CCE-DES-FM-17

**DOCUMENTOS TIPO – Licitación Pública – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Factores de calidad – Resolución 116 de 2020 – Derogatoria**

La última versión de los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte adoptada mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020, consagra factores de calidad para la evaluación de las propuestas. Al igual que en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 1798 del 1º de abril de 2019 y 045 del 14 de febrero de 2020, conserva la implementación del programa de gerencia de proyectos, la disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra y la presentación de un plan de calidad.

No obstante, la segunda versión incluía la presentación de una garantía adicional o suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional, los cuales fueron modificados por la Resolución 116 del 21 de julio de 2020. Actualmente, los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte solo reproducen lo relacionado con la garantía adicional o complementaria, el cual se suma a los tres (3) factores de calidad mencionados en el párrafo precedente. Por tanto, en la medida que el artículo 6 de la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 dispone que esta «[…] deroga la Resolución 045 de 2020 y sus modificaciones posteriores […]», se entiende que la Resolución 116 del 21 de julio de 2020 ha dejado de producir efectos.

**FACTORES DE CALIDAD –** **Garantía suplementaria o adicional – Póliza de seguro – Garantía comercial**

El numeral 4.2.4 del documento base define el «Factor de Calidad – Garantía Suplementaria o Adicional», como aquella otorgada por el contratista, distinta a la legal, cuando amplíe o mejore gratuitamente la cobertura de esta, asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente concederá la garantía adicional mediante una aseguradora, o puede hacerlo directamente como ocurre con la garantía comercial que se otorga sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo, sin necesidad de acudir a una aseguradora.

**GARANTÍA SUPLEMENTARIA O ADICIONAL – Acreditación – Documento idóneo**

[…] respecto a la forma como se acredita el cumplimiento, el numeral 4.2.4 en el literal VIII) dispone que «La verificación de este ofrecimiento se hará por parte de la interventoría en la ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, el adjudicatario del proceso de contratación deberá acreditar que ha otorgado la garantía en las condiciones aquí descritas, para lo cual, allegará el documento idóneo». De este modo, el interventor, durante la ejecución del contrato, verifica que el contratista aporte el documento que acredite el cumplimiento de otorgar la garantía suplementaria, cumpliendo el compromiso realizado por el proponente en el «Formato 7D – Garantía Suplementaria o Adicional».

En todo caso, ¿cuál es el documento idóneo que se entrega al interventor para acreditar las condiciones de la garantía? El documento que se entrega varía si la garantía se otorga por medio de una póliza expedida por una aseguradora o directamente como una garantía comercial. En el primer supuesto, el documento que se presenta es la póliza. En el segundo, es decir, cuando se trata de una garantía comercial, el contratista entrega al interventor un documento que cumpla las condiciones mínimas previstas en el artículo 14 de la Ley 1480 de 2011, esto es: i) debe constar por escrito, ii) de fácil comprensión y iii) con caracteres legibles a simple vista, donde se acredite el compromiso y la obligación que asume el contratista frente a la entidad respecto a la garantía adicional en relación con la estabilidad y calidad de la obra. En este último caso, dado que el interesado otorga directamente la garantía, ni la ley ni el pliego de condiciones exigen respaldo financiero, jurídico o técnico adicional, diferentes o superiores a los requisitos habilitantes exigidos en el procedimiento de selección, relacionados, entre otros, con la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y organizacional del proponente.

**GARANTÍA COMERCIAL – Proceso de reorganización empresarial – Efectos**

[…] si durante la vigencia de la garantía suplementaria el contratista entra en un proceso de reorganización empresarial, el hecho de que el factor de calidad se cumpla con una garantía comercial no elimina la efectividad del ofrecimiento. En efecto, a diferencia del proceso de liquidación obligatoria, el proceso de reorganización no busca repartir el patrimonio del deudor frente a los acreedores, sino la continuidad de la empresa como unidad de explotación económica. Por ello, el artículo 1, inciso segundo, de la Ley 1116 de 2006 dispone que «El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos».

[…]

De esta manera, la efectividad de la garantía comercial está sujeta a las normas sobre la administración de los negocios de la persona en proceso de reorganización. Por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, la entidad contratante debe disponer las medidas necesarias para asegurar la efectividad del factor de calidad directamente ofrecido por el contratista dentro del «acuerdo de reorganización».

Bogotá D.C., **10/02/2021**



Señora

**Carolina Vega Sierra**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 001 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Licitación Pública – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Factores de calidad – Resolución 116 de 2020 – Derogatoria / FACTORES DE CALIDAD – Garantía suplementaria o adicional – Póliza de seguro – Garantía comercial / GARANTÍA SUPLEMENTARIA O ADICIONAL – Acreditación – Documento idóneo / GARANTÍA COMERCIAL – Proceso de reorganización empresarial – Efectos |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20201231000937 |

Estimada señora Vega Sierra:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 31 de diciembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

En relación con los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, especialmente, sobre la garantía suplementaria o adicional prevista en el numeral 4.2.4 del pliego, usted realiza las siguientes preguntas: i) «Si la Entidad realiza los estudios técnicos que soportan unos tiempos de vigencia y durabilidad de las obras en condiciones normales de uso, ¿no se convertiría en una práctica inapropiada pedir y ofrecer más tiempo de respaldo?», ii) «¿Es obligatorio para las aseguradoras brindar cobertura para la garantía suplementaria o adicional otorgada directamente por el Proponente?», iii) «Si este ofrecimiento adicional es respaldado por una aseguradora. ¿En qué momento se entregaría la respectiva póliza?», iv) «¿En el evento en que la Aseguradora no otorgue cobertura a garantía suplementaria o adicional, le aplicaría la regla de responsabilidad solidaria?», v) «¿Qué ha previsto la Agencia para los eventos en que el proponente que otorga una garantía comercial para respaldar la garantía suplementaria o adicional entra en reorganización y se enfrenta ante la imposibilidad de cumplir con la misma?», vi) «¿cuál es la limitación de responsabilidad de cara a las aseguradoras y como estas Compañías pueden tener la certeza que no van a ser requeridos si el cliente no cumple con lo ofrecido en la garantía comercial, independientemente de la razón que lo lleve al incumplimiento?», vii) «Para que la garantía suplementaria o adicional pueda ser ofrecida por el proponente a través de una garantía comercial, ¿este debe demostrar algún tipo de respaldo financiero, jurídico o técnico adicional?».

 Finalmente, en relación con la derogatoria de los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, pregunta «El artículo 6 de la Resolución No. 240 de 2020 reza: “La presente resolución rige a partir de su publicación, deroga la Resolución 045 de 2020 y sus modificaciones posteriores”, de acuerdo con lo anterior ¿ha de entenderse que deroga todas las disposiciones posteriores que se han emitido con el fin de reglamentar los pliegos tipo incluida la resolución No. 116 de 2020, como modificatoria de la resolución 045 de 2020?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre los factores de calidad en los documentos tipo, entre otros, en los Conceptos C-019 del 14 de enero de 2020, C-030 del 28 de enero de 2020, C-026 del 11 de febrero de 2020, C-063 del 24 de febrero de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020, C-294 del 18 de mayo de 2020, C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020; C-404 del 12 de junio de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020 y C-478 del 30 de julio de 2020, C-540 del 19 de agosto de 2020, C-536 del 24 de agosto de 2020, C-520 del 25 de agosto de 2020, C-539 del 29 de agosto de 2020, C-631 del 2 de octubre de 2020 y C-682 del 25 de noviembre de 2020. Las tesis desarrolladas en dichos conceptos se reiteran y amplían en lo pertinente:

La última versión de los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte adoptada mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020, consagra factores de calidad para la evaluación de las propuestas. Al igual que en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 1798 del 1º de abril de 2019 y 045 del 14 de febrero de 2020, conserva la implementación del programa de gerencia de proyectos, la disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra y la presentación de un plan de calidad.

No obstante, la segunda versión incluía la presentación de una garantía adicional o suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional, los cuales fueron modificados por la Resolución 116 del 21 de julio de 2020. Actualmente, los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte solo reproducen lo relacionado con la garantía adicional o complementaria, el cual se suma a los tres (3) factores de calidad mencionados en el párrafo precedente. Por tanto, en la medida que el artículo 6 de la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 dispone que esta «[…] deroga la Resolución 045 de 2020 y sus modificaciones posteriores […]», se entiende que la Resolución 116 del 21 de julio de 2020 ha dejado de producir efectos.

Respecto a los factores de calidad en la versión actualizada de los documentos tipo, el numeral 4.2 del documento base dispone que «De acuerdo con las características del objeto a contratar y con el principio de proporcionalidad y razonabilidad la Entidad debe elegir una o varias de las opciones previstas para otorgar el puntaje del factor de calidad […]». En este sentido, la entidad debe valorar, frente a su necesidad y a los principios mencionados, qué factores son pertinentes para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada y, en todo caso, únicamente podrá exigir la acreditación de máximo tres de ellos, lo cual conserva el límite establecido en la primera y segunda versión de los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte.

Adicionalmente, esta versión de los documentos tipo conserva el puntaje de las versiones anteriores, de modo que no se alteró el total de los diecinueve (19) puntos que puede otorgar la entidad por este criterio de evaluación. Estos diecinueve (19) puntos corresponderán al total de los que podrán asignarse como puntaje al rubro de factor de calidad. En caso de que la entidad opte por varios factores de calidad estos puntos deben repartirse entre ellos, de tal manera que la sumatoria de los factores escogidos por la entidad no sobrepase los diecinueve (19) puntos.

 El numeral 4.2.4 del documento base define el «Factor de Calidad – Garantía Suplementaria o Adicional», como aquella otorgada por el contratista, distinta a la legal, cuando amplíe o mejore gratuitamente la cobertura de esta, asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente concederá la garantía adicional mediante una aseguradora, o puede hacerlo directamente como ocurre con la garantía comercial que se otorga sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo, sin necesidad de acudir a una aseguradora.

El artículo 13 de la Ley 1480 de 2011 dispone que los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. Asimismo, señala que también podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía[[1]](#footnote-1). De este modo, esta normativa también define las garantías suplementarias como aquellas que ofrecen los productores o proveedores de un bien o servicio, por el término adicional al previsto en la garantía legal.

De esta manera, para obtener el puntaje por concepto de la «Garantía Suplementaria o Adicional» no es necesario que esta sea respaldada necesariamente por una aseguradora, sino que bastará la garantía comercial que ofrezca el propio contratista. Lo anterior significa que el ofrecimiento del factor de calidad no obliga a la expedición de la póliza respectiva para acreditar la cobertura, toda vez que el proponente puede suscribir la garantía adicional por sí mismo, sin la cobertura de un tercero. Por ello, las aseguradoras no están obligadas a brindar cobertura para la garantía suplementaria o adicional otorgada directamente por el proponente.

Aunque el numeral 4.2.4 del documento base –en concordancia con el artículo 13, parágrafo 1, de la Ley 1480 de 2011– dispone que «[…] es aplicable la regla de responsabilidad solidaria, respecto de quienes hayan participado en la cadena de distribución con posterioridad a quien emitió la garantía suplementaria», si no existe cobertura de la garantía adicional a través de la póliza, la aseguradora no está obligada a responder. Esto en la medida que si el factor de calidad fue ofrecido directamente por el proponente, es necesario aplicar el principio de relatividad, postulado según el cual el cumplimiento de las obligaciones corresponde al deudor sin afectar a terceros que no hayan prestado previamente su consentimiento[[2]](#footnote-2).

De otro lado, los documentos tipo establecen que la «Garantía Suplementaria o Adicional» está asociada a la estabilidad y calidad de la obra, y que el proponente ofertará la vigencia de la garantía adicional a partir del vencimiento del plazo del amparo de estabilidad y calidad de la obra. De conformidad con el Decreto 1082 de 2015 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[[3]](#footnote-3).

En este sentido, la «Garantía Suplementaria o Adicional», por ser un amparo asociado a la estabilidad y calidad de la obra, cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier daño o deterioro, imputables al contratista, sufridos por la obra entregada. Este amparo adicional empieza después del plazo previsto para la garantía de estabilidad y calidad de la obra, no pudiendo ser esta última, en principio, inferior a cinco (5) años, contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal recibe a satisfacción la obra[[4]](#footnote-4).

El numeral 4.2.4 del documento base dispone que «Las entidades incluirán obligatoriamente este factor de calidad en los procesos de contratación que correspondan a construcción, de conformidad con la noción establecida en el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013 y según la Matriz 1 de experiencia, por lo que solo aplicará cuando se trate de obras nuevas y se haya exigido el amparo de estabilidad y calidad de las obras […]». Asimismo, establece que la entidad otorgará el puntaje que determine para este factor de acuerdo con el número de meses que el proponente ofrezca como vigencia de la garantía adicional.

De esta manera, si bien la entidad estima la vigencia de la garantía de calidad y estabilidad conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015, es posible solicitar mayor tiempo de respaldo respecto a la durabilidad de las obras. Para estos efectos, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1480 de 2011, el numeral 4.2.4 del documento base regula el otorgamiento de garantías suplementarias a la legal, ampliando y mejorando la cobertura del amparo anteriormente mencionado. Este criterio de asignación de puntaje es apropiado, en la medida que mediante este las entidades estatales cuentan con una cobertura adicional a la prevista para la estabilidad y calidad de la obra, situación que incide en la idoneidad y mejora de las condiciones del objeto contractual.

 Ahora bien, respecto a la forma como se acredita el cumplimiento, el numeral 4.2.4 en el literal VIII) dispone que «La verificación de este ofrecimiento se hará por parte de la interventoría en la ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, el adjudicatario del proceso de contratación deberá acreditar que ha otorgado la garantía en las condiciones aquí descritas, para lo cual, allegará el documento idóneo». De este modo, el interventor, durante la ejecución del contrato, verifica que el contratista aporte el documento que acredite el cumplimiento de otorgar la garantía suplementaria, cumpliendo el compromiso realizado por el proponente en el «Formato 7D – Garantía Suplementaria o Adicional»[[5]](#footnote-5).

 En todo caso, ¿cuál es el documento idóneo que se entrega al interventor para acreditar las condiciones de la garantía? El documento que se entrega varía si la garantía se otorga por medio de una póliza expedida por una aseguradora o directamente como una garantía comercial. En el primer supuesto, el documento que se presenta es la póliza. En el segundo, es decir, cuando se trata de una garantía comercial, el contratista entrega al interventor un documento que cumpla las condiciones mínimas previstas en el artículo 14 de la Ley 1480 de 2011, esto es: i) debe constar por escrito, ii) de fácil comprensión y iii) con caracteres legibles a simple vista, donde se acredite el compromiso y la obligación que asume el contratista frente a la entidad respecto a la garantía adicional en relación con la estabilidad y calidad de la obra[[6]](#footnote-6). En este último caso, dado que el interesado otorga directamente la garantía, ni la ley ni el pliego de condiciones exigen respaldo financiero, jurídico o técnico adicional, diferentes o superiores a los requisitos habilitantes exigidos en el procedimiento de selección, relacionados, entre otros, con la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y organizacional del proponente.

 Conforme a lo anterior, la sola suscripción del «Formato 7D – Garantía Suplementaria o Adicional» compromete al contratista frente su cumplimiento. Por tanto, el interventor durante la ejecución del contrato debe solicitar el documento idóneo que cumpla las condiciones por las cuáles fue objeto de puntuación el proponente.

 Para efectos de la consulta, es necesario tener en cuenta que –según el numeral 4.2.4 del documento base– «[…] la Garantía Suplementaria o Adicional se entiende posterior a la establecida para el Proceso en el Capítulo VII GARANTÍAS, y su plazo se contará una vez haya terminado el mínimo requerido para el proceso de selección». Por ello, en caso de que el contratista cumpla con el factor de calidad suscribiendo la póliza, no existe inconveniente de que una misma compañía de seguros la expida con una vigencia equivalente a la suma total del término de la garantía de estabilidad y calidad de la obra, más el tiempo de la garantía suplementaria o adicional. Aunque nada obsta para que la garantía legal y la suplementaria se expidan por dos (2) aseguradoras diferentes, lo importante es que la configuración del siniestro en esta última permita acudir al garante de la obligación. En este evento, no existe limitación de la responsabilidad de cara a las aseguradoras, ya que accedieron previamente a la expedición de la póliza conforme al principio de autonomía de la voluntad, para lo cual es determinante el momento en que ocurre el siniestro.

 Por el contrario, cuando el contratista no acredita el cumplimiento del factor de calidad mediante la entrega de la garantía comercial, la entidad solo puede requerir eventualmente a la aseguradora en relación con el siniestro de la garantía única de cumplimiento, en cuanto al amparo de cumplimiento del contrato. Esto sucede, por ejemplo, cuando el contratista, a pesar de obtener el puntaje adicional a través de la suscripción del «Formato 7D», no entrega el documento idóneo al interventor en los términos acordados, de acuerdo con lo indicado con anterioridad. En efecto, en relación con este aspecto, la cláusula 15 del «Anexo 5 – Minuta del contrato» dispone como una de las causales de multa que las entidades pueden incluir en sus contratos: «Por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor calidad, al Contratista se le impondrá una multa equivalente al [0,5%] del valor del contrato, [por cada día calendario de atraso en el cumplimiento de dicha obligación]».

 Esta causal de multa también aplica frente a otros de los factores de calidad, por ejemplo, en relación con el incumplimiento en la implementación del programa de gerencia de proyectos, la disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra y la presentación del plan de calidad. Esto en la medida que la acreditación del factor de calidad y su puesta en marcha se realizan en la etapa de ejecución, al ser obligaciones contractuales, lo que –al igual que el supuesto planteado anteriormente– permite la efectividad del amparo de cumplimiento para el pago de las sanciones pecuniarias, conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.7, numeral 3.4, del Decreto 1082 de 2015.

 No obstante, si el contratista entrega oportunamente la garantía comercial, en la medida que «Toda obligación, sea cual sea, no vincula más que al acreedor y al deudor designados por el contrato o la ley; no alcanza a terceros»[[7]](#footnote-7), la entidad contratante solo puede reclamar la cobertura de la «Garantía Suplementaria o Adicional» a quien la ofreció directamente. Dado que carece de respaldo por parte de una póliza, no es posible obligar a las aseguradoras a que respondan por la misma, especialmente, cuando no han prestado consentimiento para esta finalidad: las convenciones hechas entre otros, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás. Incluso, a diferencia de las hipótesis de los dos (2) párrafos precedentes, tampoco es posible afectar el amparo de cumplimiento, ya que la vigencia de este factor de calidad es posterior al vencimiento del amparo de estabilidad de la obra.

 Finalmente, si durante la vigencia de la garantía suplementaria el contratista entra en un proceso de reorganización empresarial, el hecho de que el factor de calidad se cumpla con una garantía comercial no elimina la efectividad del ofrecimiento. En efecto, a diferencia del proceso de liquidación obligatoria, el proceso de reorganización no busca repartir el patrimonio del deudor frente a los acreedores, sino la continuidad de la empresa como unidad de explotación económica. Por ello, el artículo 1, inciso segundo, de la Ley 1116 de 2006 dispone que «El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos».

 Tratándose de la etapa de ejecución, el inicio del proceso de reorganización no implica *per se* un incumplimiento grave de las obligaciones que permita declarar la caducidad, pues esta situación no paraliza el desarrollo del objeto social del contratista. De hecho, es posible que las ejecute oportunamente pese al trámite, razón por la que tampoco hay lugar a la terminación unilateral[[8]](#footnote-8). De ahí que la doctrina considere que «[…] el concordato [también conocido como «acuerdo de recuperación de los negocios del deudor»], antes que una medida de sanción, es un premio al comerciante cumplido que cesa o teme cesar en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles y donde el concordato se hace para prevenir la quiebra, pero la empresa continúa en pleno funcionamiento, y dispuesta a cumplir con sus obligaciones y a cancelar sus deudas […]»[[9]](#footnote-9).

 De esta manera, la efectividad de la garantía comercial está sujeta a las normas sobre la administración de los negocios de la persona en proceso de reorganización. Por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, la entidad contratante debe disponer las medidas necesarias para asegurar la efectividad del factor de calidad directamente ofrecido por el contratista dentro del «acuerdo de reorganización».

1. **Respuesta**

i) En relación a los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, especialmente, sobre la garantía suplementaria o adicional prevista en el numeral 4.2.4 del pliego, «Si la Entidad realiza los estudios técnicos que soportan unos tiempos de vigencia y durabilidad de las obras en condiciones normales de uso, ¿no se convertiría en una práctica inapropiada pedir y ofrecer más tiempo de respaldo?».

De acuerdo con lo explicado en el presente concepto, si bien la entidad estima la vigencia de la garantía de calidad y estabilidad conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015, es posible solicitar mayor tiempo de respaldo respecto a la durabilidad de las obras. Para estos efectos, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1480 de 2011, el numeral 4.2.4 del documento base regula el otorgamiento de garantías suplementarias a la exigida legalmente, ampliando y mejorando la cobertura del amparo anteriormente mencionado. Este criterio de asignación de puntaje es apropiado, en la medida que mediante este las entidades estatales cuentan con una cobertura adicional a la prevista para la estabilidad y calidad de la obra, situación que incide en la idoneidad y mejora de las condiciones del objeto contractual.

ii) «¿Es obligatorio para las aseguradoras brindar cobertura para la garantía suplementaria o adicional otorgada directamente por el Proponente?».

iv) «¿En el evento en que la Aseguradora no otorgue cobertura a garantía suplementaria o adicional, le aplicaría la regla de responsabilidad solidaria?».

Conforme al numeral 4.2.4 del documento base, para obtener el puntaje por concepto de la «Garantía Suplementaria o Adicional» no es necesario que esta sea respaldada necesariamente por una aseguradora, sino que bastará la garantía comercial que ofrezca el propio contratista. Lo anterior significa que el ofrecimiento del factor de calidad no obliga a la expedición de la póliza respectiva, toda vez que el proponente puede suscribir la garantía adicional por sí mismo, sin la cobertura de un tercero. Es decir, las aseguradoras no están obligadas a brindar cobertura para la garantía suplementaria o adicional otorgada directamente por el proponente.

Aunque el numeral 4.2.4 del documento base –en concordancia con el artículo 13, parágrafo 1, de la Ley 1480 de 2011– dispone que «[…] es aplicable la regla de responsabilidad solidaria, respecto de quienes hayan participado en la cadena de distribución con posterioridad a quien emitió la garantía suplementaria», si no existe cobertura de la garantía adicional a través de la póliza, la aseguradora no está obligada a responder. Esto en la medida que si el factor de calidad fue ofrecido directamente por el proponente, es necesario aplicar el principio de relatividad, postulado según el cual el cumplimiento de las obligaciones corresponde al deudor sin afectar a terceros que no hayan prestado previamente su consentimiento

iii) «Si este ofrecimiento adicional es respaldado por una aseguradora. ¿En qué momento se entregaría la respectiva póliza?».

Sea que la «Garantía Suplementaria o Adicional» se allegue a través de una póliza de seguros o que el proponente la suscriba directamente mediante una garantía comercial, el numeral 4.2.4 en el literal VIII) dispone que «La verificación de este ofrecimiento se hará por parte de la interventoría en la ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, el adjudicatario del proceso de contratación deberá acreditar que ha otorgado la garantía en las condiciones aquí descritas, para lo cual, allegará el documento idóneo». En armonía con lo anterior, la cláusula décima segunda obliga a la entidad contratante a «Fijar un cronograma con el Contratista para la ejecución del factor de calidad ofrecido en la etapa de selección que permita su implementación oportuna durante el desarrollo del contrato». De este modo, el interventor, durante la ejecución del contrato, verifica que el contratista aporte el documento que acredite el cumplimiento de otorgar la garantía suplementaria.

v) «¿Qué ha previsto la Agencia para los eventos en que el proponente que otorga una garantía comercial para respaldar la garantía suplementaria o adicional entra en reorganización y se enfrenta ante la imposibilidad de cumplir con la misma?».

Si durante la vigencia de la garantía suplementaria el contratista entra en un proceso de reorganización empresarial, el hecho de que el factor de calidad se cumpla con una garantía comercial no elimina la efectividad del ofrecimiento. Por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, la entidad contratante debe disponer las medidas necesarias para asegurar la efectividad del factor de calidad directamente ofrecido por el contratista dentro del «acuerdo de reorganización».

vi) «¿cuál es la limitación de responsabilidad de cara a las aseguradoras y como estas Compañías pueden tener la certeza que no van a ser requeridos si el cliente no cumple con lo ofrecido en la garantía comercial, independientemente de la razón que lo lleve al incumplimiento?».

Conforme a la explicación precedente, cuando el contratista acredita el cumplimiento del factor de calidad a través de la garantía comercial, la entidad solo puede requerir a la aseguradora por el siniestro de la garantía única de cumplimiento, pues corresponde a la garantía legal. En la medida que –conforme al principio de relatividad, explicado *ut supra*– las obligaciones incumben a los interesados, la entidad contratante solo puede reclamar la cobertura de la «Garantía Suplementaria o Adicional» al contratista que la ofreció directamente: dado que carece de respaldo por parte de un tercero, no es posible obligar a las aseguradoras a que respondan por dicha garantía, especialmente, cuando no han prestado consentimiento para esta finalidad.

vii) «Para que la garantía suplementaria o adicional pueda ser ofrecida por el proponente a través de una garantía comercial, ¿este debe demostrar algún tipo de respaldo financiero, jurídico o técnico adicional?».

Cuando se trate de una garantía comercial, el contratista debe entregar un documento que cumpla las condiciones mínimas previstas en el artículo 14 de la Ley 1480 de 2011, esto es: i) debe constar por escrito, ii) de fácil comprensión y iii) con caracteres legibles a simple vista, donde se acredite el compromiso y la obligación que asume el contratista frente a la entidad respecto a la garantía adicional en relación con la estabilidad y calidad de la obra. Dado que el interesado otorga directamente la garantía, ni la ley ni el pliego de condiciones exigen respaldo financiero, jurídico o técnico adicional, diferentes o superiores a los requisitos habilitantes exigidos en el procedimiento de selección, relacionados, entre otros, con la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y organizacional del proponente.

viii) «El artículo 6 de la Resolución No. 240 de 2020 reza: “La presente resolución rige a partir de su publicación, deroga la Resolución 045 de 2020 y sus modificaciones posteriores”, de acuerdo con lo anterior ¿ha de entenderse que deroga todas las disposiciones posteriores que se han emitido con el fin de reglamentar los pliegos tipo incluida la resolución No. 116 de 2020, como modificatoria de la resolución 045 de 2020?».

La última versión de los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de trasporte adoptada mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020, conserva la implementación del programa de gerencia de proyectos, la disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra y la presentación de un plan de calidad. No obstante, la segunda versión incluía la presentación de una garantía adicional o suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional, los cuales fueron modificados por la Resolución 116 del 21 de julio de 2020.

Actualmente, los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte solo reproducen lo relacionado con la garantía adicional o complementaria, el cual se suma a los tres (3) factores de calidad mencionados en el párrafo precedente. Por tanto, en la medida que el artículo 6 de la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 dispone que esta «[…] deroga la Resolución 045 de 2020 y sus modificaciones posteriores […]», se entiende que la Resolución 116 del 21 de julio de 2020 ha dejado de producir efectos.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 1480 de 2011: «Artículo 13. Garantías suplementarias. Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. En este último caso se deberá obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte. También podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía». [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, la doctrina considera que «[…] salvo excepciones legales, [los actos jurídicos] no producen derechos y obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración y que, además, no tienen vinculación alguna con las partes, o sea los terceros, en sentido estricto, *a penitus extranei*, lo cual se justifica, ya que la participación voluntaria o consentimiento es un requisito esencial para la radicación subjetiva de los mencionados efectos de los actos jurídicos» (Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Quinta edición. Bogotá: Temis, 1998. pp. 358-359. Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[…]

»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». [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.14. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra. 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

»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». [↑](#footnote-ref-4)
5. Conforme al «Anexo 5 – Minuta del Contrato», la cláusula novena obliga al contratista a «Acreditar el cumplimiento del factor de calidad ofrecido durante la fase de selección en los plazos acordados con la Entidad». Por su parte, la cláusula décimo segunda obliga a la entidad contratante a «Fijar un cronograma con el Contratista para la ejecución del factor de calidad ofrecido en la etapa de selección que permita su implementación oportuna durante el desarrollo del contrato».

 [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1480 de 2011. «Artículo 14. Requisitos de la Garantía Suplementaria. Las garantías suplementarias deberán constar por escrito, ser de fácil comprensión y con caracteres legibles a simple vista». [↑](#footnote-ref-6)
7. MAZEUD, Henry, MAZEUD, León y MAZEUD, Jean. Lecciones de derecho civil: cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones. Parte II. Volumen III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978. pp. 34-35. [↑](#footnote-ref-7)
8. El artículo 21, inciso primero, de la Ley 1116 de 2006 dispone lo siguiente: «Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha». [↑](#footnote-ref-8)
9. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Octava edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. SAS, 2020. pp.579-580. [↑](#footnote-ref-9)