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuentan con la prerrogativa, reconocida en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, de declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo. Es esto lo que dispone el inciso cuarto de dicho artículo, al establecer que “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”. Así lo ratifica el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, que dispone lo siguiente sobre la efectividad de las garantías:

“La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo 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.

Así, las entidades estatales indicadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 cuentan con el beneficio de la decisión previa, que es expresión de la auto-tutela declarativa, para verificar la ocurrencia del siniestro –es decir, para constatar la materialización del riesgo asegurado– y para expedir el acto administrativo que establezca: i) que el siniestro efectivamente ocurrió y ii) que, por ende, el garante debe reconocerle a la Entidad Estatal el valor amparado en el instrumento de cobertura del riesgo. **En tal sentido, la notificación del acto administrativo que declara el siniestro contiene la orden proferida por la Entidad Estatal, dirigida al garante, para que este reconozca el valor amparado y afectado por dicha declaratoria**. No es una reclamación que queda sujeta a la discrecionalidad del garante, sino una obligación que este debe cumplir una vez el acto administrativo quede en firme, en los términos del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, lo anterior no significa que el garante carezca de la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ante la Entidad Estatal, pues tanto el artículo 29 de la Constitución, como el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, establece que en todo tipo de actuación administrativa debe salvaguardarse el debido proceso. Solo que la forma de oponerse a la declaratoria del siniestro varía según el tipo de procedimiento y de supuesto fáctico o jurídico constitutivo de la causa del siniestro.

Como se indicó en las consideraciones previas, si el siniestro se basa en la declaratoria del incumplimiento o en la efectividad de una medida sancionatoria –multa, cláusula penal pecuniaria o caducidad–, la Entidad Estatal debe adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y remitir la citación al garante –compañía aseguradora, bancaria o fiduciaria–, para que pueda hacer parte del trámite. Si, como resultado del desarrollo de este procedimiento, la Entidad Estatal declara el incumplimiento e impone la caducidad, la multa o la cláusula penal pecuniaria, este acto administrativo que decreta la sanción constituye, al mismo tiempo, el acto que declara el siniestro. Por consiguiente, se le debe notificar al garante y “hace las veces” del aviso de ocurrencia del siniestro previsto en el artículo 1075 del Código de Comercio, sin ser igual, porque**, a diferencia de la reclamación que realiza un particular a una compañía aseguradora para que le reconozca el valor asegurado en una póliza, la Entidad Estatal le comunica una orden de pago que está revestida de presunción de legalidad y de ejecutoriedad**. El garante podría interponer el recurso de reposición al que se refiere el artículo 86, literal c) de la Ley 1474 de 2011, pero, si se confirma la decisión o si no la impugna, el acto administrativo adquiere firmeza y se torna obligatorio.

En cambio, cuando la causa de la declaratoria del siniestro no es sancionatoria, se debe efectuar el procedimiento administrativo común.

**3. Respuesta**

En sede administrativa se tiene competencia para hacer exigibles los amparos de la póliza de responsabilidad civil extracontractual referidos en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto 1082 de 2015, previa realización de un debido proceso y en audiencia del asegurador, siniestrando así los amparos de que se trate. O si, por el contrario, el asunto sólo puede ser debatido y fallado en sede judicial con el juez competente.

Como se estableció en las consideraciones, es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

Aclarado lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento contractual, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato**,** hacer efectiva la cláusula penal, asi como comunicar al garante la orden de pago para reconocer el valor asegurado en una póliza a través del procedimiento descrito en dicha norma. Cabe destacar que el artículo en mención no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, durante o posterior a la terminación del contrato e independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Christian Camilo Orjuela GaleanoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Alejandro Sarmiento Contratista de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel MendozaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-4)
4. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Se entiende por entidades de régimen especial aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado [↑](#footnote-ref-6)
6. La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: “Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

“Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto”. [↑](#footnote-ref-7)
7. En este sentido, Suárez Tamayo indica: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165). [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. Para estos efectos, el artículo 1081 del Código de Comercio dispone que “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

“Estos términos no pueden ser modificados por las partes”. [↑](#footnote-ref-13)
13. No en vano, “Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio u ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro se dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.810. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz). [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Rad. 14.667. C.P. Myriam Guerrero De Escobar. [↑](#footnote-ref-15)
15. Al respecto, la jurisprudencia explica lo siguiente: “[…] la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C.C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

“Pero contra estas personas si corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro. Por tanto, las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así: a) cuando se consuma el término de dos años de la prescripción ordinaria, a partir del conocimiento real o presunto del siniestro; y b) en todo caso, cuando transcurren cinco años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria; la extraordinaria –se repite– corre aún contra personas incapaces o aquellas que no tuvieron ni pudieron tener conocimiento del hecho que da origen a la acción” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de julio de 1977. M.P. José María Esguerra Samper. Publicada en la Gaceta Judicial. Tomo CLV. Nº 2396. p. 153). [↑](#footnote-ref-16)