

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

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

GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad

La garantía en la etapa precontractual implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones. En cambio, las garantías en la etapa contractual o postcontractual son mecanismos de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato o de otros eventos estipulados en el negocio jurídico, como por ejemplo la responsabilidad civil extracontractual.

A partir de esta conceptualización, se destaca que la *garantía de seriedad de la oferta* está regulada en el inciso primero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, que dispone: “Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos”. Esta garantía es una condición que debe exigirse, en principio, en los procesos de selección plurales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –según lo dispone el primer inciso del artículo mencionado, salvo algunas excepciones–, con la cual se busca asegurar la vinculación de los proponentes a los ofrecimientos hechos, de manera que estos no puedan arrepentirse de la propuesta efectuada, *so pena* de que se haga efectiva dicha garantía y, por tanto, quedes obligados a celebrar el contrato. De acuerdo, con esta idea, Roberto Dromi expresa: “Las *garantías provisionales* avalan la oferta del contratista y constituyen una caución *precontractual* destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento [...]”.

Esta garantía respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del procedimiento de selección. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, puesto que pondría en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad

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

Finalizando con el análisis general del régimen de garantías en el Decreto 1082 de 2015, los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. De otro lado, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados.

GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Suficiencia – Decreto 1082 de 2015

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

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

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



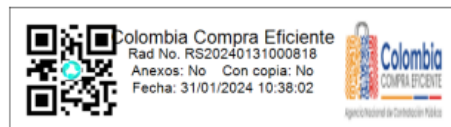
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual

[...]estableció que del análisis de esta norma se concluye que: “si la participación estatal en una sociedad de economía mixta es superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital, ya no le aplica el derecho privado, como es la regla general, sino el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Es claro, entonces, que las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al cincuenta por ciento (50%) se rigen en materia contractual por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la libertad de configuración del legislador en la materia.

Sin embargo, actualmente el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 previó que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales que cuenten con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación la Administración Pública, en adelante EGCAP, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. En otras palabras, el legislador estableció que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), cuando se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o desarrollan su actividad en mercados regulados estarán sometidos al derecho privado.



Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]



Señor

Santiago Castaño Salas

Gerente comercial de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S

cargomez@saesas.gov.co

Ciudad

Concepto C-386 de 2023

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / TIPOS DE GARANTÍAS/ GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad/ GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Finalidad / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual

Radicación: Respuesta a consulta P20231222017877

Estimado señor Castaño Salas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 22 de diciembre de 2023.

1. Problema planteado

Se procede a hacer la siguiente consulta: “¿Qué se entiende por garantía? ¿Cuáles son los tipos de garantías? ¿Cuáles son las normas que regulan las garantías de los contratos celebrados por una entidad pública, particularmente una sociedad de economía mixta? ¿Qué es lo mínimo que debe cubrir una garantía? ¿Un pagaré en blanco constituye una garantía?” (SIC)



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i)

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



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Garantías en la contratación estatal, y ii) Régimen contractual de las Sociedades de Economía Mixta.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C- 567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-583 del 19 de octubre de 2022, C-584 del 26 de septiembre de 2022, C-712 del 13 de octubre de 2022 y C-845 del 7 de diciembre de 2022, C-036 del 31 de marzo de 2023 se pronunció en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal. Así mismo, se pronunció sobre el régimen de las sociedades de economía mixta en los conceptos C- 762 del 6 de enero de 2020, C-089 del 22 de marzo de 2022, C-458 del 17 de julio de 2022, C-147 de 27 de julio de 2023 y C-296 del 17 de agosto de 2023². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

2.1. Garantías en la contratación estatal. Reiteración de línea.

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

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del

² Los conceptos expedidos por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública pueden ser consultados en plataforma de relatoría a la cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Las condiciones para el cumplimiento de estas obligaciones fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual prescribe en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. a 2.2.1.2.3.1.19 las clases de garantías permitidas; la indivisibilidad, por regla general, de las mismas; los riesgos objeto de cobertura; la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que deben cumplir las garantías constituidas, ya sea mediante pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos. Este último tipo de garantía fue establecida por el reglamento, previa autorización del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) fiducia mercantil de garantía, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la entidad estatal beneficiaria³; iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero⁴. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, las garantías cubren ciertos riesgos identificados por las entidades estatales. Por ejemplo, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal debe justificar la necesidad de exigir la constitución de garantías. Con respecto a las demás modalidades de selección, en principio, son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento, y la garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la entidad estatal lo considere necesario.

Teniendo en cuenta este panorama general, se precisa que un tipo de mecanismo de cobertura del riesgo como la garantía bancaria solo puede emplearse para amparar la seriedad de la oferta y el cumplimiento, pues la cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual solamente puede ser amparada con un contrato de seguro, según el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015. Por su parte, las pólizas de seguro pueden constituirse como garantías únicas de cumplimiento, garantías de seriedad de la oferta y garantías de responsabilidad civil extracontractual.

A partir de las fases del Proceso de Contratación, la Guía de Garantía expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expone los riesgos que deben cubrirse mediante las garantías:

i) *Selección o etapa previa*: el proponente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos: la no ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses;

³ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>.

⁴ Ibidem., p. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, que "El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista".

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - ColombiaWWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación; la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario; la no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

ii) Contratación y ejecución: en esta fase la garantía debe cubrir los riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos, de acuerdo con las condiciones del contrato: buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. En adición a la garantía de cumplimiento, la Entidad Estatal puede solicitar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para aquellos contratos en los que el desarrollo del objeto implica un riesgo de daños a terceros. En cuanto al amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar las obligaciones laborales y salariales que puedan presentarse por el incumplimiento del deber del pago por parte del contratista.

iii) Garantías posteriores a la ejecución: cubren los riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos pueden ser: estabilidad y calidad de la obra; calidad del servicio; y calidad y correcto funcionamiento de los bienes⁵.

En cada caso, la obligatoriedad de exigir garantías depende de los tipos contractuales y de las modalidades de selección que deban aplicarse, de acuerdo con el objeto contenido en los procesos de contratación. Asimismo, los amparos que estarán inmersos en cada garantía dependerán de los riesgos que son propios de cada tipo contractual.

2.2. Garantía de seriedad de la oferta: noción y obligatoriedad

La “Guía de Garantías en Procesos de Contratación” señala que “Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación”. Específicamente, la *garantía de seriedad* implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del futuro acuerdo, entre otras obligaciones. Desde esta perspectiva, la garantía de seriedad de la oferta constituye una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés

⁵ Ibid., pp. 5-6.



del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Sobre la garantía de seriedad se destaca que respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del Proceso de Contratación. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración y, en caso de resultar elegida, obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, pues esto pondría en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe.

El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que “La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”. Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción”.

Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual, sin perjuicio de que la garantía sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales⁶.

El artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que “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”. Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón (1'000.000) de SMLMV.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre “la fecha de presentación de la propuesta” y hasta “la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento”. Allí se indica la fecha de inicio *–dies a quo–*, pero la fecha final *–dies ad quem–* se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución⁷.

Determinar el *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. El *valor* corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando –en los términos del artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015– la obligación pecuniaria de la aseguradora. Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que, el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. El *plazo de cobertura* delimita directamente el período de vigencia de la oferta.

Además, es importante definir los casos en los que la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad. Conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos:

- “1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

⁷ Al respecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

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

4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato".

Las causales 1, 3 y 4 se configuran a través de omisiones –no ampliar, no suscribir y no otorgar–, mientras que la causal 2 se configura a través de una acción –retirar la oferta–. Además, guardan relación con diferentes etapas del procedimiento: mientras las causales 1, 2 y 3 están ubicadas en la etapa precontractual, la causal 4 lo está en la contractual. Finalmente, mientras las causales 2, 3 y 4 dependen de la conducta pura y simple del proponente, la causal 1 depende de una exigencia previa de la entidad contratante en la que, posteriormente, el oferente incumple el deber de mantener la vigencia de la garantía del ofrecimiento.

Frente a la obligación de las Entidades Estatales de exigir la garantía de seriedad de la oferta en contratos de obra, es pertinente indicar que la "Guía de Garantías en los Procesos de Contratación", al analizar si todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía señala que en las modalidades de selección de 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. En relación con las demás modalidades la guía dispone que son obligatorias la *garantía de seriedad* de la oferta y la garantía de cumplimiento. Tratándose de la garantía de responsabilidad civil extracontractual será obligatoria su constitución en los contratos de obra y en aquellos en los cuales la Entidad Estatal lo considere necesario debido a su objeto o naturaleza.

2.3 Garantía de cumplimiento: noción y vigencia

La Guía de garantías en Procesos de Contratación emitida por esta Agencia, señala que *"Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación"*⁸. En relación con la garantía de

⁸ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de Garantías en Proceso de Contratación. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

cumplimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido lo siguiente:

“Tiene carácter indemnizatorio dado que su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

Tiene por finalidad asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista. Esta cláusula es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración “9.

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

En efecto, según el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015¹⁰, la garantía única de cumplimiento cuenta con varios amparos, que incluyen el de

⁹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal.

¹⁰ La norma citada dispone: “Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

buen manejo y correcta inversión del anticipo; la devolución del pago anticipado; el amparo de cumplimiento del contrato; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, entre otros.

Por tanto, el amparo de cumplimiento es uno de los múltiples amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. *ibídem* la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

De otra parte, en relación con la vigencia de las garantías, el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del citado Decreto señala expresamente que “[l]a garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato”.

Lo primero que debe ponerse de presente es que esta disposición no se refiere a la garantía única de cumplimiento en su totalidad, sino exclusivamente al amparo de cumplimiento, al que se viene haciendo referencia, lo cual explica que los artículos anteriores y subsiguientes establezcan términos diferentes para los demás amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Así, por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13 *ibídem* prescribe que la garantía de pago de salarios y prestaciones sociales debe estar vigente por el plazo del contrato y 3 años adicionales y, a su vez, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 establece un término no inferior a 5 años para la garantía de estabilidad de la obra.

Al respecto, en Concepto C-479 de 2021 de esta Agencia, se precisó que hay dos conceptos jurídicos relevantes para comprender el alcance del artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015., esto es, de un lado, la vigencia de la garantía y, de otro, el plazo para su reclamación. Esta distinción es importante, pues para hacer una reclamación válida al garante no es indispensable que la garantía se encuentre vigente, sino que lo haya estado en el momento de la concreción de riesgo, como se pasa a explicar.

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



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

En relación con este aspecto, el artículo 1047 del Código de Comercio establece que la póliza debe expresar, entre otros, *“ii) la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras”*. El Consejo de Estado se pronunció sobre esta disposición en los siguientes términos:

“Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales¹¹.”

Resulta claro que el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia de la garantía, es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias. Sin embargo, ello no puede confundirse con el término para hacer la reclamación de un riesgo ocurrido durante el término de vigencia de la garantía, pues para ello resulta necesario recurrir a las normas sobre prescripción de las acciones.

De otro lado, puede afirmarse que, en términos ideales, una vez culmina el plazo de ejecución, deja de existir también, en gran medida, el riesgo de incumplimiento por parte del contratista, pues los incumplimientos del contrato suelen ocurrir durante la etapa de cumplimiento, o ejecución de las obligaciones. Lo anterior no pretende desconocer que para ciertos contratos algunas obligaciones y su exigibilidad subsisten más allá del plazo acordado para la ejecución del objeto principal, tal puede ser el caso de los aportes a la seguridad social de los trabajadores vinculados a la ejecución del objeto del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, el vencimiento del plazo de ejecución del contrato, cuando es suspensivo, sin que el contratista haya ejecutado sus obligaciones, también es determinante para constatar el incumplimiento del contratista. La apreciación general anterior, según lo explicado, indica que muchos de los incumplimientos pueden darse durante la ejecución del contrato, pero es posible que este también ocurra una vez vencido el plazo de ejecución.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 19 de junio de 2013. Exp. 25472.



Ahora bien, volviendo sobre la vigencia de la garantía de cumplimiento, en cuanto al amparo de cumplimiento del contrato, la norma reglamentaria citada con anterioridad es clara y exige que la garantía permanezca vigente hasta la liquidación del contrato, esto es, más allá del plazo de ejecución y de vigencia del contrato estatal. Por tanto, en virtud de dicha disposición, el contratista debe cumplir con la obligación consistente en mantener la vigencia mínima del amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato.

Bajo estas consideraciones, existe la obligación por parte del contratista de mantener la vigencia de la garantía de cumplimiento, en cuanto al amparo de cumplimiento del contrato, hasta la liquidación del contrato, para lo cual se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según el cual la liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes o dentro del que acuerden las partes para el efecto o en su ausencia, el término supletivo establecido para la liquidación bilateral de 4 meses a partir de la terminación del contrato, o los 2 meses siguientes para realizar la liquidación de forma unilateral. En este sentido, ante la falta de liquidación bilateral o unilateral del contrato en dichos plazos, el contratista debe cumplir con la previsión normativa referida, en el sentido de mantener la vigencia de la garantía de cumplimiento hasta la liquidación efectiva del contrato, sin perjuicio de interponer la demanda con la pretensión de liquidarlo judicialmente.

De esta manera, si el contrato establece un plazo de liquidación de mutuo acuerdo de conformidad con lo señalado por el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del Decreto 1082 de 2015, la entidad deberá verificar que la garantía se encuentre vigente, por lo menos, hasta dicho plazo. Si no se pacta un plazo de liquidación, se deberá tener en cuenta los términos supletivos de la liquidación bilateral y unilateral del artículo 11 de la ley 1150 de 2007. En todo caso, si por alguna razón no se logra liquidar el contrato dentro de dicho plazo, el contratista tiene el deber de mantener vigente la garantía hasta la liquidación efectiva del contrato, pues el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015 lo dispone expresamente.

2.4. Garantía de estabilidad y calidad de la obra



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

El amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060.3 del Código Civil¹², el numeral 5 del artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “[...] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 prescribe que “Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato”, agregando que “La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato”.

De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. De esta manera, el siniestro de esta garantía no concurre con la imposición de multas, y en todo caso, no necesariamente concurre con la declaratoria de incumplimiento e imposición de clausula penal.

2.5 Régimen contractual de las Sociedades de Economía Mixta. Reiteración de línea

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 define a las sociedades de economía mixta como organismos autorizados por la ley, constituidos como sociedades comerciales, con aportes de capital público y privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

En este sentido, la misma Ley, en los artículos 38 y 68, clasifica a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios,

¹² Esta norma dispone que “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[...]”

“3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041,2057 inciso final [...]”.

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - ColombiaWWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio¹³, que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación¹⁴. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencias C-736 del 19 de septiembre de 2007, C-118 del 14 de noviembre de 2018 y C-306 del 10 de julio de 2019, ha considerado que las sociedades estudiadas, desde una perspectiva constitucional, se caracterizan por los siguientes rasgos: i) pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, como manifestación de la descentralización por servicios. Así mismo, ii) están sujetas al control fiscal, financiero, de gestión y de resultados en cabeza de la Contraloría General de la República. Por otra parte, iii) se someten al control político, que ejerce directamente el Congreso de la República. Además, iv) en el caso de las sociedades de economía mixta del orden nacional, le corresponde al Congreso de la República su creación o autorización mediante ley. En cambio, v) en el caso de los órdenes departamental y municipal, esta misma facultad se les reconoce a las asambleas y concejos. Adicionalmente, vi) a todas las sociedades de economía mixta les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180- 3, 292 y 323 de la Constitución Política. A lo anterior debe agregarse que, vii) en materia presupuestal, las sociedades de economía mixta quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto. De otro lado, viii) en materia contable, quedan vinculadas a las reglas de contabilidad oficial. Además, ix) se rigen por el derecho privado, en virtud de la naturaleza de las actividades que desarrollan.

Sin embargo, esta Corporación, en sentencia C-529 del 12 de julio de 2006, hizo énfasis en que, a pesar del sometimiento al régimen jurídico de derecho privado para el desarrollo de sus actividades, las sociedades de economía mixta no pierden su carácter de expresión organizacional de la actividad estatal¹⁵, más precisamente de la función administrativa¹⁶, en virtud del aporte público en la

¹³ Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral 2, literal f, y artículo 68, numeral 2: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas».

¹⁴ Así lo establece la Constitución Política, en el artículo 150, numeral 7, así como en el artículo 300, numeral 7 y en el artículo 313, numeral 6.

¹⁵ Las sociedades de economía mixta son una clara manifestación organizacional de la función administrativa. Al respecto, la doctrina colombiana ha considerado que "la organización debe ocupar un lugar central en el estudio del derecho administrativo, sobre todo si se tiene en cuenta que lo estructural es consustancial a la actividad administrativa. De hecho, podemos afirmar que se trata de una verdadera dialéctica en la que se presenta una relación de medio a fin, ya que su objeto es precisamente el diseño y puesta en funcionamiento de las maneras o formas de gestión de potestades, atribuciones y competencias administrativas" (RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Teoría de la organización administrativa en Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 31-32).

¹⁶ "Una función administrativa entendida entonces, como un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior" (MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 124).

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - ColombiaWWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas.

En este orden de ideas, resulta importante resaltar que, en nuestro ordenamiento jurídico, las sociedades de economía mixta están sometidas a un régimen jurídico compuesto por un conjunto normativo de derecho público y de derecho privado; el primero, derivado directamente de la Constitución Política y referido a aspectos como su creación, autorización, organización y funcionamiento internos. Y el segundo destinado a regir el desarrollo de la actividad económica de cada sociedad.

Ahora bien, conviene analizar el régimen aplicable para los actos y contratos que celebran estas entidades. Al respecto, el literal a), del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señala que son entidades estatales las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)¹⁷. Esto significa que el legislador, en el año 1993, estableció que las sociedades de economía mixta donde el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Frente al particular, el Consejo de Estado, en el concepto 1127 del 10 de diciembre de 2004, estableció que del análisis de esta norma se concluye que: "si la participación estatal en una sociedad de economía mixta es superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital, ya no le aplica el derecho privado, como es la regla general, sino el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"¹⁸. Es claro, entonces, que las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al cincuenta por ciento (50%) se rigen en materia contractual por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la libertad de configuración del legislador en la materia.

Sin embargo, actualmente el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 previó que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales que cuenten con participación

¹⁷ Ley 80 de 1993, artículo 2, literal a): "Artículo 2o. de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...]"

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1127 del 10 de diciembre de 2004. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo



mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación la Administración Pública, en adelante EGCAP, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales¹⁹. En otras palabras, el legislador estableció que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), cuando se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o desarrollan su actividad en mercados regulados estarán sometidos al derecho privado.

Así las cosas, las sociedades de economía mixta sometidas al EGCAP son aquellas en las que el aporte del Estado es superior al cincuenta por ciento (50%) y además las actuaciones que adelantan no se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados. Por el contrario, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación menor al cincuenta por ciento (50%) o en los casos que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, lo que implica acudir usualmente al derecho privado.

3. Respuestas

“¿Qué se entiende por garantía? ¿Cuáles son los tipos de garantías?
¿Qué es lo mínimo que debe cubrir una garantía? ¿Un pagaré en blanco
constituye una garantía?”

Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos riesgos comunes en Procesos de Contratación. Es así como los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas

¹⁹ Ley 1150 de 2007, artículo 14: “Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.



por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

Es así como se establecen: *la garantía de seriedad de la oferta* la cual respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del Proceso de Contratación. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración y, en caso de resultar elegida, obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, pues esto pondría en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe.

Esta garantía cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos: i) la no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses; ii) el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas; iii) la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario y iv) la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

La garantía de cumplimiento tiene el deber de proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

Y la garantía de calidad cubre la ocurrencia de vicios, la mala calidad, los defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. De esta manera, el siniestro de esta garantía no concurre con la imposición de multas, y en todo caso, no necesariamente concurre con la declaratoria de incumplimiento e imposición de clausula penal.

Dicho esto, aterrizando en su pregunta particular sobre si un pagaré constituye una garantía, es importante resaltar que *el pagaré* corresponde a la



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

promesa de pagar una determina suma de dinero, sin embargo, en los procesos de contratación pública un pagaré en blanco no constituye una garantía, debido que este no garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato ni la posibilidad de evitar o mitigar posibles riesgos, toda vez que no se estipula en el los amparos, la vigencia, sumas aseguradas ni valor de la prima.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) fiducia mercantil de garantía, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la entidad estatal beneficiaria²⁰; iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero²¹. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

¿Cuáles son las normas que regulan las garantías de los contratos celebrados por una entidad pública, particularmente una sociedad de economía mixta?

Las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales que cuenten con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación la Administración Pública, en adelante EGCAP, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. En otras palabras, el legislador estableció que, por regla general, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga

²⁰ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias>.

²¹ *Ibidem.*, p. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, que "El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista".

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia**WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO**

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

participación superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al EGCAP, es decir que las garantías serán reguladas principalmente por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, salvo cuando se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o desarrollan su actividad en mercados regulados, o la participación del Estado es inferior al cincuenta por ciento (50%), caso en el cual estarán sometidas al derecho privado, y las garantías también se sujetarán a este.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Olga Isabel Pertuz De la Hoz
Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO