CCE-DES-FM-17

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

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

**DECLARACIÓN DEL SINIESTRO – debido proceso administrativo**

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

**DECLARACIÓN DEL SINIESTRO – Potestad sancionadora**

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

**PROCEDIMIENTO APLICABLE – Ley 1474 de 2011 – Garantía única de cumplimiento – Falta de otorgamiento**

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

**PROCEDIMIENTO APLICABLE – Ley 1437 de 2011 – Suscripción del contrato – Renuencia del adjudicatario**

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

Bogotá D.C., **16/09/2020 Hora 15:31:4s**

**N° Radicado: 2202013000008878**

Señor

**Oscar Ovidio Muñoz Campo**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 577 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | GARANTÍA DE SERIEDAD – Irrevocabilidad de la oferta – Finalidad / DECLARACIÓN DEL SINIESTRO – debido proceso administrativo / DECLARACIÓN DEL SINIESTRO – Potestad sancionadora / PROCEDIMIENTO APLICABLE – Ley 1474 de 2011 – Garantía única de cumplimiento – Falta de otorgamiento / PROCEDIMIENTO APLICABLE – Ley 1437 de 2011 – Suscripción del contrato – Renuencia del adjudicatario |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas 4202013000007365 – 4202013000007887 (acumulado) |
|  |  |

Estimado señor Muñoz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde las consultas realizas el 25 de agosto y el 8 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

En la petición del 25 de agosto de 2020, usted realiza las siguientes preguntas: i) «Según el artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 ¿Cuál es el propósito de la garantía de seriedad?», ii) «Según el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 ¿para hacer efectiva la garantía de seriedad, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?», iii) En caso afirmativo y en desarrollo del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ¿El adjudicatario puede retractarse y solicitar a la entidad estatal contratante, le permita suscribir el contrato para evitar la sanción?», iv) «¿Puede la entidad estatal aceptar la anterior solicitud y no hacer efectiva la garantía de seriedad?» y v) «En caso negativo, ¿Cuál es el procedimiento para hacer efectiva la garantía de seriedad?».

 Además, en la petición del 8 de septiembre de 2020, también pregunta: i) «¿Cuál es el procedimiento legal para hacer efectiva la garantía de seriedad?» y ii) ¿Es el mismo procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

1. **Consideraciones**

Para resolver las inquietudes planteadas, en primer lugar, se analizará la naturaleza de la garantía de seriedad de las ofertas y, en segundo lugar, se explicará el procedimiento para hacerla efectiva.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019 y 4201912000006453 del 14 de noviembre de 2019, explicó la seriedad de los ofrecimientos realizados en los procedimientos de selección. Además, también analizó las características generales de la garantía precontractual en los Conceptos C-229 del 16 de abril de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020 y C-391 del 10 de agosto de 2020. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

**2.1. Garantía de seriedad de la oferta: concepto y características**

Por regla general, para seleccionar contratistas y para celebrar contratos se requiere la constitución de garantías. Mientras las primeras implican una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones; las segundas son un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de seriedad de la oferta[[1]](#footnote-1). Esta puede otorgarse a través de: i) un contrato de seguro contenido en una póliza, ii) la constitución de un patrimonio autónomo, o iii) una garantía bancaria. Allí se indica que el proponente debe presentar una garantía que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos señalados en ese numeral, y no requiere necesariamente que se aporten documentos adicionales, concretamente el recibo de pago de la prima, porque el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]». Esta norma excepciona la terminación automática del contrato de seguro por falta de pago, prevista en el artículo 1068 del Código de Comercio[[2]](#footnote-2).

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

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

Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[3]](#footnote-3). Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

Las *garantías provisionales* «avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista»; constituyen una seña pre-contractual destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las *arras* no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del *ius poenitendi* del licitante. Son, en consecuencia, «la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente»; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad[[4]](#footnote-4). (Cursivas dentro del texto)

El artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta».

Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1’000.000– de smlmv.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución[[5]](#footnote-5).

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

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

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

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

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

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

Si la vigencia mínima de la garantía está prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, algunos entienden que tanto el «siniestro» como la «declaratoria» deben ocurrir dentro de ese lapso. Sin embargo, esta idea es incorrecta, porque el «siniestro», entendido como la realización del riesgo asegurado, debe suceder dentro de la vigencia, pero el acto administrativo que declara su ocurrencia debe expedirse antes de la prescripción del contrato de seguro[[6]](#footnote-6). 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[[7]](#footnote-7). Por tanto, lo importante es que las causales del artículo 2.2.1.2.3.1.6 *ibidem* se configuren durante la vigencia de la garantía de seriedad, con independencia de que se declare el siniestro una vez vencida.

Ahora bien, las causales 1, 3 y 4 se configuran a través de omisiones –no ampliar, no suscribir y no otorgar–, mientras que la causal 2 se configura a través de una acción –retirar la oferta–. Además, guardan relación con diferentes etapas del procedimiento: mientras las causales 1, 2 y 3 están ubicadas en la etapa precontractual, la causal 4 lo está en la contractual. Finalmente, mientras las causales 2, 3 y 4 dependen de la conducta pura y simple del proponente, la causal 1 depende de una exigencia previa de la entidad contratante en la que, posteriormente, el oferente incumple el deber de mantener la vigencia de la garantía del ofrecimiento. En este contexto, se analizará el procedimiento administrativo necesario para declarar el siniestro de la garantía precontractual, especialmente, cuando se presenta la hipótesis prevista en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el adjudicatario –sin justa causa– no suscribe el contrato.

**2.2. Declaración del siniestro de la garantía de seriedad: debido proceso administrativo**

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

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

 Para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales […]». En concordancia, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula el procedimiento para imponerlas, prescribiendo que «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 […]». La norma citada establece las etapas del procedimiento que se deben seguir:

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

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

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

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

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

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

 Ahora bien, aunque el peticionario pregunta por la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la propuesta, para la Subdirección de Gestión de Gestión Contractual esto no es posible, ya que el procedimiento administrativo de la norma citada supone, como mínimo, el perfeccionamiento del contrato, lo cual no sucede cuando la entidad hace efectiva la garantía precontractual por las causales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o –como sucede en el caso objeto consulta– cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique.

 Dentro del esquema general de la Ley 80 de 1993, exceptuando los contratos derivados de la urgencia manifiesta y de la mínima cuantía, el contrato estatal se perfecciona cuando las partes alcanzan un acuerdo entre el objeto y el precio, y este se eleva por escrito –art. 41, inc. 1–[[13]](#footnote-13). Para la doctrina, la forma solemne de contrato estatal se justifica tanto por razones tanto probatorias como presupuestales, delimitando la aplicación del régimen de nulidades, la teoría del hecho cumplido y del enriquecimiento sin causa[[14]](#footnote-14). No obstante, la suscripción del contrato supone la adjudicación previa. Este acto administrativo definitivo constituye una decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor proponente. En otros términos, «La adjudicación es una etapa previa al contrato. *No es el contrato sino un acto administrativo pre-contractual que declara la propuesta aceptable y por el cual el licitante se obliga a efectuar los actos integrativos del procedimiento y formalización contractual*» (cursivas fuera de texto)[[15]](#footnote-15). En esta medida, si el contrato no nace a la vida jurídica con la selección del proponente, antes del perfeccionamiento –especialmente, si el adjudicatario no lo suscribió– no es posible aplicar el artículo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual supone el incumplimiento de las obligaciones dispuestas en un acto bilateral –el contrato–, no uno unilateral –el acto de adjudicación–[[16]](#footnote-16). Además, que dicho artículo parte del presupuesto de que ya existe un «contratista», sujeto al que se refiere en diferentes lugares, lo que adicionalmente soporta la idea de que dicho procedimiento aplica si existe un contrato y no frente a un proponente o adjudicatario.

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

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

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

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

En este contexto, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta se rige por el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Esta norma prescribe que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código […]», disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18). Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades establezcan que existe mérito para iniciar un procedimiento sancionador, se le comunique al interesado; además, agrega que –concluidas las averiguaciones preliminares– formulará el pliego de cargos, acto administrativo de trámite en el señala los fundamentos de la sanción, las disposiciones presuntamente vulneradas y la consecuencia jurídica, contra el cual se formularan los descargaros dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal –Art. 47, incisos 2 y 3–. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–.

Aunque el parágrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 –en contraste con el inciso primero– dispone que «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia», es necesario reiterar que el artículo 86 de la Ley 1474 supone el perfeccionamiento del contrato, razón por la que las sanciones impuestas antes de la suscripción no se rigen por dicha disposición, por no resultar aplicable, por lo que no existiría norma especial en materia contractual para ese evento, haciendo necesario aplicar las disposiciones generales sobre la materia. Además, pese que el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 regula la graduación de las sanciones este aspecto sustantivo no es aplicable a la declaración del siniestro de la garantía de seriedad, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado título de sanción», de manera que sí existe norma especial en este pequeño aspecto.

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

1. **Respuesta**

i) «Según el artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 ¿Cuál es el propósito de la garantía de seriedad?».

De acuerdo con lo explicado en el presente concepto, la garantía de seriedad tiene como objetivo respaldar el principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección. Esto sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva.

ii) «Según el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 ¿para hacer efectiva la garantía de seriedad, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

Aunque la declaración del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta implica el ejercicio de una potestad sancionadora, el procedimiento especial del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 solo aplica a aquellas que se originen después del perfeccionamiento de un contrato estatal, como la dispuesta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 por no otorgar la garantía única de cumplimiento.

Por ello, en la medida que la falta de suscripción del acuerdo por parte del adjudicatario –al igual que la falta de ampliación de la garantía precontractual o el retiro de la propuesta– genera una sanción sin perfeccionamiento previo del contrato, es necesario aplicar el procedimiento administrativo general sancionador del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Esto de conformidad con el inciso primero del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 y la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

iii) En caso afirmativo y en desarrollo del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ¿El adjudicatario puede retractarse y solicitar a la entidad estatal contratante, le permita suscribir el contrato para evitar la sanción?».

iv) «¿Puede la entidad estatal aceptar la anterior solicitud y no hacer efectiva la garantía de seriedad?».

v) «En caso negativo, ¿Cuál es el procedimiento para hacer efectiva la garantía de seriedad?».

Por las razones explicadas en la respuesta anterior, se reitera que el procedimiento administrativo general sancionador del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad –con fundamento en alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015– declare el siniestro de la garantía precontractual. Tratándose de la falta de suscripción, lo anterior no obsta para que, en caso de que el adjudicatario renuente decida hacerlo, la entidad se abstenga de hacer efectiva la póliza, pues con el perfeccionamiento del contrato no existe fundamento para declarar el siniestro.

i) «¿Cuál es el procedimiento legal para hacer efectiva la garantía de seriedad?».

ii) ¿Es el mismo procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

Se reitera que, aunque la declaración del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta implica el ejercicio de una potestad sancionadora, el procedimiento especial del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 solo aplica a aquellas que se originen después del perfeccionamiento de un contrato estatal, como la dispuesta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 por no otorgar la garantía única de cumplimiento.

 En contraste, cuando la entidad hace efectiva la garantía precontractual por las causales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o –como sucede en el caso objeto consulta– cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa causa que lo justifique, es necesario aplicar el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

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 PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

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

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

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

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

[…]

«Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

»Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

»1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta.

»2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.

»3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes». [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-3)
4. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda». [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-8)
9. «La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos» (*Ibídem*). [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-10)
11. No en vano, Rebollo Puig et al precisa «La sanción administrativa sólo puede imponerse si ésta se ha cometido en sentido estricto. Si la sanción administrativa es la figura paralela a las penas, la infracción administrativa es la figura paralela al delito. Una infracción administrativa no es cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Es sólo aquella conducta contraria a dicho ordenamiento (conducta antijurídica) que, además, está tipificada en una ley como tal infracción y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa. Como además se exige el requisito de la culpabilidad, se puede definir como acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por alguna autoridad administrativa» (REBOLLO PUIG, Manuel et al. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos – Universidad del Rosario. [En línea]. 2005. Vol. 7. Núm. 001. [Citado el 28 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2232/73370101.pdf?sequence=1>. p. 26. [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, el Consejo de Estado considera explica lo siguiente: «[…] la garantía de seriedad de la oferta es una exigencia legal que se impone para participar en los procesos de selección pública de contratistas, el cual encuentra fundamento en el principio de economía que los rige, en tanto que propende porque se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma en desmedro de los intereses públicos.

»En ese entendido, […] la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, le permite cobrar, a título de sanción, el valor de la respectiva garantía, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones pertinentes para el cobro de los perjuicios que se puedan ocasionar por la falta de suscripción del contrato […]». (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Rad. 39.066. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-12)
13. Para los contratos derivados de la urgencia manifiesta, el inciso 4 del artículo 41 del Estatuto General de Contratación dispone que «En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante».

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

 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. El principio de Estado de Derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Alemania y en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. pp. 383.

 [↑](#footnote-ref-14)
15. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 390. [↑](#footnote-ref-15)
16. No en vano, la jurisprudencia considera que «La garantía de seriedad de la oferta constituye un aval en orden a que el participante ejecute las obligaciones que asume al participar en el procedimiento de selección, que se hace exigible ante el incumplimiento de alguno de sus deberes y obligaciones. *Esto porque la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad afianzar el mantenimiento de la oferta, durante el plazo estipulado en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del adjudicatario*» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2012. Rad. 24.940. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Rad. 20.917. C.P. Enrique Gil Botero, Subsección A. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Rad. 27.721. C.P. Hernán Andrade Rincón, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Rad. 45.907. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición contraria, Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Rad. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-17)
18. Allí se dispone lo siguiente: «Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil». [↑](#footnote-ref-18)