**CCE-DES-FM-17**

**SANCIONES CONTRACTUALES** **– Competencia temporal**

[…], en sentencia de unificación jurisprudencial, indicó que solo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de esta potestad exorbitante, el incumplimiento al que refiere debe valorarse durante este término.

[…]

En lo que respecta a las sanciones pecuniarias, teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]», la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplir.

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

[…], 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. 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

**SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Competencia temporal**

Si la vigencia mínima de la garantía está prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1085 de 2015, es posible pensar que tanto el «siniestro» como la «declaratoria» deben ocurrir dentro del mismo plazo. 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. 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.

[…]

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 antecitado 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. En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro.

Bogotá D.C., **23/04/2020 Hora 18:48:48s**

**N° Radicado: 2202013000002994**

Señora

**SILVANA VANESSA** **GUERRERO**

Ciudad

**Concepto C ─ 001 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SANCIONES CONTRACTUALES ― Competencia temporal / SINIESTRO ― Amparo de estabilidad de la obra ― Procedimiento / SINIESTRO ― Amparo de estabilidad de la obra ― Competencia temporal |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000002037 |

Estimada Señora Guerrero,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 18 de marzo de 2020, 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.

**1.** **Problemas planteados**

Usted formula las siguientes preguntas: i) ¿advertido un posible incumplimiento, qué término tiene la Administración para iniciar el proceso administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?, ii) ¿cuál es el procedimiento y los términos para que la Administración declare el siniestro del amparo de estabilidad de la obra, de un contrato estatal cumplido y liquidado y/o cumplido y sin liquidar?

**2.** **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, se explicará tanto la competencia temporal de la Administración para imponer sanciones contractuales, como el trámite y el plazo para declarar el siniestro de estabilidad de la obra.

Anteriormente esta Subdirección expidió el Concepto 4201911000005276 del 21 de agosto de 2019, donde se explicó que mientras la declaratoria de caducidad únicamente es posible dentro del término de ejecución del contrato, la imposición de las multas y la cláusula penal procede mientras se encuentre pendiente el cumplimiento de las obligaciones y el contrato no esté liquidado. La tesis propuesta se expone a continuación:

**2.1. Límite temporal para la imposición de sanciones contractuales**

La finalidad de los contratos estatales está dirigida a cumplir de los fines del Estado. Por este motivo, la Administración cuenta con prerrogativas durante la ejecución, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contratista. En ese sentido, goza de facultades sancionatorias que se traducen en medidas cuyos efectos producen la terminación anormal del contrato, como es el caso de la caducidad; o medidas apremiantes o coercitivas dirigidas a cumplir las obligaciones del contratista cuando no lo ha hecho en los términos convenidos. No obstante, cuando se trata de la multa y la cláusula penal, las partes deben pactarlas para que, previo procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, la entidad las imponga directamente.

 Pese a lo anterior, en la historia de las disposiciones normativas que regulan los contratos estatales, ha habido incertidumbre por el vacío normativo frente a la oportunidad que tienen las entidades estatales para ejercer el poder sancionatorio, particularmente frente a la multa, la cláusula penal y la caducidad. Sin embargo, el Consejo de Estado interpretó y unificó criterios frente al tema en los casos que estudió bajo la vigencia del derogado Decreto-Ley 222 de 1983, sin que a la fecha exista una posición de fondo y uniforme sobre la interpretación de la temporalidad sancionatoria en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cual, en criterio de esta Subdirección, no es indispensable para su interpretación, toda vez que, como se estudiará más adelante, el artículo 17 de la mencionada Ley establece las condiciones, inclusive de tiempo, para que la entidad estatal ejerza el poder sancionatorio.

Así las cosas, se revisarán las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en casos estudiados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en relación con los límites temporales para imponer las sanciones por el incumplimiento del contratista.

a) Decreto 222 de 1983

Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 las entidades podían declarar la caducidad e imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, siempre que la última facultad quedara estipulada en el respectivo contrato; de la misma forma, la cláusula penal pecuniaria debía estar incluida en el contrato, salvo en los de empréstito. En los siguientes términos estuvo regulado:

Artículo 60. de las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

[…]

Artículo 64. De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.

[…]

Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

De acuerdo con lo anterior, ninguna de esas disposiciones establecía el límite que tenía la entidad para imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o la caducidad. Por este motivo, el Consejo de Estado debió interpretar el momento hasta el cual era posible imponer dichas sanciones.

En su línea jurisprudencial, la Corporación indicó que una entidad estatal podía declarar el incumplimiento del contratista únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria después de vencido el plazo de ejecución y hasta su liquidación; por tanto, la vigencia del contrato no limitaba la competencia del poder sancionatorio de la entidad estatal, como sí ocurría con la caducidad y la multa, pues estas solo podían hacerse efectivas durante el plazo de ejecución del contrato. En este sentido señaló lo siguiente:

Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada […][[1]](#footnote-2)

[…] De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria[[2]](#footnote-3).

De esta manera, el Consejo de Estado cerró la brecha que existía en relación con la aplicación temporal de las potestades sancionatorias de las entidades estatales en el marco del Decreto-Ley 222 de 1983, y aunque en vigencia de la Ley 1150 de 2007 la interpretación sobre este tema se estudiará más adelante, es necesario recalcar que esa Corporación señaló que con la entrada en vigencia de esta ley la competencia temporal cambió con lo indicado en el artículo 17.

b) Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 no estableció de manera expresa la posibilidad de pactar e imponer multas ni la cláusula penal en los contratos estatales, por lo que en la jurisprudencia –antes del 16 de julio de 2007– hubo dos (2) posiciones frente a su aplicabilidad:

i) *Entre los años de 1993 y 2005*, el Consejo de Estado sostuvo que era posible pactar, imponer y hacer efectivas la multa y la cláusula penal. Consideró que esas sanciones podían pactarse en los contratos estatales como sanción por el incumplimiento del contratista y la Administración tenía competencia para imponerlas directamente, en virtud del carácter ejecutivo de los actos administrativos previsto para ese momento en el derogado artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Además, indicó que la multa debía imponerse dentro del plazo contractual puesto que era el tiempo de vigencia que tenía la entidad para ejercer directamente sus poderes:

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

[…]

La reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos[[3]](#footnote-4). Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (Ley 80 de 1993)[[4]](#footnote-5).

En este período el Consejo de Estado sostuvo la misma interpretación que hizo frente a los límites temporales para imponer sanciones bajo la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, es decir, las multas y la caducidad debían declararse dentro del plazo del contrato y la cláusula penal hasta su liquidación[[5]](#footnote-6). Sin embargo, y solo frente a la caducidad, en el año 1999 el Consejo de Estado manifestó que si el plazo contractual había terminado, pero existían obligaciones pendientes de ejecución, la entidad podría declarar la caducidad después del plazo de ejecución, ya que la obligación no se extinguía con el vencimiento del plazo contractual[[6]](#footnote-7).

ii) *Entre el 2005 y el 2007*, el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 80 de 1993 no facultaba a la Administración para imponer las multas o la cláusula penal pecuniaria pactadas, como lo prescribía el Decreto 222 de 1983, por lo que –si bien era posible pactarlas– no podían hacerlas efectivas directamente:

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002 pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada[[7]](#footnote-8).

 Bajo esta posición, era posible pactar la multa y la cláusula penal, pero la Administración no podía imponerlas, toda vez que la ley no habilitó dicha facultad, y de hacerlo los actos administrativos estarían viciados de nulidad, por adoptar dichas decisiones sin competencia. Por lo anterior, en dicho período no fue necesario abordar el estudio frente al límite temporal de la imposición de sanciones al contratista incumplido.

Por último, frente al momento hasta el cual la Administración puede declarar la caducidad, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial, indicó que solo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de esta potestad exorbitante, el incumplimiento al que refiere debe valorarse durante este término[[8]](#footnote-9).

c) Ley 1150 de 2007

A diferencia de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. En lo pertinente, el artículo 17 prescribe lo siguiente:

El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y *procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (Énfasis fuera de texto).

Lo anterior quiere decir que la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal en cualquier momento, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que concluyó el debate frente al límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede ser verificado después del plazo de ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones[[9]](#footnote-10), salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado[[10]](#footnote-11). Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva[[11]](#footnote-12). No obstante, la entidad determina si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]», la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplir. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, al estudiar casos bajo la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, e inclusive de la Ley 80 de 1993, indicó –a manera de *obiter dictum*– que la posición adoptada frente a la competencia temporal para imponer sanciones cambió, no por una decisión judicial nueva sino por la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, puesto que su artículo 17 prescribe, de manera expresa, que la competencia para imponer sanciones –multas y cláusula penal, especialmente– procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista:

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema –competencia temporal para imponer sanciones–, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva “mientras esté pendiente la ejecución” del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “durante el plazo” del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: “… Esta decisión … procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

[…]

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto[[12]](#footnote-13).

Por último, se precisa que si el contrato fue liquidado, la Administración ya no podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, toda vez que –encontrándose las partes a paz y salvo– finaliza la relación contractual y, por tanto, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas.

**2.2.** **Trámite y competencia temporal para declarar el siniestro de la garantía de estabilidad de la obra**

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. Esta norma dispone 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 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. y 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.

El artículo 2.2.1.2.3.1.3, por ejemplo, establece que la «garantía de cobertura del Riesgo es indivisible», además de la obligación de los contratantes de establecer en los pliegos de condiciones las garantías exigidas para cada periodo contractual. 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.

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[[13]](#footnote-14), 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. Dentro de este marco, es necesario analizar el trámite y el término para declarar el siniestro de la póliza.

i) En lo que respecta al *procedimiento*, la jurisprudencia explica que al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora[[14]](#footnote-15). 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 menciona, 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 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[[15]](#footnote-16).

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[[16]](#footnote-17).

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[[17]](#footnote-18). 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.

ii) En lo que respecta la *competencia temporal*, la Administración no dispone de un término ilimitado para ejercer sus prerrogativas. Si la vigencia mínima de la garantía está prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1085 de 2015, es posible pensar que tanto el «siniestro» como la «declaratoria» deben ocurrir dentro del mismo plazo. 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[[18]](#footnote-19). 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[[19]](#footnote-20). 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[[20]](#footnote-21).

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 antecitado 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[[21]](#footnote-22). En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se contestan las inquietudes formuladas.

**3. Respuesta**

i) ¿Advertido un posible incumplimiento, qué término tiene la Administración para iniciar el proceso administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

Teniendo en cuenta que a través del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 se imponen sanciones de orden legal y convencional, es necesario distinguir. Por un lado, la caducidad puede decretarse en cualquier momento durante el plazo de ejecución contractual, por presentarse un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera directa la ejecución y conduzca a su paralización. Por otra parte, la imposición de las multas y la cláusula penal procede durante y después de vencido el plazo de ejecución, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

ii) ¿Cuál es el procedimiento y los términos para que la Administración declare el siniestro del amparo de estabilidad de la obra, de un contrato estatal cumplido y liquidado y/o cumplido y sin liquidar?

Considerando que la declaración del siniestro del amparo de estabilidad de la obra no deriva del ejercicio una potestad sancionadora, y que el artículo 29 de la Constitución Política prohíbe decisiones de plano, el trámite se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

 En todo caso, conforme los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria del contrato de seguro, el acto administrativo que lo declara deberá expedirse, a más tardar, dentro de los plazos previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio. De todas formas, el siniestro que debe ocurrir durante la vigencia del amparo, aunque su declaración se produzca después del vencimiento. Por ello, es indiferente que el contrato se encuentre liquidado, pues el contratista garantiza la estabilidad de la obra durante la vigencia de la póliza.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya Penagos Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 17.031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad. 24.697. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
3. «Este principio ha sido recogido en muchos de sus fallos, tales como los dictados el 21 de febrero de 1986 (proceso 4550), enero 29 de 1988 (proceso 3616), abril 9 de 1992 (proceso 6491), febrero 15 de 1991 (proceso 5973), mayo 6 de 1992 (proceso 6661), octubre 1º de 1992 (proceso 6631), 26 de noviembre de 1996 (proceso 10.192), Julio 18 de 1997 (proceso 10.703)». [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998. Rad. 13.988. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 17.031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 14.579. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta medida, «[…] la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad». [↑](#footnote-ref-9)
9. El artículo 1625 del Código Civil dispone las formas de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

»Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

»1o.) Por la solución o pago efectivo.

»2o.) Por la novación.

»3o.) Por la transacción.

»4o.) Por la remisión.

»5o.) Por la compensación.

»6o.) Por la confusión.

»7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

»8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

»9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

»10.) Por la prescripción

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-10)
10. Al respecto, el artículo 1608 del Código Civil dispone que «El deudor está en mora:

»1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

»2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

»3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor». [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. No en vano, explica lo siguiente: «[…] cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento». [↑](#footnote-ref-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad. 24.697. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. 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-16)
16. 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-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. 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-20)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Rad. 14.667. C.P. Myriam Guerrero De Escobar. [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)