

FORMATO PQRS

GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, en los procesos de contratación pública la constitución de garantías con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad

[...] la finalidad y principal objetivo de la garantía de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad de los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista. Esta función, se advierte, debe irradiar la comprensión de las normas sobre garantías en general y sobre su vigencia en particular.

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

GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Suficiencia

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 399 de 2021, la garantía de estabilidad y calidad de la obra debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar.

Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso.

FORMATO PQRSD

La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.

SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Procedimiento

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

SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Competencia temporal

Si la vigencia mínima de la garantía está prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1085 de 2015, es posible pensar que tanto el “siniestro” como la “declaratoria” deben ocurrir dentro del mismo plazo. Esta impresión es equivocada, en la medida que el “siniestro”, entendido como la realización del riesgo asegurado, es el único que se debe dar dentro de dicha vigencia. Mientras tanto, el acto administrativo que declara su ocurrencia debe expedirse antes de la prescripción del contrato de seguro. En otras palabras, aunque la vigencia de la garantía está relacionada con la ocurrencia del siniestro, es independiente del plazo que tiene la Administración para hacerla efectiva, máxime cuando se limita a declarar una situación preexistente.

[...]

Así las cosas, el “siniestro” debe ocurrir durante la vigencia del seguro, aunque su “declaratoria” se produzca después del vencimiento de la garantía. Lo importante es que el acto administrativo se expida antes de la prescripción del contrato de seguro. Para estos efectos, es necesario precisar que el antecitado artículo 1081 del Código de Comercio consagra un término de dos años (2) para la prescripción ordinaria y uno de cinco (5) años para la extraordinaria. La primera empieza desde el momento en que el interesado conozca o deba conocer del hecho que da base a la acción, mientras que la



FORMATO PQRS

extraordinaria –por ser objetiva– correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho. Dichos términos corren paralelamente, lo cual implica que no puede acogerse indistintamente alguno de ellos, pues el primero que se agote produce el efecto extintivo. En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 30 de Enero de 2025



Señor
Styven Alejandro Villa Tobar
svillat@dian.gov.co
Bogotá D.C.

Concepto C – 055 de 2025

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Suficiencia / SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Procedimiento / SINIESTRO – Amparo de estabilidad de la obra – Competencia temporal

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No. P20250122000526

Estimado señor Villa Tobar:

FORMATO PQRSD

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 21 de enero de 2025, en la cual –respecto al proceso disciplinario del expediente 188-435-2024-327 adelantado por la DIAN– pregunta lo siguiente:

- a.Cuál es el procedimiento para hacer efectiva la garantía de estabilidad y calidad de la obra por una entidad estatal, y normas que lo regulan.
- b. Si respecto al literal anterior la respuesta es el procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 del 2011, responder si el insumo para iniciarlo debe ser el informe del supervisor designado y/o interventor del contrato de obra hasta el momento de su liquidación, o de lo contrario quien o quienes son los encargados en una entidad estatal, de la supervisión de un contrato en su fase postcontractual, para eventualmente contar con el conocimiento necesario, para iniciar el proceso administrativo, haciendo efectiva la garantía de estabilidad de la obra.
- c. Señalar en cada caso, cual son los plazos para hacer exigibles ante las aseguradoras, mediante un procedimiento administrativo o judicial, los distintos amparos contenidos en la garantía de estabilidad y calidad de la obra, desde la ocurrencia del siniestro o cuando se demuestra el conocimiento de este por la entidad, antes de la ocurrencia de fenómenos como la prescripción y/o caducidad.
- d. Indicar si los servidores o particulares(interventores) responsables del monitoreo de un contrato de obra en su fase postcontractual, son los mismos que fueron designados o escogidos(consultor) para la vigilancia de su fase contractual o si cada entidad estatal, debe señalar en sus manuales de contratación internos, quienes asumen esta responsabilidad, con miras a tener noticia para iniciar el proceso administrativo, que haga efectiva la garantía de estabilidad de la obra.
- e. Aclarar con fundamentos jurídicos y/o doctrinales, la responsabilidad (si existe) y sus derroteros, del supervisor de un contrato de interventoría, respecto a la correcta ejecución y entrega de los ítems del contrato de obra, el cual está siendo vigilado por este último(interventor) en sus aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y/o jurídicos”.

FORMATO PQRSD

En ejercicio de las competencias de los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve 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 concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, enjuiciar la validez de la actuación de las entidades públicas o de los particulares ni, mucho menos, calificar conductas con presunta incidencia penal, fiscal o disciplinaria, especialmente, cuando existen órganos especializados para estas materias.

Para efectos disciplinarios, el inciso 3 del artículo 226 del Código General del Proceso, normativa a la que remite el artículo 241 de la Ley 1952 de 2019 en materia probatoria, establece expresamente que “No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho”. En este contexto, lo decidido en torno al proceso disciplinario del expediente 188-435-2024-327 es responsabilidad única y exclusiva de la DIAN. Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, al margen de las conductas investigadas en el expediente anteriormente citado– resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas.

I. Problema planteado:

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

FORMATO PQRSD

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿cuál es el marco jurídico para declarar el siniestro del amparo de estabilidad y calidad de las obras en el sistema de compras públicas?

II.Respuesta:

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, considerando que la declaración del siniestro del amparo de estabilidad de la obra no deriva del ejercicio una potestad sancionadora y que el artículo 29 de la Constitución Política prohíbe decisiones de plano, el trámite se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. (Respuesta a la pregunta a)

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

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para calificar conductas con presunta incidencia disciplinaria debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Especialmente, conforme a la ley, los lineamientos internos de la entidad y las obligaciones pactadas, el órgano competente juzgará la responsabilidad de los supervisores e interventores en el monitoreo de los contratos de obra la fase postcontractual para efectos de siniestros el amparo de estabilidad y calidad. (Respuesta a las preguntas d, b y e).

III.Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

FORMATO PQRS

i. Por regla, para seleccionar contratistas y para ejecutar contratos se requiere la constitución de garantías. Por un lado, la *garantía de seriedad* 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 proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten las propuestas, 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, 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, desestimando 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 contractuales². Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

“Las *garantías provisionales* ‘avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista’; constituyen una señal 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”³. (Cursivas dentro del texto)

En contraste, mediante la *garantía de única de cumplimiento*, el contratista ampara los perjuicios que le pueda generar a la entidad el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato⁴. En esta medida,

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289.

⁴ Para la jurisprudencia, “[...] los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual. Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el

FORMATO PQRSD

tienen como objetivo reparar los perjuicios causados por conductas atribuibles al contratista, por lo que estos últimos son un presupuesto necesario para el pago que cubre la garantía. Para estos efectos es única, ya que “[...] La prioridad [...] es que no haya garantías separadas para los diferentes riesgos, aunque existan varias garantías para diferentes proporciones del interés asegurado [...]”⁵.

Desde esta perspectiva, ambas garantías 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. Conforme al inciso segundo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, pueden otorgarse a través de: i) contratos de seguro, ii) garantías bancarias o iii) los demás mecanismos de cobertura del riesgo que disponga el reglamento. Igualmente establece que “[...] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral [...]”. Esta norma es una excepción a la terminación automática del contrato de seguro prevista en los artículos 1068 y 1071 del Código de Comercio⁶. De esta manera, las garantías previstas en la ley tienen como objetivo asegurar la solvencia del garante⁷.

El Decreto 1082 de 2015 reglamenta las condiciones en que debe cumplirse esta obligación. Los artículos 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional regulan asuntos como las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las

riesgo asegurado” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Exp. 28278. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

⁵ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. Seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 44.

⁶ Al respecto, el inciso primero del artículo 1068 del Código de Comercio dispone lo siguiente: “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. Igualmente, el inciso primero del artículo 1071 *ibidem* prescribe: “El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador”.

⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Bogotá: Legis, 2000. p. 247. Respecto a las pólizas, la doctrina explica que “En rigor, el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente preparada para absorber el riesgo de indemnización” (Cfr. STIGLITZ, Rubén S. Derecho de seguros. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001. p. 21).

FORMATO PQRSD

mismas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de garantía, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos.

El artículo 2.2.1.2.3.1.3, por ejemplo, establece que la “garantía de cobertura del Riesgo es indivisible”, además de la obligación de los contratantes de establecer en los pliegos de condiciones las garantías exigidas para cada periodo contractual⁸. Por su parte, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados⁹. Esto además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual

⁸ “Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.

2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente título.

3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente”.

⁹ “Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

FORMATO PQRSD

en los contratos de obra, así en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 *ibidem*.

ii. Respecto a la garantía de estabilidad y calidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 –después de la modificación del artículo 3 del Decreto 399 de 2021– regula la suficiencia del amparo. Para efectos de la vigencia y el monto, el inciso primero dispone que “Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar”. No obstante, en lo que atañe al plazo, la norma consagra una excepción, puesto que la norma faculta a la entidad para establecer una garantía por un plazo inferior a cinco (5) años, sin que la misma tenga una duración inferior a uno (1). Para estos efectos, los incisos segundo y tercero disponen lo siguiente:

“La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato”.

FORMATO PQRS

documentos del proceso. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.

Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso”.

Para precisar el alcance de este apartado, es necesario tener cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. De esta manera, dentro de las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, puede entenderse la palabra “experto” como una persona “Especializada o con grandes conocimientos en una materia”, quien deberá entender los aspectos involucrados en el objeto del contrato.

Esta persona deberá emitir la “justificación”, entendida como la “Prueba convincente de algo”, de acuerdo con su área profesional. Sin limitarse a la cuantía del proceso, la justificación técnica se relaciona con “[...] el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros [...]”. Con fundamento en la opinión del experto, la entidad encargada del proceso de selección definirá si existe una justificación razonable para constituir la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a cinco (5) años.

Como dispone la norma en comento, este análisis “[...] se debe reflejar en los documentos del proceso [...]”. Dicho concepto se encuentra definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 142 de 2023. Esta norma dispone que son documentos del proceso “(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el

FORMATO PQRSD

informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación”.

Finalmente, conforme a los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, las entidades deben realizar el análisis de los riesgos y de la forma de mitigarlos en los estudios del sector, en los estudios previos y en el pliego de condiciones, documentos propios de la etapa precontractual. Allí deben precisar la cobertura de las garantías, sin perjuicio de las observaciones que formulen los interesados y de los ajustes realizados al pliego de condiciones definitivo cuando éstas se aceptan.

De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Dentro de este marco, es necesario analizar el trámite y el término para declarar el siniestro de la póliza.

iii. En lo que respecta al *procedimiento*, la jurisprudencia explica que, al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora¹⁰. En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente el contrato –caducidad–, ni estima anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento –cláusula penal–, como tampoco son medios coercitivos de apremio –multas–. Todo lo contrario, su función es salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la Administración frente a los eventuales incumplimientos imputables al contratista.

Por ello, impuesta cualquier sanción contractual –multa, cláusula penal o caducidad–, la entidad –previa citación de la aseguradora– está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho trámite se establece para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer

¹⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Rad. 29.368. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Rad. 35.057. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Rad. 25.742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Rad. 22.899. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz, entre otras.

FORMATO PQRSD

las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. En esta medida, dicha norma no aplica para declarar el siniestro del amparo de estabilidad de la obra, el cual supone que el contratista ejecutó las actividades pactadas y que la entidad las recibió a satisfacción, encontrando posteriormente vicios que afectan su calidad y obligan al saneamiento¹¹.

En todo caso, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En concordancia, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 prescribe que “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción [...]”. Por tanto, sin perjuicio de los recursos y los medios de control procedentes, este derecho fundamental permite que tanto el contratista como la aseguradora conozcan la actuación, ejerciendo el derecho de audiencia y defensa antes de que la Administración afecte la póliza. La jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado acoge esta idea al explicar que, si bien las entidades tienen competencia para declarar el siniestro, esta prerrogativa no limita el debido proceso, razón por la cual:

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

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que ‘Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un

¹¹ En esta medida, recibida la obra, no es posible alegar la inexecución de las obligaciones a cargo del contratista, pues la recepción “[...] es un acto jurídico y patrimonial, por el cual ‘el comitente acepta la entrega de la obra ejecutada’ y ‘declara extinguida la obligación de hacer que debía cumplir el constructor’. Esta extinción, en la medida en que el comitente no manifieste reservas acerca de su alcance, implica la conformidad total y definitiva con la obra o con su producto, incluso en relación con el plazo de ejecución. Es la culminación del contrato desde el punto de vista del objeto perseguido por el comitente al celebrarlo. Es también la consumación plena de las obligaciones asumidas por el constructor” (PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 446).

FORMATO PQRS

procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista'. Sobre 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”¹².

En este contexto, como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 29 superior prohíbe decisiones de plano, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Dicha norma prescribe que “Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales [...]”, disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993¹³. Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades procedan de oficio la actuación comience con un escrito que debe comunicarse al interesado para que ejerza el derecho de defensa –art. 35, inc. 2–. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–. Dicho procedimiento concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la

¹² 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.

¹³ 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”.

FORMATO PQRS

aseguradora sean escuchados antes de que la entidad declare el siniestro de la garantía.

iv. En lo que respecta a la *competencia temporal*, la Administración no dispone de un término ilimitado para ejercer sus prerrogativas. Ahora bien, podría pensarse que tanto el “siniestro” como la “declaratoria” deben ocurrir dentro del mismo plazo. Sin embargo, esta impresión es equivocada, en la medida que el “siniestro”, entendido como la realización del riesgo asegurado, es el único que se debe dar dentro de dicha vigencia. Mientras tanto, el acto administrativo que declara su ocurrencia debe expedirse antes de la prescripción del contrato de seguro¹⁴. 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 preexistente¹⁵. Sobre el tema, la jurisprudencia explica que:

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

¹⁴ 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”.

¹⁵ 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).

FORMATO PQRS

de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto”¹⁶.

Así las cosas, el “siniestro” debe ocurrir durante la vigencia del seguro, aunque su “declaratoria” se produzca después del vencimiento de la garantía. Lo importante es que el acto administrativo se expida antes de la prescripción del contrato de seguro. Para estos efectos, es necesario precisar que el citado artículo 1081 del Código de Comercio consagra un término de dos años (2) para la prescripción ordinaria y uno de cinco (5) años para la extraordinaria. La primera empieza desde el momento en que el interesado conozca o deba conocer del hecho que da base a la acción, mientras que la extraordinaria –por ser objetiva– correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho. Dichos términos corren paralelamente, lo cual implica que no puede acogerse indistintamente alguno de ellos, pues el primero que se agote produce el efecto extintivo¹⁷. En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro.

v. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para calificar conductas con presunta incidencia disciplinaria debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Especialmente, conforme a la ley, los lineamientos internos de la entidad y las obligaciones pactadas, el órgano competente juzgará la responsabilidad de los supervisores e interventores en el monitoreo de los contratos de obra la fase postcontractual para efectos de

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Rad. 14.667. C.P. Myriam Guerrero De Escobar.

¹⁷ Al respecto, la jurisprudencia explica lo siguiente: “[...] la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C.C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

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

FORMATO PQRS

siniestrar el amparo de estabilidad y calidad. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos del expediente disciplinario que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales.

Dentro de este marco, el órgano disciplinario definirá en cada caso concreto lo relacionado con la tipicidad de las conductas investigadas en el expediente 188-435-2024-327. Dado que sólo tiene a cargo la interpretación abstracta de las normas del sistema de compras y contratación pública, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV.Referencias normativas:

- Constitución Política de 1991, artículo 29.
- Ley 80 de 1993, artículo 77.
- Ley 1150 de 2007, artículo 7.
- Ley 1437 de 2011, artículos 3, 34, 35 y 37.
- Ley 1474 de 2011, artículo 86.
- Código Civil, artículo 28.
- Código de Comercio, artículos 1068, 1071 y 1081.
- Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 y 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19.

V.Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el régimen de garantías en los

FORMATO PQRSD

Conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C-567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-583 del 19 de octubre de 2022, C-584 del 26 de septiembre de 2022, C-712 del 13 de octubre de 2022 y C-845 del 7 de diciembre de 2022, C-036 del 31 de marzo de 2023, C-386 del 31 de enero de 2024, C-133 del 11 de julio de 2024 y C-919 del 10 de diciembre de 2024. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Le informamos que ya se encuentra disponible la **Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación**. En este documento podrás consultar una serie de pautas para el manejo ofertas artificialmente bajas, en línea con las mejores prácticas internacionales en la materia. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-el-manejo-de-ofertas-artificialmente-baja-0>.

De otra parte, te contamos que ya publicamos la **Guía para incentivar la participación de Mujeres en el Sistema de Compras y Contratación Pública**. Esta guía tiene como finalidad ofrecer información de valor para que las Entidades Estatales fomenten de manera efectiva la participación de las mujeres en el mercado de compras públicas. Puedes consultar la guía en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-incentivar-la-participacion-de-las-mujeres>.

También te invitamos a consultar la **versión VIII de 2024**, del **Boletín de Relatoría** de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con la participación de las MIPYMES en los procesos de compra y contratación pública, el cual se puede descargar en la página web de la Agencia: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/boletin_de_realtoria_viii.pdf.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de

FORMATO PQRS

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí 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. De acuerdo con el inciso 3 del artículo 226 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 241 del Código General Disciplinario, el presente oficio no tiene el valor de un dictamen pericial, pues versa sobre puntos de derecho. En consecuencia, lo decidido en torno al proceso disciplinario del expediente 188-435-2024-327 es responsabilidad única y exclusiva de la DIAN.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE