

GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: EXIGIBILIDAD Y DEBIDO PROCESO¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El texto reflexiona sobre la aplicación del debido proceso a las actuaciones administrativas contractuales y, especialmente, destaca la necesidad de un procedimiento para la declaratoria de ocurrencia del siniestro en las garantías estatales. Luego, presenta un recuento normativo sobre las disposiciones que se relacionan con dicho procedimiento, para finalmente ocuparse de identificar el trámite aplicable según el riesgo acaecido y el estudio sucinto del tema en el caso de las entidades exceptuadas.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continúa en esta sesión con la investigación de la cláusula de garantías a cargo del Profesor Richard Ramírez. Luego de reflexionar sobre los mecanismos de cobertura del riesgo, el carácter derogatorio del régimen de garantías³, y de analizar el contenido de cada uno de los amparos de la garantía única de cumplimiento, la de seriedad de la oferta y la póliza de responsabilidad civil extracontractual, la atención se centra sobre el procedimiento para hacer exigibles dichas garantías.

Al respecto, se destacan por lo menos tres (3) tópicos que a continuación se desarrollan: *i)* de los procedimientos existentes ¿cuál se aplica para hacer efectivo cada amparo? ¿se trata siempre del mismo?; *ii)* ¿qué sucede en el caso de las entidades exceptuadas? y *iii)* el *debido proceso* como criterio elemental para resolver los anteriores cuestionamientos. Esto no implica que el texto desarrolle a profundidad el contenido y alcance del debido proceso en las actuaciones

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 11 de noviembre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Garantías, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Richard S. Ramírez Grisales, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

³ La facultad de autotutela de las entidades estatales para hacer exigibles las garantías constituyó un criterio importante para sostener, en su oportunidad, el carácter derogatorio del régimen.

administrativas contractuales, sean sancionatorias o no, sino que exalta la relevancia de un tema que, aunque formal, resulta muy sustancioso.

1. El debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales

El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone claramente que el debido proceso es un derecho fundamental aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Asimismo, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 prevé que las actuaciones administrativas se desarrollan con arreglo a este principio y, a su vez, define explícitamente algunos de sus componentes: la realización de los procedimientos de acuerdo con las normas de competencia, el agotamiento de las etapas previstas, la garantía de los derechos de defensa, contracción y, en asuntos sancionatorios, la presunción de inocencia, la *no reformatio in pejus* y el *non bis in idem*⁴. En virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, esta norma es aplicable en los procedimientos administrativos contractuales⁵. Además, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que el debido proceso es un principio *rector* en las actuaciones *sancionatorias* contractuales.

De este recuento normativo se extraen las siguientes conclusiones: *i)* el debido proceso es un principio y un derecho fundamental que, sin ningún tipo de distinción, es aplicable en todos los procedimientos administrativos y los procesos judiciales⁶; *ii)* aunque la anterior afirmación tiene soporte legal, la máxima constitucional es imperativa, de modo que fundamenta directamente su aplicación y *iii)* en contratación estatal existen suficientes disposiciones para no incurrir en duda alguna de que el debido proceso rige en todos los procedimientos, sean sancionatorios o no.

En consecuencia, se trata de un presupuesto que no debería ponerse en discusión en ningún escenario, pues podría afirmarse que es un problema históricamente superado. Desde hace ya algunas décadas, Héctor Jorge Escola expuso en su tratado de contratos administrativos que los Estados suelen disponer

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante, CPACA.

⁵ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante, EGCAP. Al respecto, se precisa que el uso de esta expresión en el texto no incluye las normas que modifican la Ley 80 de 1993, verbigracia, la Ley 1150 de 2007, a las que se hará referencia de forma expresa.

⁶ La noción de «debido proceso» es ampliamente problemática, se trata de un concepto-sintagma que ha sido estudiado como regla, principio, derecho, derecho fundamental y, en general, numerosas perspectivas; sin embargo, este es un tema ajeno al propósito del texto y, por lo tanto, se parte de la idea de que es un principio y un derecho fundamental. Principio porque contiene un sin número de garantías y subreglas que bien pueden ubicarse en cada caso concreto, que no se agotan en unas cuantas reglas. Derecho fundamental por la relevancia constitucional que se le asigna y su relación inescindible con la dignidad humana y la consolidación del Estado de derecho.

de amplias facultades unilaterales en la ejecución de los contratos, entre las que brillan aquellas de carácter sancionatorio. Estas *exorbitancias* conllevan límites razonables, como el requerimiento al contratista previo a la imposición de sanciones, su tipicidad, proporcionalidad y control judicial. En cualquier caso, el doctrinante reconoce la aplicación del debido proceso, asunto que, según nuestro ordenamiento legal y constitucional, no se circunscribe a los procedimientos sancionatorios⁷. En suma, el debido proceso no es más que una manifestación del *principio de legalidad* que somete a las entidades públicas. Supone la previsión de las formas y los canales como esta actúa, las etapas que agota, los derechos que garantiza en el camino. Los procedimientos administrativos constituyen las alternativas para que el Estado manifieste su voluntad, que de ningún modo podrá emerger de forma caprichosa y arbitraria.

No obstante, el Consejo de Estado se ha apartado de estas ideas en algunas oportunidades. Especialmente, es necesario referenciar la Sentencia del 26 de agosto de 2019, expedida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Corporación. En el caso se discutía la nulidad de un acto administrativo donde una entidad territorial declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra al percatarse del daño o la desmejora de una vía objeto de mantenimiento. El contratista alegó la falsa motivación del acto por sustentarse en pruebas falsas, que no tuvo oportunidad de controvertir, pues no fue notificado de un procedimiento administrativo. Nótese una particularidad, que la interventoría también recurrió el acto alegando la violación al debido proceso, anexó pruebas y solicitó una inspección a la obra.

El *a quo* consideró que no se vulneró el debido proceso, toda vez que el acto fue motivado, notificado y se admitió la interposición de recursos en sede administrativa. Por su parte, la Subsección sostuvo que la declaratoria de ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra no tiene carácter sancionatorio y, por lo tanto, no se requiere agotar un procedimiento administrativo previo. A su juicio, basta la posibilidad de impugnar el acto para que se garantice el debido

⁷ En palabras del doctrinante: «Ahora bien: si la potestad sancionadora de la administración *constituye para ésta (sic) una prerrogativa muy especial y amplia*, de la cual puede hacer uso en forma directa y unilateral, eso no significa que sea un poder ilimitado, sino que *está sujeto, al contrario, a ciertos requisitos y restricciones que lo restringen a extremos razonables*».

En primer lugar, se requiere que la administración, como medida previa a la sanción, haya puesto en mora a su cocontratante, intimándole el correcto cumplimiento de sus obligaciones. *Esta exigencia, que no es sino una primera manifestación del “debido proceso legal”, se complementa, además, por el cumplimiento de las distintas etapas de que éste se compone, que siempre deben respetarse para la mejor imposición de las sanciones*» (énfasis fuera de texto) (ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1977. 519 p. 410).

proceso, convalidando así la tesis del Tribunal Administrativo en primera instancia. Así lo expuso:

«Debe recordarse que, tal y como lo ha sostenido esta Sección, la declaratoria de ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra no tiene carácter sancionatorio, por lo que no requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo. En ese sentido, *si una entidad pretende declarar la ocurrencia de este siniestro, no tiene por qué citar al contratista y su garante antes de adoptar la decisión y, por consiguiente, no se requiere la presencia de estos en la consecución de los medios de convicción que le permitirán a la entidad determinar si declara o no la ocurrencia del siniestro*. En este contexto, el derecho al debido proceso se garantiza al permitir al contratista y la compañía de seguros impugnar el acto a través del recurso de reposición, con el fin de que, mediante el mismo, puedan controvertir las razones y pruebas tenidas en cuenta por la entidad para declarar el siniestro. En ese orden de ideas, el primer argumento de la apelación relativo a la violación del derecho al debido proceso no está llamado a prosperar.

»En el caso bajo estudio, es absolutamente claro que el Departamento de Boyacá garantizó el derecho al debido proceso tanto del Consorcio ICM Ingenieros Ltda. – Suárez y Silva Ltda. Ingenieros Contratistas como de la compañía Seguros del Estado S.A. En efecto, al momento de notificarles el contenido de la Resolución No. 185 de 2004, les permitió interponer recurso de reposición con el fin de debatir los motivos de la decisión adoptada y de controvertir las pruebas tenidas en cuenta» (énfasis fuera de texto)⁸.

Aunque la Corporación valoró las pruebas y declaró la nulidad de los actos administrativos por considerar que los defectos posteriores en la obra no eran atribuibles al contratista, sorprende penosamente la idea que, entre líneas, propuso el juez, a saber: del carácter sancionatorio o no de la decisión depende que se agote un procedimiento administrativo. Contrario a este pronunciamiento, se sostiene que siempre, en cualquier caso, la declaratoria de un siniestro supone agotar un procedimiento administrativo. De allí que el carácter sancionatorio o no del trámite será relevante para elegir el procedimiento, mas no para obviarlo. Comentando la misma providencia, el Profesor Cristian Díaz expone que, aún admitiendo que este acto administrativo no tiene carácter sancionatorio —lo cual es muy polémico—, este no es argumento suficiente para flexibilizar el mandato general del artículo 29 de la Constitución. La redacción, como se anticipó, implica que las decisiones de la Administración se ajusten a alguna ruta legal para la manifestación de la voluntad de la Administración —procedimiento—. Finalmente, con acierto, expone que la garantía del debido proceso no debe percibirse como un obstáculo para el ejercicio de la función administrativa. En el caso concreto, de haberse garantizado

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Exp. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata.

la participación del contratista, se habría ahorrado un dispendioso y duradero litigio⁹.

2. Recuento normativo

El artículo 55 del Decreto Ley 150 de 1976 preceptuaba la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales; sin embargo, en caso de incumplimiento, no señaló expresamente la potestad de que las entidades estatales hagan efectivas las pólizas o mecanismos de cobertura a través de acto administrativo. El artículo 28 *ibidem* se refirió a la *sanción* por la no suscripción del contrato en los siguientes términos: «[...] 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 multa, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta». De la redacción se extrae que, en caso de que la seriedad de la oferta se haya garantizado por medio de un depósito, la entidad simplemente se apropiaría de los recursos; no obstante, no indicó un procedimiento aplicable para las demás modalidades de garantías como, las pólizas de seguro. Para entonces, la Ley 167 de 1941 era el estatuto procesal vigente y allí no se asignó ninguna competencia especial para que las entidades hicieran exigibles las garantías.

Posteriormente, el artículo 68 Decreto 222 de 1983 dispuso como presunta la cláusula de garantías, pero tampoco reguló un procedimiento especial para hacerlas exigibles. Ahora bien, el artículo 36 replicó el artículo 28 del Decreto Ley 150 y calificó como una multa la efectividad de la garantía por el incumplimiento con la seriedad de la oferta. Por su parte, el artículo 73 dispuso que el valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria ingresaría al tesoro de la entidad contratante y podría tomarse del saldo a favor del contratista, si existe, o de la garantía constituida. En ausencia de alguna de las dos alternativas, asignó la competencia de cobro coactivo en favor de la entidad. Nuevamente, las normas de la contratación estatal no se pronunciaron sobre algún procedimiento para declarar el siniestro. Un año después, el Decreto 1 de 1984¹⁰ derogó la Ley 167 de 1941. En el artículo 68 se refirió a los documentos que prestarían mérito, así:

«Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

⁹ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Crítica a los matices al debido proceso en la declaración del siniestro de estabilidad de la obra. Comentarios sobre la sentencia del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2019, expediente 44.170. En sitio web: <https://www.ceda.com.co/critica-a-losmatices-al-debido-proc>

¹⁰ Código Contencioso Administrativo, en adelante, CCA.

»4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.

»5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el *acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación [...]*»

Estos numerales constituyen el fundamento histórico de la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivas las garantías. La expedición del EGCAP y la regulación de las garantías en el numeral 19 del artículo 25 no implicó ninguna modificación al respecto, pues solo dispuso la competencia para declarar el siniestro en los supuestos de caducidad; como tampoco lo hizo la derogatoria del artículo 68 del CCA por el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011¹¹, que conservó similar redacción. Lo que fue una novedad con esta reforma fue la distinción entre el procedimiento administrativo general previsto en los artículos 34 y siguientes, y el procedimiento sancionador de los artículos 47 y siguientes. Además, se promulgó la Ley 1474 de 2011¹², que en el artículo 86 reguló el trámite para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Esta norma es determinante para el estudio del tema, pues múltiples amparos se hacen exigibles como resultado de dicho procedimiento.

Ahora bien, la reforma del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 también es de especial relevancia, pues en el segundo inciso el legislador ordenó al Gobierno Nacional que señale «los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías» y otros asuntos. Seguidamente, el tercer inciso precisa que las entidades estatales deben comunicar la ocurrencia del siniestro al asegurador, notificando el acto administrativo que así lo declara. Sobre este asunto, Juan Ángel Palacio explica que las entidades estatales solían descuidar esta obligación y agrega que no solo es conveniente notificar a las aseguradoras la ocurrencia del siniestro, sino también de todos aquellos actos o requerimientos que reclaman el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista¹³. El mandato legal fue acatado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

¹¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante, CPACA.

¹² «Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública», comúnmente denominada como «Estatuto Anticorrupción».

¹³ PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 672.

- »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»* (énfasis fuera de texto).

Nótese que el reglamento se ajusta a los procedimientos sancionatorios del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. No obstante, nada informa sobre la efectividad de garantías como la póliza de responsabilidad civil extracontractual o la de seriedad de la oferta. La primera porque no es un incumplimiento y la segunda porque no tiene el carácter de contractual. De allí que en el siguiente acápite se estudie con mayor profundidad el asunto. A su vez, se destaca que los numerales 1 y 2 del artículo disponen expresamente que el acto administrativo constituye el siniestro, mientras que el numeral 3 prevé que el acto administrativo se equipara a la reclamación para la compañía de seguros. En este sentido, la literalidad de la disposición parece distinguir entre ambos supuestos.

3. Procedimientos aplicables

El artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 define cuatro coberturas de la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta: *i)* que no se amplíe la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado; *ii)* el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas; *iii)* la no suscripción del contrato y *iv)* que no se otorgue la garantía de cumplimiento por parte del proponente seleccionado. De estos posibles siniestros, se identifica que los tres primeros escenarios suponen un reproche a la conducta de un sujeto que aún no es contratista.

En esa medida, aunque se trata de sanciones por la falta a un deber legal, sería inadecuado aplicar el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, máxime cuando esta se refiere específicamente a las alternativas de la entidad ante el incumplimiento de los *contratistas*. De allí que se sugiere la aplicación del procedimiento general sancionatorio del CPACA, regulado en los artículos 47 y siguientes, remisión que encuentra sustento en el artículo 77 del EGCAP. Respecto al cuarto escenario, esto es, que no se otorgue la garantía de cumplimiento, se observa que este implica el perfeccionamiento del contrato y, aunque la norma se

refiera al *proponente seleccionado*, es perfectamente lógico asumir que esta causal supone que ya adquirió la calidad de contratista, por lo que bien sería aplicable un procedimiento administrativo contractual sancionador, en los términos del artículo 86¹⁴.

Respecto a la garantía de cumplimiento, esta se integra por ocho (8) amparos descritos en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 y, al igual que para la garantía de seriedad, no todos se hacen exigibles mediante el mismo procedimiento. En primer lugar, obsérvese que hay amparos que indiscutiblemente se vinculan con un procedimiento administrativo contractual de carácter sancionatorio, es decir, el artículo 86 de la Ley 1474. Estos son el de cumplimiento del contrato –que incluye la caducidad, la imposición de multas y la cláusula penal pecuniaria–, el de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, y la causal genérica del numeral 8 sobre «los demás incumplimientos de obligaciones». El factor común que agrupa estos siniestros es el incumplimiento de una obligación contractual, que en una interpretación sistemática del artículo 2.2.1.2.3.1.19, permite inferir el procedimiento aplicable.

Dávila Vinueza plantea que, aunque este sea el trámite pertinente, de allí no se concluye que el acto administrativo que hace efectiva la garantía tenga carácter sancionatorio. En su criterio, debe distinguirse entre la aplicación del debido proceso y la naturaleza sancionatoria de la actuación¹⁵. Sustenta su postura en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, entre los cuales, el más reciente corresponde a la Sentencia del 27 de marzo de 2014 a cargo de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En el caso, la aseguradora pretendía la nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, que correspondían a software digital. Entre los alegatos de la demandante, se identifica que la entidad no agotó ningún procedimiento previo a la expedición la resolución. La Corporación expuso que el acto que declara la ocurrencia del siniestro, según las normas vigentes para el caso, se fundamentaba en el artículo 68 del Decreto 1 de 1984, que contiene una facultad

¹⁴ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-080 del 8 de abril de 2021.

¹⁵ En palabras del doctrinante: «En relación con el acto administrativo necesario para la efectividad de la garantía, hemos de indicar que no se trata de un acto sancionatorio a pesar de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contenido de la audiencia que debe surtir para garantizar el debido proceso en tratándose de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de manera expresa señala que a dicha audiencia ha de citarse al garante en el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros. *De ello emana, en consecuencia, que una cosa es el debido proceso que ha de garantizarse siempre que se vaya a sancionar o a hacer efectiva una garantía y otra muy distinta la naturaleza sancionatoria que revisten las actuaciones de la entidad estatal*» (énfasis fuera de texto) (DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3° ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 549).

sin naturaleza sancionatoria. Sostuvo que no se debe confundir la facultad para declarar la ocurrencia del siniestro y la competencia para declarar el incumplimiento contractual. En palabras de la Corporación:

«Se concluye de esta manera, que la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza por medio de la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, *sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio*.

»En ese sentido, resulta evidente que la entidad estatal demandada sí contaba con la competencia para expedir el acto administrativo en el que hizo efectivos algunos de los amparos cubiertos por la póliza de garantía expedida por Confianza, sin que fuera óbice para ello el hecho de que se hubiera finalizado el plazo de ejecución y liquidado el contrato, pues esta es una facultad que continúa aún vencidos estos límites temporales, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó, *no es una habilitación sancionatoria*» (énfasis fuera de texto)¹⁶.

La postura de Dávila no se comparte, especialmente, por desconocer la literalidad del reglamento. Si bien históricamente se ha fundamentado la declaratoria del siniestro en los estatutos procedimentales —art. 68 del CCA y 99 del CPACA—, estas normas reconocen el mérito ejecutivo de los actos, pero no asignan una competencia o facultad, como sí lo hace el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 sobre la efectividad de las garantías. Este, último expresamente dispone que se hacen efectivas por medio del acto que declara la caducidad, impone multas o declara el incumplimiento. En pocas palabras, se refiere a procedimientos administrativos típicamente sancionatorios. De allí que la naturaleza sancionatoria o no del acto que declara la ocurrencia del siniestro va a depender del riesgo asegurado y no es admisible proponer que, de ninguna manera, se trata de una competencia sin dicho carácter. El profesor Sebastián Ramírez comparte la idea de Dávila Vinueza, pues distingue entre la imposición de la sanción y la efectividad de esta. A su vez, como un argumento importante, destaca el carácter indemnizatorio de las garantías en la contratación estatal¹⁷. El reproche concreto que se formula a esta tesis es la imposibilidad de diferenciar entre el procedimiento—acto que impone la sanción y el que la hace efectiva.

Ahora bien, existe un segundo grupo de siniestros que se identifica por el incumplimiento de una obligación secundaria o post contractual: la de garantizar la

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 29.857. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁷ RAMÍREZ GRISALES, Sebastián. Declaratoria del siniestro por parte de las entidades exceptuadas de la Ley 80. El caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Comentarios sobre la sentencia del Consejo de Estado del 5 de julio de 2018, expediente 54.688. En sitio web: <https://www.ceda.com.co/declaratoria-del-siniestro>

calidad del objeto contratado en el tiempo. En esta clasificación se agrupan la garantía de estabilidad y calidad de la obra, la de calidad del servicio y la de calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Nótese que, en términos simples, se trata de un amparo de *calidad* que recibe múltiples denominaciones de acuerdo con el objeto. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estima que en estos casos no es pertinente aplicar el procedimiento contractual sancionatorio, pues no se trata de la imposición de una pena sino de la previsión de una herramienta para salvaguardar el patrimonio público. No obstante, ante la imposibilidad de adoptar decisiones de plano, agrega que la Administración debe acudir al procedimiento general del CPACA, como una garantía del debido proceso. Se comparte esta postura toda vez la remisión normativa tiene fundamento en el artículo 77 del EGCAP y, como lo estudia el ente rector de la contratación, se trata de un siniestro que no está asociado al incumplimiento de una obligación *contractual* sino *post contractual*¹⁸.

Por último, la póliza de responsabilidad civil extracontractual del artículo 2.2.1.2.3.1.8. debe estudiarse de forma independiente. Según el reglamento, esta cubre «[...] eventuales *reclamaciones* de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista» (énfasis fuera de texto). La principal problemática respecto de este amparo es que no es claro si la póliza se hace efectiva únicamente cuando la entidad estatal es vinculada a un proceso judicial para responder por daños causados a un tercero o si, por el contrario, basta que se evidencie la existencia del daño en sede administrativa para que la entidad, de oficio o a solicitud del interesado, declare la ocurrencia del siniestro y haga efectivo el amparo. En el fondo, la discusión versa sobre la necesidad de que intervenga o no el juez. Al respecto, se sostiene que la entidad contratante al identificar y verificar el daño a un tercero *reclamante* puede declarar la ocurrencia del siniestro por medio del procedimiento administrativo general del CPACA y, en cualquier caso, si la entidad aseguradora o el contratista no está conforme con esta decisión, podrá acudir ante la jurisdicción.

4. Entidades exceptuadas

Tratándose de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP, podría plantearse que estas deben agotar el procedimiento para hacer exigibles las garantías como un particular más, es decir, la reclamación y objeciones previstas en el Código de Comercio. No obstante, esta sería una lectura árida de un problema más complejo. Sin duda, la respuesta a este interrogante debe pasar por múltiples tamices. El primero es que históricamente se ha justificado la competencia para declarar el siniestro en el derogado artículo 68 del CCA, hoy artículo 99 del CPACA.

¹⁸ Debe aclararse que el concepto solo estudia el amparo de calidad y estabilidad de la obra; sin embargo, sus consideraciones son aplicables a los amparos de calidad del servicio y calidad y correcto funcionamiento de los bienes (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-080 del 8 de abril de 2021).

En este sentido, si bien estas entidades no aplican la Ley 80, algunas se rigen por el estatuto de procedimiento administrativo y, si se admite que el artículo 99 es fundamento suficiente de la facultad de declaratoria del siniestro de las entidades sometidas al EGCAP, también tendría que serlo en el caso de las entidades exceptuadas que aplican el CPACA. Ahora bien, para determinar qué entidades exceptuadas se rigen por esta norma, basta una lectura del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: «Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%». En síntesis, siempre que se admita que el artículo 99 del CPACA faculta a las entidades de su ámbito de aplicación para declarar la ocurrencia del siniestro, entonces las entidades exceptuadas que se enmarquen en el párrafo del artículo 104 *ejusdem* ostentan dicha prerrogativa.

En Sentencia del 5 de julio de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado se pronunció al respecto, con la salvedad de que la entidad demandante era prestadora de servicios públicos. En el caso, se discutía la legalidad de un acto de declaratoria de incumplimiento emitido por las Empresas Públicas de Medellín – EPM– con ocasión de la imposición de una multa y el cobro de la cláusula penal pecuniaria. Sobre esta competencia, la Corporación sostuvo que el régimen de la entidad era el derecho privado y, en consecuencia, considerando las normas vigentes durante la ocurrencia de los hechos, el CCA no era una regla de competencia que faculte a la entidad para proceder en este sentido. En sus términos:

«De conformidad con el anterior recuento de la jurisprudencia y teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 142 de 1994, para la época de los hechos en este proceso, resulta pertinente observar que, como regla general, *no existía competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos para expedir actos administrativos mediante los cuales, de manera unilateral, se impusiera la efectividad de la póliza de seguros en los contratos que se regían por el derecho privado.*

»Se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa» (énfasis fuera de texto)¹⁹.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 54.688. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

El Profesor Sebastián Ramírez pone de presente jurisprudencia contraria de la Sección, dando cuenta de la competencia de las entidades para emitir este tipo de actos²⁰. En cualquier caso, como se expuso, dar respuesta al interrogante implica decidir si el artículo 99 del CPACA, efectivamente, asigna o no esa facultad, punto de partida que es razonablemente controversial.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3° ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 922.

ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1977. 519 p.

PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 859.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 29.857. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 54.688. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Exp. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata.

Conceptos

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-080 del 8 de abril de 2021.

²⁰ RAMÍREZ GRISALES, Sebastián. Declaratoria del siniestro por parte de las entidades exceptuadas de la Ley 80. El caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Comentarios sobre la sentencia del Consejo de Estado del 5 de julio de 2018, expediente 54.688. En sitio web: <https://www.ceda.com.co/declaratoria-del-siniestro>