



AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN FORMATO DIGITAL A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

PARTE 1. Términos de la Autorización

Como AUTOR o AUTORES, efectúo entrega de un (1) ejemplar de la siguiente obra y me acojo a los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995y demás normas e internacionales sobre Derechos de Autor y Propiedad Intelectual, al igual que lo estipulado en el Título X Propiedad Intelectual, del ACUERDO No. 06 (Octubre 25 de 2006) Por el cual se aprueba el Reglamento de Investigación de la Universidad Libre:

Título de la obra	LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS LICITATORIOS COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.
Director del Trabajo	Dr. DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA
Facultad	DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
Programa	ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
Título Obtenido	ESPECIALISTA EN CONTRATACIÓN ESTATAL
Ciudad - Año	SAN JOSE DE CÚCUTA, 2019.

PARTE 2. Autorización

Autorizo (s) a la Universidad Libre para que disponga de los derechos de comunicación pública, divulgación, préstamo y consulta que me corresponden como autor (es) del presente trabajo de grado, tesis, monografía, artículo científico, trabajo de investigación y otros, en formato virtual, electrónico, digital, en red, Internet, intranet y en general por cualquier formato conocido o por conocer:

Si autorizo No autorizo

PARÁGRAFO: Certifico que la obra objeto de esta autorización, es de exclusiva autoría y no vulnera derechos de terceros, por lo tanto en caso de presentarse alguna acción o reclamación sobre derechos de autor, asumiré toda la responsabilidad, y saldré en defensa de los derechos aquí autorizados; para todos los efectos la Universidad Libre actúa como un tercero de buena fe.

Respaldo con mi firma la autorización descrita:

Autores:

Apellidos y Nombres:	SHIRLEY TATIANA BARBOSA ORTEGA
Correo Electrónico:	shirleytariana16@hotmail.com
Apellidos y Nombres:	
Correo Electrónico:	
Apellidos y Nombres:	
Correo Electrónico:	
Apellidos y Nombres:	
Correo Electrónico:	
Apellidos y Nombres:	
Correo Electrónico:	

Firma:	
C.C.	1.094.266.653
Firma:	
C.C.	
Firma:	
C.C.	
Firma:	
C.C.	
Firma:	
C.C.	

* Este documento debe incluir las firmas de todos los autores para su recepción.

Fecha: _____

ESPACIO EXCLUSIVO PARA BIBLIOTECA				
RADICACIÓN				
No Rad.	Fecha			Recepcionado por:
	DD	MM	AA	Nombre Completo y firma



**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
SECCIONAL CÚCUTA
BIBLIOTECA “MANUEL JOSÉ VARGAS DURÁN”**

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTOR(ES) NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS

SHIRLEY TATIANA BARBOSA ORTEGA

FACULTAD

DERECHO

DIRECTOR

Dr. DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

TÍTULO

LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS LICITATORIOS
COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.

RESUMEN

En el análisis de la garantía de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios como requisito insubsanable en Colombia, se determinaron las razones por las que la falta de presentación de esta póliza no es subsanable en dichos procesos, en ese sentido, a través de este trabajo se examinó lo establecido en la normativa colombiana en relación a la presentación de dicha garantía, así como la identificación de los riesgos que cubre la mencionada póliza, que hacen que esta sea uno de los requisitos necesarios en los procesos licitatorios; y finalmente, se revisó la evolución de la posición que tuvo el Consejo de Estado frente a la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios de requisito subsanable a insubsanable, y como este fue tomado en cuenta por el órgano legislativo e incluido en la Ley 1882 de 2018.

CARACTERÍSTICAS:

PÁGINAS: 29 PLANOS: ____ ILUSTRACIONES: ____ CD-ROM: 1 ANEXOS: ____

**LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS
LICITATORIOS COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.**



Presentado por:

SHIRLEY TATIANA BARBOSA ORTEGA

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA**

2019

**LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS
LICITATORIOS COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.**

Presentado por:

SHIRLEY TATIANA BARBOSA ORTEGA

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Contratación Estatal.

Asesor disciplinar

Dr. DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Asesor metodológico

Dr. DARWIN CLAVIJO CÁCERES

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA**

2019

LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS LICITATORIOS COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.

.

Shirley Tatiana Barbosa Ortega¹

Resumen

En el análisis de la garantía de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios como requisito insubsanable en Colombia, se determinaron las razones por las que la falta de presentación de esta póliza no es subsanable en dichos procesos, en ese sentido, a través de este trabajo se examinó lo establecido en la normativa colombiana en relación a la presentación de dicha garantía, así como la identificación de los riesgos que cubre la mencionada póliza, que hacen que esta sea uno de los requisitos necesarios en los procesos licitatorios; y finalmente, se revisó la evolución de la posición que tuvo el Consejo de Estado frente a la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios de requisito subsanable a insubsanable, y como este fue tomado en cuenta por el órgano legislativo e incluido en la Ley 1882 de 2018.

Palabras claves:

Garantía, Póliza, Oferta, Licitación pública, Subsancibilidad e Insubsancibilidad.

¹ *Abogada. Cursando actualmente la Especialización en Contratación Estatal – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2018-2019.*

THE WARRANTY OF SERIOUSNESS OF THE OFFER IN THE BIDDING PROCESSES AS AN INSUBSANABLE REQUIREMENT IN COLOMBIA.

Abstract

In the analysis of the guarantee of the seriousness of the offer in the bidding processes as an insubstantial requirement in Colombia, the reasons why the lack of presentation of this policy is not remedied in said processes were determined, in this sense, through this In this work, the provisions of the Colombian regulations regarding the presentation of said guarantee were examined, as well as the identification of the risks covered by the aforementioned policy, which make this one of the necessary requirements in the bidding processes; and finally, the evolution of the position of the Council of State in the face of the lack of presentation of the policy of seriousness of the offer in the bidding processes of a recidable requirement to insubsanable, and how this was taken into account by the body, was reviewed. legislative and included in Law 1882 of 2018.

Keywords:

Guarantee, Policy, Offer, Public Tender, Subsability and Insustainability.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública y en especial los procesos de contratación bajo la modalidad licitación pública, resultan ser bastante complejos debido a los requisitos y procedimientos que deben contener los mismos, y que deben seguirse de acuerdo a lo establecido en la Ley. Uno de los temas más controvertidos desde el año 1993, está relacionado con la presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios, de requisito subsanable a insubsanable, lo cual inicialmente fue abordado en varias oportunidades el Consejo de Estado quien se pronunció durante años sobre la subsanabilidad de la presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios, cambiando su posición al declarar que este es insubsanable, y conllevando a que se legislará en ese sentido (Ley 1882 de 2018, artículo 5).

El estudio para determinar las razones por las que la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta es un requisito insubsanable en los procesos licitatorios en Colombia, consta de tres acápites, así: 1. La normativa colombiana en relación con la presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios; 2. Riesgos que cubre la garantía o póliza de seriedad de oferta, que hacen que esta sea uno de los requisitos necesarios en los procesos licitatorios; y, 3. Evolución de la posición que tuvo el Consejo de Estado frente a la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios de requisito subsanable a insubsanable, y como este fue tomado en cuenta por el órgano legislativo e incluido en la Ley 1882 de 2018.

La investigación es de naturaleza jurídica, y se aplicó el enfoque cualitativo. El análisis de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, y Decretos 734 de 2012, 1510 de 2013, y 1082 de 2015, así como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se utilizó la hermenéutica jurídica, como método de análisis.

LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EN LOS PROCESOS LICITATORIOS COMO REQUISITO INSUBSANABLE EN COLOMBIA.

La normatividad vigente aplicable al tema de contratación en donde interviene el Estado se encuentra regulada en la Constitución Nacional, en el régimen de contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018) en sus decretos reglamentarios como el 734 de 2012 y el 1082 de 2015, en el Código Civil y en el Código de Comercio Colombianos.

De acuerdo a lo establecido en el “artículo 24, numeral 7 de la Ley 80 de 1993, las dos etapas más importantes del contrato estatal, son la precontractual y la contractual” (Santos Ibarra, 2013, p. 135). Por su parte, en el artículo 2º de la ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 94 de la ley 1474 de 2011, se establecen las modalidades de selección de los contratistas aplicables en las entidades estatales como son: 1. Licitación Pública, 2. Selección Abreviada, 3. Concurso de Méritos, y, 4. Contratación Directa; las cuales deberán desarrollarse bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, con el objeto de cumplir los fines propios de la Contratación Estatal.

Haciendo referencia a la licitación pública, Meléndez (2004), ha expresado que:

Este es un procedimiento de naturaleza administrativa, de carácter público que contiene una serie de actos previos o preparatorios tendientes a la formación del contrato estatal, que parte de unos estudios y requisitos previos para luego hacer la convocatoria pública para escoger entre las distintas propuestas la más ventajosa a la entidad contratante.

Además, la licitación pública debe aplicarse cuando no exista una causal expresamente señalada en la ley que permita el uso de las modalidades de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El procedimiento de licitación pública es originado de manera especial por la presentación de ofertas de personas interesadas en celebrar contratos de

concesión para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública; son consideradas como ofertas de iniciativa privada. (Parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Aunado a lo anterior, Pastrana (2014) define licitación pública como:

...el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione proceso estipulado en el que participa una administración y que además es sujeto a controles fiscales por la Contraloría general de la nación. (P.15)

En los procesos de licitación pública “la garantía de seriedad de la oferta debe ser presentada al momento de presentar la oferta, tiene carácter sancionatorio, y el valor asegurado de esta garantía debe ser de por lo menos del diez por ciento (10%) del valor de la oferta” (Aguilar, 2017), de acuerdo a las reglas establecidas al respecto en el Decreto 1082 de 2015.

En torno a la garantía de seriedad de la oferta, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2006) señaló que:

Esta solo se puede hacer efectiva por parte del Estado cuando el adjudicatario no celebra el contrato porque (i) la seriedad de una oferta radica en su irrevocabilidad y (ii) no existe norma expresa que permita al Estado obtener esa suma de dinero por otros motivos distintos al mencionado, esto es, de los demás licitantes que no fueron escogidos.

Asimismo, el Consejo de Estado, fue quien definió por varios años el asunto relacionado con la subsanabilidad e insubsanabilidad de la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios, variando su postura a través de los años, pues inicialmente está era considerada subsanable, mientras que en sus últimos pronunciamientos la declaro insubsanable, lo que generó que el órgano legislativo a través

de la Ley 1882 de 2018, que modificó algunos aspectos de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en relación con la contratación estatal, incorporará “en su artículo 5, una nueva causal de rechazo de la oferta, según la cual no será subsanable que el proponente no entregue junto con su propuesta la garantía de seriedad de la oferta”. (Brigard Urrutia, s/a).

La normativa colombiana en relación con la presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios.

La licitación pública es el modelo de selección por excelencia que en razón a su ritualismo enaltece con mayor precisión los principios de la contratación del Estado. En consecuencia, la licitación pública exige el cumplimiento de requisitos y condiciones necesarias para participar y contratar por el Estado en vista a la especialidad que contiene su desarrollo conforme a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Precisamente, una de las condiciones que solicita la licitación pública es la presentación de la póliza de seriedad como elemento indispensable para presentar la oferta.

Ahora bien ¿qué es la garantía de seriedad de la oferta en los procesos de licitación pública? Es una garantía que favorece a la entidad pública, es decir, al contratante, de cualquier acción que genere riesgo para la institución, como sería no firmar el contrato por parte del oferente adjudicado. La póliza de seriedad de la oferta tiene como objeto sancionar al oferente que deserta de la adjudicación sin el sustento legal correspondiente, disminuyendo riesgos que puedan recaer en la entidad pública ante dichas conductas injustificadas.

Aunado a lo anterior, la póliza de seriedad protege a la entidad pública de los siguientes riesgos:

1. La no suscripción del contrato por parte del contratista sin justa causa cuando se adjudicó el mismo
2. El retiro de la oferta una vez se vence el plazo que se fija en los pliegos de condiciones para la presentación de la oferta

3. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato. (Decreto 1082, 2015).

Conforme a lo anterior, la garantía de seriedad de la oferta se debe acompañar con la oferta o propuesta presentada. Como se dijo, tiene una finalidad sancionatoria, pues, al configurarse una de las causales anteriores, la entidad contratante tiene derecho a recibir la totalidad del valor asegurado. En razón a lo anterior, la garantía de la seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento.

El fundamento normativo para la existencia de esta garantía precontractual dentro de los procesos de licitación pública surge del Decreto 1510 de 2013, que de manera absoluta, impone a las entidades los posibles riesgos que contrae el proceso licitatorio: “La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente” (Decreto 1510, 2013).

Por tanto, las garantías en el proceso contractual público tienden a evitar lesiones a la actividad administrativa ante riesgos comunes. Precisamente, los cuatro eventos que señala el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.2.3.1.6. son riesgos comunes que la entidad debe de proteger ante la póliza de seriedad de la oferta, de lo contrario se puede generar cierto detrimento a la administración en el adelanto de su proceso contractual.

Es importante tener en cuenta que la póliza o garantía de seriedad de la oferta es obligatoria en la modalidad de selección de licitación pública, por ende, la entidad administrativa en estos casos no debe entrar a evaluar su procedencia, ya que, es un deber y no una discrecionalidad.

Respecto a la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.9., de manera clara señala:

La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta. (Decreto 1082, 2015).

Ahora bien, la suficiencia de la garantía de la seriedad de la oferta dependerá del proceso de selección escogido, es pertinente resaltar que en modalidades como la “...contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías” (Colombia Compra Eficiente, 2014). En consecuencia, no será exigible en estos casos, sin embargo, si la entidad lo exige deberá razonar de manera suficiente esta petición precontractual.

Volviendo a la suficiencia de la garantía de la seriedad de la oferta conforme al proceso de selección es coherente tener en cuenta lo dictado por el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015. La primera regla destinada por el ejecutivo establece que en las ofertas presentada en los procesos de subasta inversa y concurso de méritos la garantía equivale al 10% del presupuesto oficial del proceso de contratación.

En los contratos de un acuerdo marco de precio la suficiencia de la garantía de la seriedad de la oferta debe ser de 1000 SMMLV. Cuando el valor de la oferta o del presupuesto supere 1.000.000 SMMLV se atenderán las siguientes estipulaciones:

VALOR DE LA OFERTA	SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA
1.000.000-5.000.000 SMMLV	2,5% valor de la oferta
5.000.000-10.000.000 SMMLV	1% valor de la oferta
Superior a 10.000.000 SMMLV	0,5% del valor oferta

Fuente: Colombia Compra Eficiente, 2017

De acuerdo a lo anterior, la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta dependerá de dos elementos, la modalidad de selección escogida por la entidad pública o por el valor de la oferta o el presupuesto. Conforme a lo anterior, se observa que la proyección de la garantía de la seriedad de la oferta está reglamentada de manera detallada, lo que hace inviable la apreciación de la discrecionalidad administrativa, así está se haya escogida de manera voluntaria, se deberá someter a los topes destinados para su suficiencia.

El Decreto 1082 de 2015 a través de los artículos 2.2.1.2.3.1.6. y 2.2.1.2.3.1.9. es la norma que regula la garantía de seriedad de la oferta en Colombia, hasta el momento, no existen otras normas que determinen su proyección dentro del proceso de licitación pública. No obstante, existen otras normas que complementa de manera oportuna la garantía de la seriedad de la oferta, como lo es el Decreto 1510 del 2013, que en el artículo 128 dice lo siguiente:

La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510, 2013).

En vista a lo anterior, también se reglamenta como la entidad pública hace efectiva la garantía de seriedad de oferta, la cual, conforme al artículo 128 deberá determinarse mediante acto administrativo. En consecuencia, para materializar la responsabilidad del oferente, la

entidad pública está en la obligación de expedir acto administrativo que justifique su decisión, como lo determinó el ejecutivo.

En conclusión, la garantía de seriedad de la oferta es una póliza que se regula a través de decretos reglamentarios. Estas precisiones normativas disminuyen la discrecionalidad administrativa, y asegura que ciertos riesgos precontractuales no afecten a las entidades públicas que decidan instituir esta póliza.

Riesgos que cubre la garantía o póliza de seriedad de oferta, que hacen que esta sea uno de los requisitos necesarios en los procesos licitatorios.

La persona natural o jurídica que desee participar en un proceso de licitación pública debe cumplir con los requerimientos del pliego de condiciones; además tiene la necesidad jurídica de presentar la póliza de seriedad de la oferta, sin este requisito la oferta no será evaluada por la entidad contratante. A modo de aclarar el propósito de la póliza de seriedad de la oferta, es preciso establecer que tiene un carácter sancionatorio.

El carácter sancionatorio de la póliza de seriedad de la oferta tiene como objetivo indemnizar a la autoridad administrativa contratante recibiendo la totalidad asegurada sin la obligación de demostrar los perjuicios ocasionados. En consecuencia, la póliza de seriedad de la oferta evita riesgos precontractuales que pueden generar afectaciones administrativas y presupuestales a las entidades públicas contratantes.

Para sintetizar lo anterior, Aguilar (2017) dice sobre la seriedad de la oferta lo siguiente:

La garantía de seriedad de oferta debe ser presentada por los oferentes al momento de presentar la oferta. La garantía de seriedad de oferta tiene carácter sancionatorio. Lo anterior significa que al hacerse exigible la entidad contratante debe recibir la totalidad

del valor asegurado sin necesidad de demostrar los perjuicios causados por las conductas objeto de la cobertura (excepción al principio indemnizatorio del seguro).

En los siguientes párrafos se analiza los riesgos que cubre la póliza de seriedad de la oferta en la contratación pública en Colombia. Para ello se toma como principal fuente el Decreto 1082 de 2015.

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

La suscripción del contrato es una circunstancia recurrente dentro de la contratación pública. Ahora bien, la justa causa es un componente que define la procedencia de la póliza de seriedad. En ese sentido, una entidad pública no puede decretar el incumplimiento al contratista cuando no suscribe el contrato por justa causa, es decir, que cuando obra la justa causa la póliza de seriedad de la oferta no opera. Por el contrario, si el contratista no suscribe el contrato sin justa causa la entidad pública sí puede decretar el incumplimiento del contrato, y garantizar la efectividad de la póliza de seriedad de la oferta.

Desde esa perspectiva, la justa causa será fundamental para determinar si es procedente la póliza de seriedad de la oferta. Es importante aclarar que, si bien la póliza de seriedad de la oferta opera de pleno sin necesidad de demostrar los perjuicios causados por la no suscripción del contrato, la entidad pública que pretenda hacer efectiva la garantía deberá demostrar que el contratista no suscribió el contrato sin justa causa. Con base en lo anterior, los perjuicios no son demostrables, pero la justa causa sí.

La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario es una circunstancia de riesgo que se genera una vez se adjudica el contrato; por eso, es solo procedente cuando la entidad pública expida el acto administrativo que adjudica el contrato, antes de eso no es posible atribuir esta circunstancia.

Al respecto, el artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993 dice sobre esta circunstancia lo siguiente:

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. (Ley 80, 1993).

La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario conlleva la declaratoria de inhabilidad como lo declaró el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 3 de marzo de 1999, Rad. 1172, C.P. César Hoyos Salazar:

¿Quiénes están inhabilitados?	¿Cuál es la causa que genera la inhabilidad?	¿Qué les queda prohibido?	¿Por cuánto tiempo opera la inhabilidad?
Quienes se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.	Carecer de justa causa para haberse abstenido de celebrar el contrato estatal adjudicado.	Participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado.	Cinco (5) años contados a partir de la fecha de expiración del plazo para la firma del respectivo contrato.

Fuente: Consejo de Estado (1999)

Con base en lo anterior, se observa desde la esfera de la contratación pública aspectos esenciales del derecho disciplinario, como lo constata Meléndez (2004): "... El derecho disciplinario por una parte es derecho público por procurar el correcto funcionamiento de la gestión pública...". (p .153).

En ese orden de ideas, la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario implica inhabilidad por cinco años del contratista para participar en procesos de contratación pública. Es importante recordar que la no presentación de la póliza de seriedad de la oferta es una causal de rechazo, como lo sostiene Brigard Urrutia (s/a): “una nueva causal de rechazo de la oferta, según la cual no será subsanable que el proponente no entregue junto con su propuesta la garantía de seriedad de la oferta. En este caso, la propuesta deberá ser rechazada”.

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

El riesgo en mención ocurre cuando el oferente retira la oferta una vez se vence el plazo administrativo para presentar las ofertas. A diferencia del anterior riesgo, esta circunstancia ocurre antes de adjudicar el contrato. De acuerdo a el riesgo bajo estudio, las ofertas que presenten los particulares tienen carácter irrevocable.

El régimen público de contratación, además de regirse por normas especiales, de manera complementaria se regula por el Código Civil y el Código de Comercio; desde esa perspectiva, el artículo 846 del Código de Comercio sobre la oferta del proponente dice que es de índole irrevocable:

La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria, aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria. (Decreto 410, 1971).

En consecuencia, una vez presentada la propuesta por parte del oferente, y vencido el tiempo para presentar la propuesta, el oferente no la puede retirar; de lo contrario, deberá

indemnizar los perjuicios ocasionados por esta conducta a través de la póliza de seriedad de la oferta. El Consejo de Estado sobre lo explicado dice:

El derecho constitucional de la igualdad de los administrados en sus actuaciones ante la administración (Art. 13 C.P.), el principio de la buena fe que debe acompañar a los participantes en el proceso de licitación pública (Arts. 83 C.P.) así como el también principio de concurrencia que tiene por finalidad garantizar al Estado la escogencia de la oferta más favorable en términos técnicos y económico - financieros, hacen que quienes respondan con su propuesta a la invitación pública de contratación formulada por las entidades públicas, quedan obligatoriamente vinculadas a dicho procedimiento desde el momento de su presentación. (Consejo de Estado, Rad. 1732, 2006).

Ahora bien, el riesgo del retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas, aunque es un peligro que garantiza la póliza de seriedad de la oferta; lo cierto es que en la realidad no es posible que esta circunstancia se presente porque el criterio jurisprudencia gira entorno a que las entidades públicas deberán evaluar la propuesta del oferente a pesar de que haya solicitado el retiro de la misma. Por consiguiente, el retiro de la oferta no genera un efecto jurídico alguno, por lo que es necesario que se evalúe la propuesta y si esta es elegida, se deberá adjudicar el contrato; en caso de que el adjudicatario no suscriba el contrato, la entidad en ese momento podrá hacer valer la póliza de seriedad de la oferta.

Conforme a lo anterior, el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas no es una razón para hacer efectiva la póliza de la seriedad de la oferta sino la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

- c) La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses.**

Dentro del proceso contractual varias son las garantías que se hacen exigibles en diferentes etapas contractuales, en efecto, la etapa precontractual, contractual y poscontractual tienen diferentes garantías que aseguran riesgos específicos que solo se dan dentro de ciertas etapas procesales. En ese sentido, cuando la etapa precontractual se alarga es necesario mantener la vigencia de la póliza de seriedad de la oferta a fin de preservar los intereses de la entidad pública.

Ahora bien, la ampliación de la póliza de seriedad de la oferta solo sucederá si la etapa contractual no se prorroga por un término superior a tres meses. Finalmente, el propósito de ampliar la póliza de seriedad de la oferta es garantizar a la entidad pública de los perjuicios que se pueden originar en la etapa precontractual. No ampliar la póliza ante la prórroga de la etapa contractual significa un riesgo para la entidad pública lo que conlleva sancionar al oferente y rechazar la propuesta.

Lo que es pertinente preguntar es determinar que sucede cuando la etapa precontractual se prorroga por un término mayor de tres meses, pues, la jurisprudencia y la norma no deja en claro este aspecto.

- d) La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.**

Una vez culmina la etapa precontractual el oferente ganador deberá suscribir la garantía del cumplimiento del contrato para poder firmar el respectivo convenio con la entidad pública. En caso del que el contratista no contrate la póliza de cumplimiento del contrato, la entidad estatal podrá hacer efectiva la garantía de la seriedad de la oferta a fin de indemnizar los perjuicios ocasionados por la no consagración de la póliza de cumplimiento del contrato.

Este riesgo es subsanable por parte del contratista, que como lo señala Sierra (2017) son corregibles en ciertos estadios:

En todo caso mantuvo la posibilidad de subsanar errores en la garantía de seriedad de la oferta siempre que se hubiere expedido y presentado antes de la fecha de cierre del proceso de selección, pues la ausencia de la misma se cataloga como un requisito insubsanable, que genera el rechazo de la propuesta, ya que se considera un requisito esencial de la oferta presentada, al tratarse de un contrato de seguros que debe suscribir el oferente, como lo establecía el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008. Nótese como tres (3) decretos mantuvieron la disyuntiva frente al parágrafo 1° del artículo 5 de Ley 1150 de 2007. (p. 40).

Evolución de la posición que tuvo el Consejo de Estado frente a la falta de presentación de la póliza de seriedad de la oferta en los procesos licitatorios de requisito subsanable a insubsanable, y como este fue tomado en cuenta por el órgano legislativo e incluido en la Ley 1882 de 2018.

El Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, ha desarrollado desde su jurisprudencia un concepto jurídico sobre la póliza de seriedad de la oferta en el régimen de contratación pública. A continuación, se analiza la evolución que ha tenido la póliza de seriedad en los fallos emitidos por el órgano judicial en mención.

a) Posición jurisprudencial inicial

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el año 2006 se pronunció sobre la póliza en la contratación estatal. Adujo sobre la póliza de seriedad de la oferta una breve acepción y propósito:

la norma menciona que el oferente debe constituir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor está

señalada en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos. La norma ordena que el valor de esta garantía quede en favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, 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. (Consejo de Estado, No 1723, 2006).

De acuerdo a lo anterior, el primer pronunciamiento del Consejo de Estado se caracteriza por definir la función de la póliza de seriedad de la oferta dentro de la contratación pública, la cual es de carácter meramente sancionatoria. Posteriormente, en el año 2008, la Sala de Consulta y Servicio Civil fue contundente en declarar que la póliza de seriedad de la oferta es una garantía necesaria para participar en los procesos de contratación pública:

... para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza sólo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y éste no cumpla.

(...)

La ley no permite la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues es clara la decisión del legislador de que la misma constituya un requisito indispensable y no puramente formal ni voluntario, habida cuenta de los costos en tiempo y en recursos para la Administración. (Consejo de Estado, Rad. No 1927, 2008).

Conforme a lo dicho, la póliza de seriedad de la oferta constituye una parte sustancial de la contratación pública, sin la cual no es posible participar en la contratación pública, por ende, procede el rechazo de pleno de la oferta. Desde esa perspectiva, la posición inicial del

Consejo de Estado frente a la póliza de seriedad de la oferta es que la misma es un criterio sustancial sin el cual no se podrá participar en la contratación pública, estableciendo de esa manera, que es un requisito insubsanable.

b) Posición intermedia

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en el año 2011 ratificó el carácter sancionatorio de la póliza de seriedad de la oferta, reafirmando su efectividad cuando se cause perjuicios a la entidad contratante:

Salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, 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, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. (Consejo de Estado, Rad. No 20400, 2011).

En relación con lo anterior, la póliza de seriedad de la oferta se deberá ajustar a los pliegos de condiciones para garantizar el monto solicitado por la entidad pública. En ese sentido, la posición del Consejo de Estado frente a la póliza de seriedad de la oferta es congruente en atender que la misma es requisito de procedibilidad para evaluar la propuesta. En efecto:

Es menester de la Subsección, señalar que la póliza de garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto que se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma, por ende, para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza solo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y éste no cumpla. (...) Se itera, que la

mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza de que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio propenderá y garantizará el cabal desarrollo del objeto del negocio jurídico, por tal motivo, se trata de un aspecto esencial y no meramente formal dentro del trámite de la licitación. (Consejo de Estado, Rad. No 39023, 2016).

Así las cosas, la póliza de seriedad de la oferta es un aspecto sustancial del proceso de contratación pública, no siendo un requisito formal, por lo cual para el Consejo de Estado es un aspecto insubsanable. En vista a lo anterior, es necesario y fundamental para participar en la contratación pública la presentación de la póliza de seriedad de la oferta.

c) Última posición del Consejo de Estado

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, el requisito de presentación de la oferta es un aspecto ineluctable dentro de la etapa precontractual pública. Sin embargo, cuando la póliza de la seriedad de la oferta es menor que la establecida por la entidad contratante la misma sí es subsanable:

En el caso concreto se estudiará el requisito de la póliza de seriedad de la oferta otorgada por un valor menor del requerido en el pliego de condiciones, punto en el cual se concluirá que no afectaba la comparación de propuestas y que era improcedente su rechazo de acuerdo con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En el mismo punto se detallará el contenido del pliego de condiciones y se reiterará la jurisprudencia acerca del principio del fondo sobre la forma, en la interpretación de los requisitos del pliego de condiciones. (Consejo de Estado, Rad. No. 50911, 2017).

En consecuencia, la póliza de seriedad de la oferta no posee un puntaje asignado a su valor. Desde esa perspectiva, el defecto en el valor de la póliza no es causal para inhabilitar la propuesta o excluirla para efectos del cálculo de precio medio, en relación con el cual se determinaban las propuestas habilitadas.

En ese orden de ideas, la póliza de seriedad de la oferta es un requisito que se debe presentar en la etapa contractual para ser evaluada la propuesta. El oferente tiene como termino máximo para presentar la póliza de seriedad de la oferta hasta que se termine el plazo para presentar ofertas. Después de ello será insubsanable dicho requisito. Ahora bien, es valida la póliza de seriedad de la oferta que se presenta aun no se relaciones con los requerimientos de los pliegos de condiciones. Lo que se observa como una excepción a la sustancialidad de este requisito precontractual.

CONCLUSIONES

La póliza de la seriedad de la oferta es una garantía a favor de la entidad pública que debe suscribir toda persona natural o jurídica que desee participar en los procesos de selección que se adelantan bajo el régimen de contratación pública. La póliza de seriedad de la oferta tiene como propósito otorgar seguridad y certeza en la etapa precontractual a la entidad pública, previniendo de manera económica cualquier riesgo que se puede ocasionar ante la falta de seriedad de la propuesta. Su naturaleza es legal, pero, su desarrollo es absolutamente reglamentario.

La póliza de la seriedad de la oferta cubre varios eventos, a saber: a) La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato; b) La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses; c) La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario; d) El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas. Sin embargo, este último riesgo no es susceptible en la etapa precontractual porque así se retire la oferta la entidad la deberá evaluar, y si se adjudica el contrato, lo que se podría presentar es el riesgo del literal c).

Finalmente, la póliza de seriedad de la oferta es un requisito sustancial para participar en los procesos de contratación pública, sin el cual no es posible ofertar. Sin embargo, posee sus excepciones, de acuerdo a ello, la póliza de seriedad de la oferta será subsanable antes de que se venza el tiempo para presenta propuesta. Además, la no cuantificación correcta de la póliza de seriedad de la oferta no excluye a la persona de la participación y adjudicación del contrato público.

En consecuencia, la póliza de seriedad de la oferta no posee un puntaje asignado a su valor. Desde esa perspectiva, el defecto en el valor de la póliza no es causal para inhabilitar la propuesta o excluirla para efectos del cálculo de precio medio, en relación con el cual se determinaban las propuestas habilitadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, N. (2017). ¿Qué es la garantía de seriedad de la oferta? Colombia Compra Eficiente. Obtenido de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-la-garantia-de-seriedad-de-la-oferta>
- Brigard Urrutia (s/a). Cambios en los procesos de contratación pública en Colombia. Obtenido de: <https://bu.com.co/es/noticias/cambios-en-los-procesos-de-contratacion-publica-en-colombia>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 410 de 1971 (marzo 27). Por el cual se expide el Código de Comercio.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1150 de 2007 (julio 16). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1474 de 2011 (julio 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.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1882 de 2018 (enero 15). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 80 de 1993 (octubre 28). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Colombia. Presidencia de la República – Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 de 2015 (mayo 26). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 734 de 2012 (abril 13). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Presidencia de la República. Ley 57 de 1888 (mayo 26). Por el cual se expide el Código Civil.

Consulta No 1172. (3 de marzo de 199). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. *C.P. César Hoyos Salazar*. Bogotá, D.C.: Colombia.

Consulta No 1732. (20 de abril de 2006). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. *C.P. Luis Fernando Álvarez*. Bogotá, D.C.: Colombia.

Consulta No 1723. (30 de abril de 2006). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. *C.P. Enrique José Arboleda Perdomo*. Bogotá, D.C., Colombia: Radicación número: 218979- 11001-03-06-000-2006-00022-00-1723

Consulta No. 1927. (6 de diciembre de 2018). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. *C.P William Zambrano Cetina*. Bogotá, D.C., Colombia: Radicación número: 228122-11001-03-06-000-2008-00079-00-1927.

Daza Sierra, N. E. (2017). La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública y su impacto frente a los principios de la contratación estatal en Colombia. Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, D.C.

- Gómez Gutiérrez, D. A. (2012). Criterios de selección de contratistas en licitaciones públicas y/o privadas para proyectos de construcción civil. Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga.
- Meléndez Julio, I. (2004). Aplicación de la teoría analítica del derecho en el estudio de la falta disciplinaria gravísima. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C.
- Narváez Bonnet, J. E. (2014). Régimen vigente de la garantía única en la contratación estatal en Colombia. *RIS, Bogotá (Colombia)*, 40(23): 79-130, enero-junio de 2014.
- Pastrana Loaiza, L. A. (2014). Guía básica de Licitación Pública. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D.C. Disponible en <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13883/2/TRABAJO%20DE%20GRADO%20-%20GUIA%20BASICA%20DE%20LICITACION%20PUBLICA.pdf>
- Peñaranda, L. R. & Gualdrón, J. A. (2009). Análisis de las modificaciones de la Ley 80 en la contratación estatal. Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga.
- Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho* 4 (7) (133-144) Julio – Diciembre de 2013. Universidad Libre.
- Sentencia de acción de controversias contractuales No. 20400. (19 de octubre de 2011). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. *C.P. Olga Melida Valle de la Hoz*. Bogotá, D.C., Colombia: Radicación número: 2089024-25000-23-26-000-1997-04169-01-20400.
- Sentencia de acción de controversias contractuales No. 39023. (25 de febrero de 2016). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. *C.P. Olga Melida Valle de la Hoz*. Bogotá, D.C., Colombia: Radicación número: 2095631-25000-23-26-000-2001-00483-01-39023

Sentencia de acción de controversias contractuales No. 50911. (28 de septiembre de 2017).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. *C.P. Marta Nubia Velásquez Rico*.

Bogotá, D.C., Colombia: Radicación número: 2104797-05001-23-31-000-2000-00440-01-50911