**CCE-DES-FM-17**

**GARANTÍA SUPLEMENTARIA O ADICIONAL – Noción**

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 – Obtención del puntaje**

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.



**Bogotá D.C.**

Señor

**David Felipe Alonso Jiménez**

Bogotá D.C

 **Concepto C – 476 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | GARANTÍA SUPLEMENTARIA O ADICIONAL – Noción / GARANTÍA SUPLEMENTARIA O ADICIONAL – Obtención del puntaje |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210727006591 |

Estimado señor Alonso:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 27 de julio de 2021, 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.

**1. Problema planteado**

Usted formula la siguiente pregunta:

«¿Solicitamos atentamente aclarar si un oferente que pretende obtener los puntos por concepto de garantía suplementaria o adicional en un proceso de licitación publica para contratar obras de infraestructura de transporte, debe tener dentro de su objeto social la facultad de expedir directamente garantías comerciales, o la facultad de otorgar garantías adicionales o suplementarias para poder ser merecedor de este puntaje?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 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[[1]](#footnote-1). Esta 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 pública. Por ello, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal refiriéndose, particular, al tema de la garantía suplementaria o adicional en procesos adelantados con documentos tipo.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció, en términos generales, sobre la garantía suplementaria o adicional entre otros, en los conceptos expedidos en respuesta a las consultas con radicado Nº 4201912000007341 del 24 de octubre de 2019, 4202013000000922 del 7 de febrero de 2020, 4202012000001128 y 420201300000110, ambos del 17 de febrero de 2020, C-242 del 21 de abril de 2020, C−375 del 23 de mayo de 2020, C−276 del 26 de mayo de 2020, C−277 del 26 de mayo de 2020, C−278 del 26 de mayo de 2020, C−481 del 27 de julio de 2020, C−478 del 30 de julio de 2020, C-533 del 19 de agosto de 2020, C-540 del 19 de agosto de 2020, C-586 del 31 de agosto de 2020, C-627 del 16 de septiembre de 2020, C-617 del 17 de septiembre de 2020, C-631 del 2 de octubre de 2020, C-632 del 20 de octubre de 2020, C-623 del 21 de octubre de 2020, C-682 del 25 de noviembre de 2020. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Garantía suplementaria o adicional**

En los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– adoptados mediante la Resolución 240 de 2020, al igual que en anteriores documentos tipo se aplica el deber de selección objetiva en la evaluación de ofertas de conformidad con lo dispuesto en el literal del artículo 5-2 de la Ley 1150 de 2007, esto es, ponderando elementos de calidad y precio mediante puntajes. En cuanto a los factores de calidad, 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.

 Conforme indica numeral 4.2.4 del Documento Base, el «Factor de Calidad – Garantía Suplementaria o Adicional», como es definido 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». (Cursiva fuera del texto).

En efecto, según se desprende de este texto, y como manifiesta en la argumentación propuesta, esta garantía suplementaria no tiene como requisito la demostración de un contrato de seguro adicional que garantice el amparo ofrecido, sino que puede ser prestado directamente por el proponente como garantía comercial. En ese sentido, el adjudicatario, para cumplir compromiso adquirido con la presentación del Formato 7D, puede (i) presentar una póliza de seguro expedida por una entidad aseguradora debidamente autorizada por la ley para ejercer dicha actividad o (ii) presentar una garantía comercial suplementaria de conformidad con la habilitación del artículo 13 de la Ley 1480 de 2011.

Lo anterior permite ilustrar que, de presentarse una garantía mediante el primer mecanismo, es apenas natural que este solo sirva para cumplir el amparo adicional ofrecido, si, efectivamente, cumple con todos los requisitos y formalidades establecidos por la ley para el contrato de seguro (C de Comercio art. 1037 y s.s.), entre los que se exige que la aseguradora sea autorizada conforme a la ley para ejercer dicha actividad, para lo que debe tener incluida dentro de su objeto social la expedición de seguros.  Por el contrario, conforme al segundo mecanismo, permitido en virtud de los artículos 13 y 14 de la Ley 1480 de 2011, el adjudicatario como proveedor puede ofrecer directamente la garantía suplementaria, sin que la inclusión de la actividad de expedición de dicho tipo de garantías dentro del objeto social sea una condición para la validez de dicho amparo derivada de la ley o el pliego tipo, sin perjuicio de los requisitos de validez de cualquier acto jurídico, ni de las formalidades que deban cumplirse con ocasión de los reglamentos y normas internas de la sociedad.

Además, es importante resaltar que 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[[2]](#footnote-2). 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[[3]](#footnote-3).

**3. Respuesta**

«¿Solicitamos atentamente aclarar si un oferente que pretende obtener los puntos por concepto de garantía suplementaria o adicional en un proceso de licitación publica para contratar obras de infraestructura de transporte, debe tener dentro de su objeto social la facultad de expedir directamente garantías comerciales, o la facultad de otorgar garantías adicionales o suplementarias para poder ser merecedor de este puntaje?».

Conforme al numeral 4.2.4 del documento base de los pliegos tipo de infraestructura de infraestructura de transporte, para obtener el puntaje por concepto de la «Garantía Suplementaria o Adicional» no es necesario que esta sea respaldada 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. Así las cosas, resulta claro que la garantía suplementaria o adicional debe ser otorgada directamente por el proponente. Entonces, para el caso de la consulta efectuada, es necesario aclarar que la normativa vigente y aplicable no exige que el objeto social de la persona jurídica oferente prevea expresamente que puede otorgar garantías adicionales o suplementarias. En todo caso, para que sea válida y oponible, dicha actividad deberá realizarse de conformidad con las normas societarias respectivas, contando con las aprobaciones y/o vistos buenos de los órganos societarios.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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». [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)