



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1723 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil seis (2006)

Radicación: 1723

Referencia: Garantía de Seriedad de la oferta a favor de entidades estatales; su objeto. Garantía de cumplimiento, reposición del valor asegurado.

El señor Ministro de Transporte, Dr. Andrés Uriel Gallego Henao, consulta a la Sala sobre el alcance de las garantías expedidas a favor de las entidades estatales con ocasión de la selección de los contratistas y de la ejecución de los contratos estatales, y al efecto plantea dos grupos de preguntas así:

En relación con las garantías de seriedad de las ofertas, interroga:

"a. ¿Es posible declarar el siniestro de seriedad de la oferta en casos diferentes al contemplado en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993?"

"b. ¿Puede hacerse efectiva la garantía de seriedad de oferta aquellos cuyas propuestas fueron rechazadas en el proceso de selección, teniendo en cuenta que aún no se ha adjudicado el contrato?"

"c. De considerarse viable lo anterior, es posible para la Administración consignar en los pliegos las causales que a su juicio conlleven a la declaración de siniestro de seriedad de la oferta, o es necesaria una reglamentación general vía decreto, o incluso, la modificación de la Ley 80 de 1993?"

Sobre las garantías de cumplimiento de la ejecución de los contratos estatales, el Sr. Ministro plantea este interrogante:

"d. ¿Es posible hacer exigible al contratista y a su garante, bien sea una compañía de seguros o de un banco, que se renueve el amparo de cumplimiento de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales después de declararse el siniestro de incumplimiento parcial, con fundamento en el numeral 19 del artículo 25 del Estatuto General de Contratación?"

En relación con el primer grupo de preguntas, el Sr. Ministro, expone que en una entidad estatal, no le solicitan a los oferentes la totalidad de los documentos que acreditan las afirmaciones que consignan en los formularios de la oferta, que con base en esta información y antes de efectuar la adjudicación de una licitación, se clasifica a los proponentes en un orden de elegibilidad, y en este momento se procede a solicitar al primero de los clasificados, los soportes documentales de su oferta, para determinar si cumple o no con los requisitos exigidos por los pliegos. Entonces, "si el proponente se abstiene de entregar los soportes o se presentan inconsistencias entre lo consignado en los formularios y lo demostrado por la documentación, se rechaza la propuesta y se procede a requerir al segundo en el orden de elegibilidad."

Anota la Sala a manera de explicación de la pregunta, que esta práctica supone que el licitador al presentar su oferta, se ha obligado a entregar la totalidad de los soportes documentales que le sirven de sustento, y al no entregarlos o no coincidir con lo escrito en los formularios de la oferta, estaría incumpliendo esa obligación. La cuestión radica en dilucidar si el cumplimiento de esta obligación también está amparado por la garantía de seriedad de la oferta.

En relación con la última pregunta, la que inquiriere acerca de la posibilidad de exigir a las compañías aseguradoras de los contratistas del Estado que renueven y mantengan vigentes sus pólizas, luego de haber declarado el siniestro de incumplimiento parcial del contrato por la totalidad del monto amparado por la garantía única de cumplimiento, el Ministro consultante cita como fundamento jurídico el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual los contratistas deben mantener vigentes las garantías hasta la liquidación del contrato, y considera que "La Administración debe velar porque los amparos de las mismas se mantengan vigentes por la totalidad de los montos por los cuales se expidió la póliza", no sólo cuando se prorrogue o se adicione el monto del contrato.

Para responder la Sala CONSIDERA:

I. Consideraciones generales acerca de las garantías en los contratos estatales.

La literatura jurídica se remonta hasta la Ley 225 de 1938 para determinar la creación y para explicar la primera regulación de las garantías expedidas por las compañías de seguros. Al efecto, se citan los artículos 2° y 7° que en lo pertinente dicen:

"ARTÍCULO 2°. El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos de valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos."¹ (se subraya).

"ARTÍCULO 7°. La compañía de seguros de que trata esta ley y los contratos que celebren se regirán, además, por las disposiciones legales pertinentes sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y contratos de seguros."

Desde los orígenes de la anterior figura, que es común al derecho privado y al público, se estableció como un verdadero seguro a cargo de las compañías; y a los contratos que celebren, se les aplican las normas propias de esta institución. Generalmente se conoce este contrato bajo el nombre de "seguro de cumplimiento."²

La Corte Suprema de Justicia, al interpretar las obligaciones de un seguro de cumplimiento tomado entre particulares, explicó su naturaleza y efectos en la siguiente forma:

"1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del cumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños y, por ende, se aplica al principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que respecto del asegurado, "serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor."

"2. Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, el beneficio del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador. Obvio que, antes, la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas".

"3. En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento; y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza."

"En este caso, se hace más patente el alcance del seguro de cumplimiento, en consideración a que el texto que contiene las cláusulas respectivas, establece que el mismo únicamente tenía por objeto indemnizar al asegurado o beneficiario "el incumplimiento de las obligaciones contractuales y en ningún caso, contra perjuicios de otro orden", y que corresponde al asegurado demostrar "la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida", disposición contractual que no hace sino repetir lo que previene el artículo 1077 del C. de Comercio."

"Sobre el punto ha dicho la Corte: "para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, (...) en el segundo, bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo "hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada", como reza textualmente la póliza citada (en este caso la visible a folio C. 1). A ese texto simplemente una glosa: no ha debido emplearse la expresión afianzada "porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominada SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza" (Sentencia de 15 de marzo de 1983) (Casación de 21 de septiembre de 2002. Expediente No. 3140. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil.

Ponente: Dr. Silvio F. Trejos.)

La institución del seguro de cumplimiento descrita en los párrafos de la jurisprudencia citada, es utilizada por la Ley 80 de 1993 para que sirva de garantía del cumplimiento de las obligaciones tanto del oferente como del contratista particular, haciéndole algunas adaptaciones que se deriven de la naturaleza pública de la garantía de los contratos estatales y de los fines que está cumple. De las varias modificaciones que le introdujo el derecho público, la Sala se ocupará de dos de ellas, que permiten explicar las respuestas que se dan al final de concepto, a saber: en

relación con la garantía de seriedad de la oferta, la Ley determina un valor fijo a manera de sanción por el incumplimiento del oferente, y en lo referente a la renovación del amparo de cumplimiento, analizará la Sala cómo la Ley 80 de 1993 obliga al asegurador a mantener vigente la póliza. A estos temas se limita el concepto, aclarando que no se referirá al procedimiento licitatorio expuesto en la consulta.

II. La responsabilidad del oferente y del asegurador derivada de la obligación de garantizar la seriedad de la oferta.

Para efectos de hacer el análisis correspondiente, se transcriben, en lo pertinente, las reglas de la Ley 80 de 1993 que regulan la garantía de seriedad de la oferta:

"Artículo. 25 Del principio de economía. En virtud de este principio: (...)

"19. "... Igualmente los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionarios en Colombia o en garantías bancarias.

"..."

"Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

"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 depósitos o garantías".

Las normas legales transcritas, consagran la obligación para los proponentes de garantizar la seriedad de las ofertas que le formulan a la administración. Esta obligación puede garantizarla, bien mediante pólizas de compañía de seguros, bien mediante depósitos o garantías bancarios. En el primero de los casos, el oferente debe obtener un seguro de cumplimiento, sobre cuyos efectos pregunta el Sr. Ministro de Transporte, y a ellas hace referencia el concepto.

Como se expuso al reseñar el seguro de cumplimiento, la aseguradora garantiza la obligación de un tercero, ante cuyo incumplimiento ella responde. En el caso que se consulta, la obligación garantizada es la de mantener la seriedad de la oferta, obligación generalmente conocida como de irrevocabilidad de la oferta, tema que de manera sucinta se explica enseguida.

Deja de lado la Sala el asunto de las teorías sobre la revocabilidad de la oferta y sus efectos, pues considera que actualmente, en derecho privado colombiano y a partir de la expedición del código de comercio en 1971, la jurisprudencia y la doctrina generalmente aceptan que el oferente carece del derecho a retractarse, por lo que si lo hace, ésta manifestación de voluntad constituye un hecho ilícito, del cual se deriva la necesidad de indemnizar los perjuicios que cause³. Es claro también que el incumplimiento de la oferta por su revocación por el oferente, no tiene los mismos efectos que el incumplimiento del contrato pues, entre otras cosas, en ésta último el acreedor cumplido (o que se ha allanado a cumplir) generalmente tiene la opción de demandar la ejecución del contrato o la indemnización de perjuicios, mientras que en el caso de la oferta, el artículo 846 del código de comercio, limita el derecho del destinatario de la oferta a la indemnización de perjuicios causados con su retiro. El destinatario carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la oferta, de acuerdo con la norma citada.

En derecho público, y en especial en la Ley 80 de 1993, surge la duda de si la oferta que hace un licitador a la administración pública se encuentra regulada por las disposiciones citadas en el anterior párrafo, en forma total o incluso parcialmente.

A juicio de la Sala, desde la perspectiva de la formación del contrato, la licitación que abre la administración pública con base en la Ley 80 de 1993 es un llamado a que los particulares empresarios presenten ofertas, sujetándose al pliego de condiciones, que a manera de reglamento ha puesto en vigencia. Las propuestas que le formulen los licitadores son ofertas de contratos, una de las cuales es aceptada por la administración en el acto administrativo de adjudicación. De la oferta y la adjudicación surge el acuerdo de voluntades, que obliga a las partes a suscribir el contrato, dado que debe ser escrito, según las voces del artículo 41 de la misma Ley.

El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, en los términos legales antes transcritos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público?

Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 transcrito antes, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituido para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que la única situación en la que el ente licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio, puesto que en éste estatuto, el retracto conlleva la indemnización de de perjuicios. En la Ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

Dicho en otra forma, en derecho público la irrevocabilidad de la oferta es ineficaz, de manera que no pueda la administración dejar de evaluar la

propuesta presentada por uno de los licitadores, quien, si resulta adjudicatario deberá suscribir el contrato. Si no lo hace, entonces sí se le aplican las sanciones del numeral 12 del artículo 30 tantas veces citado en éste concepto.

Ahora bien, es claro que el hecho de participar en una licitación o en general en un proceso de selección, genera para el licitador otras obligaciones distintas de la de suscribir y legalizar el contrato, que consiste en realizar todas las actividades que se desprenden de la participación en el proceso y que son consecuencia del principio de la buena fe, en las que se encuentran la de dar oportuna respuesta a las "aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables"⁴ que le sean pedidas por la entidad licitante, con miras a efectuar una adjudicación objetiva.

La solicitud de consulta requiere que se aclare si el oferente tiene o no la libertad de contestar a la solicitud que le haga la entidad; si en caso de silencio puede cobrar el valor de la garantía de seriedad de la oferta, y si en el evento en que las respuestas o aclaraciones que entregue no coinciden con la oferta presentada, se le puede aplicar esta misma sanción.

En relación con la primera parte de la inquietud presentada, es claro que dado que se trata de una oferta de contrato comunicada libremente por el oferente, está obligado a suministrar toda la información necesaria para que el ente licitante efectúe la comparación con las demás propuestas a efectos de realizar una adjudicación objetiva. El silencio del licitador tiene como efecto, generalmente aceptado, el rechazo de su oferta, pues si las aclaraciones pedidas son indispensables para la evaluación, su ausencia conlleva a la imposibilidad de realizarla.

El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por sí mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, si se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública, como se explica más adelante, demandar para solicitar las correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados.

La misma respuesta debe darse a la pregunta formulada por el Sr. Ministro, en la que inquiere acerca del efecto legal de la contratación entre la información dada por el licitador previo requerimiento del numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y las declaraciones que él había consignado inicialmente en su oferta. Dado que no puede suponer la mala fe, y que no hay norma legal que permita deducir otra respuesta, la conclusión es que la propuesta en cuestión deberá ser rechazada, y ésta es la sanción al error que comete el proponente. Sin embargo, si aparece que hubo culpa, o que con su participación se buscaba de alguna manera alterar los resultados del proceso, el proponente responderá por éste hecho ilícito, y en consecuencia, la entidad administrativa deberá adelantar los procesos penales y de responsabilidad para obtener no sólo las sanciones correspondientes, sino la indemnización de perjuicios.

En los párrafos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citadas en el primer acápite de este concepto, era claro que del hecho ilícito del incumplimiento se desprendía la necesidad de reparar los perjuicios que con éste se causaran, los que debían ser probados. Enseguida advirtió la Sala que el derecho público le introdujo algunos cambios a la institución del seguro de cumplimiento para adoptarlo a las garantías estatales, una de las cuales es la contenida en el numeral 12 del artículo 30 que también se transcribió, el cual se ha venido comentado en lo que hace referencia con lo consultado.

La norma en cita menciona que el oferente debe construir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor está señalado en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos⁵. La norma ordena que el valor de esta garantía quede a favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, que como se dijo consiste en la no suscripción y legalización del contrato, significando que el legislador, en vez de exigir la prueba de los perjuicios causados a la entidad pública, estableció un valor único a manera de sanción, de suerte que el licitador no pudiese entrar a discutir el monto de los perjuicios, pues la administración se queda con la garantía por el simple hecho del incumplimiento. Agrega la norma, que la administración puede, ella sí, reclamarle al particular los perjuicios que le causó su incumplimiento cuando fueren superiores al valor de la garantía con la que, lícitamente se quedó.

La función de la compañía de seguros, en este caso es la de pagar el valor asegurado que debe coincidir con el valor de la garantía o depósito, de manera que basta con el simple incumplimiento del oferente para que esté obligada al pago del seguro. Se hace notar que en este caso, por expreso mandato legal y para el derecho público, se cambia la regla de la demostración del perjuicio por la del pago automático de una sanción, cuyo valor ha sido preestablecido en los pliegos de condiciones, y que la aseguradora ha aceptado libremente al suscribir su contrato de seguro.

En cuanto al procedimiento no hay duda acerca del mismo, pues la licitación está gobernada por la Ley 80 de 1993 y por el código contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 77 de esa ley, según la cual a las "actuaciones contractuales" se les aplica en primer término la misma Ley 80 de 1993, y en segundo lugar el citado código. Entonces, como la selección del contratista particular se efectúa a través de un procedimiento administrativo, que puede ser una licitación o una contratación directa, es claro que la forma característica como se impulsa y decide es mediante actos administrativos, de lo que resulta que el incumplimiento de la obligación de mantener la oferta por el licitador se define por la administración mediante un acto administrativo, el cual es constitutivo del siniestro de incumplimiento de la misma, (en lenguaje común: se hace efectiva la póliza) y por lo tanto obliga a la compañía aseguradora. Cosa distinta ocurre en otra de las hipótesis que pregunta el Sr. Ministro, en la que las aclaraciones y explicaciones que entregue el oferente, cuando sea requerido por la administración con el fin de evaluar su oferta, contradigan lo inicialmente manifestado en su propuesta; en esta situación, debe la administración demostrar que hubo culpa del licitador, y que por lo mismo su oferta no era seria, y que en consecuencia se hace acreedora de la sanción del numeral 12 del artículo 30 citado.

suscripción y legalización del contrato, otra causa, como la no respuesta a los requerimientos, o la contradicción entre los documentos que entregue a la entidad previa su solicitud con las manifestaciones escritas en los formularios de la licitación. Se ha expuesto que en la actual legislación no es posible que éste riesgo sea asumido en forma obligatoria por las compañías de seguros, pero es claro que lo pueden hacer voluntariamente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de estipulación. Establecer en los pliegos que las aseguradoras deben asumir este riesgo a manera de un valor admitido que no permita la discusión sobre el monto del perjuicio, es válido si estas compañías lo aceptan, lo que obviamente redundará en el valor de las pólizas.

Por estas mismas razones, no es viable que el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria adicione las condiciones legales de la garantía de seriedad de la oferta, haciendo imperativo esta nueva obligación. Obviamente que el legislador puede modificar el Estatuto General de Contratación de Administración y consagra esta obligación a cargo de los licitadores y sus garantes.

III. La obligación a cargo del asegurador de mantener vigente la póliza de garantía de cumplimiento.

Se exponía antes cómo la ley 80 de 1993 modifica algunas de las características del contrato de seguro de cumplimiento para adecuarlo a la contratación estatal. En relación con la garantía única, el artículo 25 numeral 19 de éste estatuto, en lo pertinente a la renovación y el mantenimiento de la vigencia de la póliza, dice lo siguiente:

"Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (...)

"19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. (...)

"..."

"La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

"..."

Una de las características del seguro de garantía derivada de su misma naturaleza, consiste en que una vez la aseguradora se ha vinculado como garante de las obligaciones del acreedor de un contrato, tanto en el derecho público como en el privado, ésta garantía es irrevocable. En palabras de un reconocido autor "la Ley 80 de 1993 se caracteriza por buscar la fortaleza y permanencia de las garantías de los contratos estatales, para que se encuentren vigentes hasta la liquidación de los mismos y no se afecten por circunstancias que normalmente podrían tener incidencia sobre las mismas. La doctrina es unánime en sostener que por tratarse de una garantía el acreedor de la obligación garantizada requiere tener certeza sobre la permanencia de la misma, lo cual explica que la irrevocabilidad se predique de este de seguro. A pesar de ello y para una mayor seguridad el nuevo Estatuto señala categóricamente que la garantía no expirará por revocación unilateral"⁶.

La Ley 80 de 1993, consagró estos postulados en aras de la protección de los intereses públicos vinculados al cumplimiento del objeto del contrato, por lo que a más de la irrevocabilidad, es legalmente entendido que la garantía estará vigente hasta la liquidación del contrato, independientemente de la voluntad de las partes. En este orden de ideas, si la aseguradora pagó una vez el siniestro de incumplimiento parcial, por ejemplo por retardo en la ejecución del contrato hasta la suma asegurada, la garantía sigue vigente pues no se ha terminado ni puede ser revocada, de donde se desprende que, si se presenta un nuevo siniestro deberá entrar a cancelarlo y no podrá excepcionar falta de pago o no haber asumido el riesgo sino hasta el valor pagado inicialmente.

Es obvio que asumir el nuevo riesgo una vez pagado el siniestro de incumplimiento parcial, no es gratuito, por lo que la aseguradora debe renegociar la prima y demás aspectos contractuales con su cliente, el contratista oficial, quien a su turno está obligado a cumplir con las obligaciones que se desprenden de la vigencia del seguro hasta la liquidación del contrato y la no revocatoria del mismo, pues esta norma tiene efectos para todas las partes del contrato de garantía.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

"a. ¿Es posible declarar el siniestro de seriedad de la oferta en casos diferentes al contemplado en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993?"

a. La administración no puede declarar el siniestro de incumplimiento de la seriedad de la oferta ante situación diferente de la no suscripción o legalización del contrato, contempladas en el artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, salvo cuando las compañías de seguros asuman este riesgo voluntariamente.

"b. ¿Puede hacerse efectiva la garantía de seriedad de oferta a aquellos cuyas propuestas fueron rechazadas en el proceso de selección, teniendo en cuenta que aún no se ha adjudicado el contrato?"

b. El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de la falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por si mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, si se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública demandar para solicitar las correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados.

"c. De considerarse viable lo anterior, es posible para la Administración consignar en los pliegos las causales que a su juicio conllevan a la
Concepto Sala de Consulta C.E. 1723 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil **5** **EVA - Gestor Normativo**

declaratoria de siniestro de seriedad de la oferta, o es necesario una reglamentación general vía decreto, o incluso, la modificación de la Ley 80 de 1993"

c.1. No es posible para la administración hacer obligatorios en los pliegos los amparos diferentes de los legales; salvo que las compañías de seguros o bancos asuman estos riesgos.

c.2 Un decreto reglamentario no puede extender la responsabilidad de los aseguradores más allá de lo definido por la Ley.

c.3. Una reforma a la Ley 80 de 1993, efectivamente puede extender las responsabilidades a otros riesgos diferentes de los actualmente contemplados por la legislación vigente.

"d. ¿Es posible hacer exigible al contratista y a su garante, bien sea una compañía de seguros o de un banco, que se remueve el amparo de cumplimiento de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales después de declararse el siniestro de incumplimiento parcial, con fundamento en el numeral 19 del artículo 25 del Estatuto General de Contratación?"

d. De conformidad con el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993, la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado, por lo que el pago de uno o varios siniestros hasta la suma asegurada no conlleva la terminación de la misma. Es deber de la aseguradora, restablecer las condiciones del contrato de seguro con su cliente, el contratista del Estado.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

05 Abril de 2006 Autorizada la publicación con oficio No. 15856 del 05/04/2006

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1Este artículo 7° se incluyó en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, artículo 203.

2Efrén Ossa G. en la primera edición del libro de Teoría General del Seguro de 1963, lo denomina "seguro de fianza"

3La indemnización surge de la ilicitud de la revocatoria, pues en general no hay responsabilidad sin culpa.

4Numeral 7° artículo 32 Ley 80 de 1993.

5Ver decreto reglamentario 679 de 1994, artículo 16 en su párrafo.

6Díaz-Granados, Juan Manuel. "los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa" Págs. 424-425. En: Comentario al nuevo régimen de Contratación Administrativa. Segunda Edición. Ed. Rosaristas. Bogotá, 1995.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:41:46