**SERIEDAD DE LA OFERTA-Concepto**

Sobre la *garantía de seriedad* se destaca que respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección, sin distingo de la modalidad que se esté empleando por parte de la entidad. 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.

**SINIESTRO-declaración**

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

**ADJUDICACIÓN-Orden de elegibilidad**

El anterior enunciado, consagra la obligación para la entidad de hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta, en el caso en que el adjudicatario no suscriba el contrato (Numeral 3 Artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015) y la posibilidad de acudir al segundo proponente en el orden de elegibilidad para la suscripción del contrato dentro de los 15 días siguientes al término señalado para la celebración del contrato, pero no se indica por parte del legislador como requisito para la adjudicación, la declaratoria de siniestro de la seriedad de la oferta, por lo que la entidad en atención a su discrecionalidad deberá definir en su manual de contratación y/o documentos del proceso de contratación, qué momento se declarará el siniestro de seriedad de la oferta, si previo o posterior a la adjudicación del segundo proponente proceso dando cumplimiento al debido proceso y al ordenamiento jurídico

Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2024



Señor

**Gustavo Adolfo Pineda Aguirre**
juridicaespecializada@hotmail.com

Armenia, Quindío

**Concepto C–613 de 2024**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Temas:  | SERIEDAD DE LA OFERTA-Concepto/SINIESTRO-declaración/ADJUDICACIÓN-Orden de elegibilidad  |  |
| Radicación:  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240913009366 |  |

Estimado señor Gustavo:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud de consulta del 13 de septiembre de 2024.

En dicha petición usted solicita:

*“(…)*

*El artículo 2.2.1.2.3.1.6 del decreto 1082 de 2015 (Conc. N° 12, art. 30, Ley 80 de 1993), consagra la "Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta". determinando que se trata de la garantía de seriedad de la oferta que debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta. Por tanto, se trata de un amparo pre -contractual, de naturaleza sancionatoria, en el cual, el tomador tiene calidad de oferente y no de contratista, entendiendo la no aplicación del art. 86 de la Ley 1474 de 2011. Por tanto, se pregunta: 1) en caso de configurarse causal de siniestro de seriedad de la oferta, cuáles son las normas legales a aplicar en garantía del debido proceso para que la entidad estatal pueda hacer uso de la prerrogativa de declarar el siniestro de seriedad? 2) En caso que la entidad estatal adjudique el contrato al proponente calificado en segundo lugar, el siniestro de seriedad debe ser declarado de manera previa, concomitante o posterior a la adjudicación.*

*(…)”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuál es la normativa aplicable para la declaratoria de siniestro de seriedad de la oferta? y ii) ¿Cuándo se debe declarar el siniestro de seriedad de la oferta, en el caso en que la entidad proceda a adjudicar al proponente calificado en segundo lugar?

1. **Respuesta:**

Frente al primer interrogante, se debe precisar que el trámite para la declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta procede en los eventos contemplados en el numeral 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, a) cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, b) cuando retira la oferta, o c) cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique.

Los supuestos de hecho mencionados pueden ocasionarse antes de la celebración del contrato, se rige por el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. En ese sentido, la norma ibidem proscribe que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único, así mismo, se sujetarán a lo establecido en el Código general del Proceso, disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

 Ahora bien, para el supuesto de hecho de a causal 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, e) la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato, se debe aplicar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, precisando que para los escenarios, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción, sin necesidad de demostrar y cuantificar los perjuicios causados por las circunstancias objeto de cobertura.

Respecto al segundo interrogante, se debe precisar que en el caso en que el adjudicatario no suscriba el contrato (Numeral 3 Artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015) el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece la posibilidad de acudir al segundo proponente en el orden de elegibilidad para la suscripción del contrato dentro de los 15 días siguientes al término señalado para la celebración del contrato, pero no se indica por parte del legislador como requisito para la adjudicación, la declaratoria de siniestro de la seriedad de la oferta, por lo que la entidad en atención a su discrecionalidad deberá definir en su manual de contratación y/o en los documentos del proceso de contratación, en qué momento se declarara el siniestro de seriedad de la oferta, si previo o posterior a la adjudicación del segundo proponente, dando cumplimiento al debido proceso y al ordenamiento jurídico.

**Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Respecto al primer interrogante planteado, es preciso acotar que, en el contexto de los contratos estatales, tanto en la etapa precontractual, contractual y poscontractual, se requiere la constitución de garantías. Estas garantías cumplen diferentes funciones: en la primera etapa, actúan como una caución provisional que respalda la propuesta del oferente y asegura la suscripción del contrato. En la segunda etapa, las garantías funcionan como un mecanismo para cubrir el riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales; en la tercera etapa, se busca asegurar los riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato.
* Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-3) dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.
* Las condiciones para el cumplimiento de esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere en los artículos 2.2.1.2.3.1.1[[3]](#footnote-4). y 2.2.1.2.3.1.19[[4]](#footnote-5) a las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los riesgos objeto de cobertura, la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas, ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.
* Ahora bien, la garantía de seriedad implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones. En contraste, la garantía de cumplimiento es un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.
* Sobre la *garantía de seriedad* se destaca que respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección, sin distingo de la modalidad que se esté empleando por parte de la entidad. 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.
* Ahora bien, en atención a la remisión expresa que trae el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la normatividad civil y comercial, es preciso acudir a lo señalado en el inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio, el cual 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 de manera particular 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[[5]](#footnote-6).
* En atención de lo anterior el Decreto Reglamentario contempla en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo; respecto al monto determina una serie de variables referentes a las modalidades de selección y el valor del proceso de selección.
* 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[[6]](#footnote-7).
* Determinar el *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. El *valor* corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando –en los términos del artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015– la obligación pecuniaria de la aseguradora.
* Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. El *plazo de cobertura* delimita directamenteel período de vigencia de la oferta.
* Además, es crucial determinar los casos en los que la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad. Lo anterior se encuentra definido en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes eventos:

(…)

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.

(…)

* 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.

Una vez abordada la generalidad de la consulta sobre la *seriedad de la oferta*, es crucial abordar la temática de la declaración del siniestro con aplicación del debido proceso.

* Para iniciar es preciso acudir a lo señalado en la Constitución Política, en donde se contempla el debido proceso como derecho fundamental[[7]](#footnote-8) y sobre su ámbito de aplicación dispone que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La claridad de esta norma no deja lugar a ninguna duda, y es por ello que la Corte Constitucional afirma lo siguiente: “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-9). Sin embargo, dicha ampliación tiene algunas particularidades o *matices* que también han sido reseñados por la Corte Constitucional[[9]](#footnote-10).
* En este orden de ideas, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa, pero ello debe interpretarse en consideración a los principios que caracterizan cada escenario y las diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. Con base en estas consideraciones la Corte ha resaltado la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que «mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa […]»[[10]](#footnote-11).
* Para las entidades sometidas al EGCAP, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (…)”. En concordancia, la Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento.
* En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, “(…) está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. (…)[[11]](#footnote-12).
* De lo anterior, se encuentra en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, la forma en la que se realiza la efectividad de las garantías previstas en dicha norma. A este respecto, señala que las entidades estatales deberán hacer efectivas las garantías así:

(…)

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

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

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

* En principio, podría pensarse que el procedimiento requerido para hacer efectivas las garantías constituidas en el contrato estatal y declarar el siniestro, es el descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que los riesgos que deben cubrir están relacionados con el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades estatales con ocasión de la presentación de las ofertas y de los contratos y su liquidación, y por ende, su incumplimiento da lugar a la imposición de las sanciones establecidas.
* Sin embargo, como veremos, no siempre que se pretenda hacer efectiva las garantías la Administración ejerce una potestad sancionadora o, en su defecto, aunque pueda tratarse de una sanción, no se cumplen todos los presupuestos propios del artículo 86 de dicha la Ley, por lo que no resulta aplicable este procedimiento. Esto no obsta para la Administración respete las garantías del debido proceso en materia contractual, razón por la cual podrá aplicar el procedimiento administrativo general o sancionatorio regulado en la ley 1437 de 2011, según sea el caso. En este contexto, a continuación se revisará el procedimiento para declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la oferta.
* Como punto de partida, las causales del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, además de originar un acto de gravamen, tienen naturaleza sancionadora. Esta precisión es importante, porque si bien toda *sanción administrativa* es un *acto de gravamen*, no todo *acto de gravamen* es una *sanción administrativa*.
* Para estos efectos, la naturaleza jurídica del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta se fundamenta en el citado artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015, pues dispone –que una vez declarado este– la compañía de seguros responde por el valor de la cobertura a título de sanción[[12]](#footnote-13).
* Precisado lo anterior, para efectos de declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la propuesta, esta Subdirección considera que no resulta aplicable [[13]](#footnote-14)el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en todos los eventos establecidos artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior, por cuanto el procedimiento administrativo del Estatuto Anticorrupción supone, como mínimo, el perfeccionamiento del contrato, lo cual no sucede cuando la entidad hace efectiva la garantía precontractual por las causales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique.

* Dentro del esquema general de la Ley 80 de 1993, exceptuando los contratos derivados de la urgencia manifiesta y de la mínima cuantía, el contrato estatal se perfecciona cuando las partes alcanzan un acuerdo entre el objeto y el precio, y este se eleva por escrito –art. 41, inc. 1–[[14]](#footnote-15). 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[[15]](#footnote-16). 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)[[16]](#footnote-17). 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–[[17]](#footnote-18); además, que dicho artículo parte del presupuesto de que ya existe un *contratista*, sujeto al que se refiere en diferentes lugares, lo que adicionalmente soporta la idea de que dicho procedimiento aplica si existe un contrato y no frente a un proponente o adjudicatario.
* De esta manera, el procedimiento del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción aplica únicamente al siniestro de la garantía de seriedad cuando la declaratoria se fundamenta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, en caso de que el proponente seleccionado no otorgue la garantía única de incumplimiento. Lo anterior dado que esta causal no solo supone la adjudicación sino también el perfeccionamiento del contrato, razón por la cual afecta al oferente ganador del procedimiento contractual, quien se convierte en contratista al suscribir el acuerdo en los términos del inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.
* De hecho, la ausencia de este requisito afecta el contrato, ya que –conforme al inciso segundo *ibídem*, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007– sin la aprobación de la garantía única es imposible ejecutarlo. Por tanto, la falta de otorgamiento de la garantía única debe sancionarse conforme al procedimiento especial de la Ley 1474 de 2011, pues se aplica a la imposición de todo tipo de sanciones contractuales, incluido el siniestro de la garantía de seriedad en el caso explicado.

* En todo caso, aunque la no ampliación de la garantía precontractual, el retiro de la oferta o la falta de suscripción del contrato son infracciones cometidas antes del perfeccionamiento del contrato, la imposibilidad de aplicar el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción no significa la posibilidad de sancionar de plano. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas.
* En concordancia, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, 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[[18]](#footnote-19)(…).

* En este contexto, el trámite de la declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta en los eventos 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, es decir, cuando el proponente no amplia la póliza por la prórroga del plazo de adjudicación o suscripción, cuando retira la oferta, o cuando el adjudicatario no suscribe el contrato sin justa una causa que lo justifique, se rige por el procedimiento administrativo general sancionador dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, la cual proscribe que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a lo establecido en la 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[[19]](#footnote-20).
* 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–. 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 aspecto. Por tanto, como hay una disposición normativa especial en la materia, la entidad estatal cobrará el valor total asegurado a título de sanción, sin necesidad de demostrar y cuantificar los perjuicios causados por las circunstancias objeto de cobertura.
* En definitiva, el procedimiento administrativo general sancionador del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad –con fundamento en alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015– declare el siniestro de la garantía precontractual.
* En resumidas cuentas, el procedimiento aplicable para hacer efectiva y declarar el siniestro de la garantía de seriedad de la oferta dependerá del riesgo que se concrete. Si se trata de los eventos establecidos en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento será el establecido en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, si el proponente seleccionado no otorga la garantía única de incumplimiento, aplica el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
* Por el contrario, si el proponente seleccionado no otorga la garantía única de incumplimiento, aplica el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. De cualquier manera, en caso de declaratoria del siniestro de la garantía de seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción, sin necesidad de demostrar y cuantificar los perjuicios causados por las circunstancias objeto de cobertura.
* Respecto al segundo interrogante, resulta necesario acudir a lo señalado en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en donde se regula el procedimiento para la licitación pública, y se indica la manera en la que la entidad debe proceder al momento de no contar con la suscripción del contrato por parte del adjudicatario, en los siguientes términos:

(…)

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.(…)

* El anterior enunciado, consagra la obligación para la entidad de hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta, en el caso en que el adjudicatario no suscriba el contrato (Numeral 3 Artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015) y la posibilidad de acudir al segundo proponente en el orden de elegibilidad para la suscripción del contrato dentro de los 15 días siguientes al término señalado para la celebración del contrato, pero no se indica por parte del legislador como requisito para la adjudicación, la declaratoria de siniestro de la seriedad de la oferta, por lo que la entidad en atención a su discrecionalidad deberá definir en su manual de contratación y/o documentos del proceso de contratación, qué momento se declarará el siniestro de seriedad de la oferta, si previo o posterior a la adjudicación del segundo proponente proceso dando cumplimiento al debido proceso y al ordenamiento jurídico.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**
* Constitución Política de Colombia. artículo 29. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/constitucion-politica-de-colombia/>
* Decreto 410 de 1971-Código de Comercio, artículo 846. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-de-comercio-decreto-410-de-1971/>

* Ley 80 de 1993, artículo 13, articulo 30, articulo 41, artículo 60, artículo 77. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>

* Ley 1150 de 2007, artículo 7, artículo 17. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1150-de-2007/>
* Ley 1437 de 2011, artículo 3, artículo 47, artículo 50. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1437-de-2011/>

* Ley 1474 de 2011, artículo 86. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1474-de-2011/>
* Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.1, artículo 2.2.1.2.3.1.6 artículo 2.2.1.2.3.1.19, artículo 2.2.1.2.3.2.8. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/>
* Guía de Garantías en proceso de contratación de la ANCP-CCE.
1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, explicó la seriedad de los ofrecimientos realizados en los procedimientos de selección y el procedimiento aplicable para el siniestro en el C-080 del 08 de abril de 2021, C-402 del 06 de octubre de 2023.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te contamos que ya publicamos el borrador de la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 14 de noviembre de 2024 a través del siguiente enlace:

<https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=18320>

También le invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía , los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244559061680%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=IgofxPX4D86fse%2BbBCSEfgmya3pjzqVsheEOAfgOWuk%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó  | Cielo Victoria Gonzalez MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Concepto C ‒ 080 de 2021 ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-2)
2. (…) Artículo 7°. De las garantías en la contratación. 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. (…)  [↑](#footnote-ref-3)
3. (…)Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título. (…)

   [↑](#footnote-ref-4)
4. (…)  Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

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

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

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (…) [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Constitucional. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. Constitución Política de Colombia artículo 29. [↑](#footnote-ref-8)
8. Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-9)
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-10)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-11)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-12)
12. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 10 de diciembre de 2018 (39066), considera lo siguiente: (…) la garantía de seriedad de la oferta es una exigencia legal que se impone para participar en los procesos de selección pública de contratistas, el cual encuentra fundamento en el principio de economía que los rige, en tanto que propende porque se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma en desmedro de los intereses públicos.

»En ese entendido, […] la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, le permite cobrar, a título de sanción, el valor de la respectiva garantía, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones pertinentes para el cobro de los perjuicios que se puedan ocasionar por la falta de suscripción del contrato […]». (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Rad. 39.066. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-13)
13. Concepto C ‒ 080 de 2021 ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. 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-16)
16. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 390. [↑](#footnote-ref-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. 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-20)