**PROCESOS DE SELECCIÓN – Licitación pública – Regla general**

[…] el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la define la licitación como “[…] el procedimiento mediante el cual la entidad estatal *formula públicamente una convocatoria* para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable” (Énfasis fuera de texto). La convocatoria pública realizada a través de la licitación desarrolla al grado máximo los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que tratan los artículos 24, 25 y 26 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como los demás principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional.

Aunque el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 regula otros procedimientos con pluralidad de oferentes como el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía, es necesario tener en cuenta que la licitación constituye un procedimiento general mientras que lo demás tienen carácter especial. A ello se refiere numeral uno, inciso primero, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 cuando dispone que “La escogencia del contratista se efectuará por *regla general* a través de licitación pública, con las *excepciones* que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo” (Énfasis fuera de texto), norma que sustituye el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia. En este contexto, salvo norma especial que ordene la celebración del negocio jurídico por otra modalidad de selección, debe aplicarse la regla general de licitación pública.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Características – Causales – Interpretación estricta**

Si bien la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Como desplazan los mecanismos de selección objetiva por convocatoria pública definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las causales de contratación directa deben interpretarse restrictivamente, es decir, conforme al tenor literal de las normas.

**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 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 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.

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.

Bogotá D.C., 30 de Julio de 2024



Señora

**Nancy Janneth Maigual Luna**

notificacion@montagas.com.co

San Juan de Pasto, Nariño

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C – 135 de 2024** |
| **Temas:**  | PROCESOS DE SELECCIÓN – Licitación pública – Regla general / CONTRATACIÓN DIRECTA – Características – Causales – Interpretación estricta / GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240618006204  |

Estimada señora Maigual Luna:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 18 de junio de 2024, en la cual –respecto a la contratación con el Estado para el suministro de gas licuado de petróleo (GPL)– pregunta lo siguiente:

“[…] *si las prestadoras de servicios públicos domiciliarios de GLP que sean de naturaleza privada, deben participar en un proceso de licitación pública con sujeción en la Ley 80 de 1993 y demás normas de contratación estatal aplicables, para la prestación del servicio público de GLP a entidades estatales* […] o si por el contrario, la entidad se adhiere o debe suscribir un Contrato de Condiciones Uniformes previsto por la Ley 142 de 1994; en este último caso, ¿Cómo se debería surtir el proceso de elección del prestador por parte de la entidad estatal, ante la existencia de varias prestadoras?

[…]

¿Las empresas prestadoras de servicios públicos de GLP pueden suscribir contratos con terceros contratistas del Estado para el suministro de gas a esta entidad del Estado, o las entidades del estado solo deben suscribir el contrato de condiciones uniformes directamente con la prestadora?

En caso afirmativo, ¿MONTAGAS como empresa de servicios públicos, puede tener la facultad de realizar el cobro del suministro de GLP tanto a la empresa contratista como suscriptora, como a la entidad usuaria del servicio en caso de que la primera incumpla?

[…]

¿*La prestadora se encuentra obligada a constituir las pólizas de seguro exigidas según la normativa estatal* y a efectuar el pago de estampillas, teniendo en cuenta que lo que se presta o suministra es un servicio público?

[…]

¿basta únicamente con la emisión de la factura de servicio y radicar para solicitar el cobro de la obligación, y en caso de no pago es procedente la suspensión del suministro a las entidades que omiten realizar el pago en el plazo estipulado en la factura del servicio, de acuerdo con lo reglado por el artículo 141 de la Ley 142 de 1994 denominado ‘Suspensión por incumplimiento’?

¿Cuál es el procedimiento para el cobro de la factura del servicio público?

[…]”

¿Las controversias originadas por la prestación del servicio público de GLP, por parte de las prestadoras a entidades del Estado, se encuentran sometidas a la jurisdicción ordinaria conforme a la Ley 142 de 1994, o si, dada la naturaleza de la entidad, deben ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa?” (Cursivas fuera de texto).

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o interpretar normas de otros sectores normativos 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 del sistema de compra pública ni para establecer el alcance de cualquier disposición del ordenamiento jurídico. 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 pública.

Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni pronunciarse sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal. Por esto último motivo, la Agencia no se pronunciará sobre el cobro de la estampilla, pues se trata de un aspecto tributario. Tampoco lo hará sobre las cuestiones relacionadas con el alcance del contrato de condiciones uniformes, el cobro del suministro, la emisión de la factura, el procedimiento para hacerla efectiva ni la suspensión en materia de servicios públicos domiciliarios, pues estos aspectos hacen parte de la regulación especial de la Ley 142 de 1994. Asimismo, tampoco determinará el alcance de la competencia judicial en las controversias originadas en la prestación de estos servicios, ya que se trata de un tema estrictamente procesal.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición así como de las normas ajenas al sistema de compras públicas, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta. Por ello, el presente oficio se limitará al análisis general de las preguntas resaltadas en cursiva, esto es, sobre los aspectos contractuales de competencia de esta entidad planteados en la primera pregunta de la solicitud, así como lo relacionado con el tema de las pólizas.

1. **Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, depurada previamente la competencia consultiva de la Agencia, esta entidad resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuáles son los procedimientos de selección que deben emplear las entidades públicas en la contratación de obras, bienes o servicios? y ii) ¿Cuáles son las características generales del régimen de garantías en el sistema de compras públicas?

1. **Respuestas:**

|  |
| --- |
| *En primer lugar*, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece las cinco (5) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada una de ellas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Estas modalidades de selección se pueden dividir en i) competitivas y ii) no competitivas. No obstante, salvo norma especial que ordene la celebración del negocio jurídico por selección abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía, debe aplicarse la regla general de licitación pública. Asimismo, como la contratación directa desplaza los mecanismos de selección objetiva por convocatoria pública definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las causales deben interpretarse restrictivamente, es decir, conforme al tenor literal de las normas. Dentro de este marco, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios, la entidad contratante definirá en cada caso concreto si los negocios jurídicos que involucren el suministro de gas licuado de petróleo ameritan o proceso competitivo o no competitivo.*Por otra parte*, como se desprende del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, las garantías desarrolladas en el Decreto 1082 de 2015 tienen como destinatarios principales a las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993, lo que excluye a las exceptuadas como las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Estas últimas podrán pactarlas en las condiciones que defina su régimen especial. |

1. **Razones de las respuestas:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. En lo relacionado con los procedimientos, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece las cinco (5) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada una de ellas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección, pues “[…] las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto”[[1]](#footnote-2).

Estas modalidades de selección se pueden dividir en i) competitivas y ii) no competitivas. Sobre el particular, la guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que “[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado”[[2]](#footnote-3).

Por ejemplo, procesos como la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía son modalidades de selección abiertas a la competencia, pues en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurran al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo. En contraste, la modalidad de selección de contratación directa es una modalidad no competitiva, es decir, no está abierta al público para que los proponentes presenten sus ofertas. En esta modalidad la entidad estatal determina, de forma directa y no pública, la persona que puede participar y que será seleccionada.

Para estos efectos, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la define la licitación como “[…] el procedimiento mediante el cual la entidad estatal *formula públicamente una convocatoria* para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable” (Énfasis fuera de texto). La convocatoria pública realizada a través de la licitación desarrolla al grado máximo los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que tratan los artículos 24, 25 y 26 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como los demás principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional[[3]](#footnote-4).

Aunque el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 regula otros procedimientos con pluralidad de oferentes como el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía, es necesario tener en cuenta que la licitación constituye un procedimiento general mientras que lo demás tienen carácter especial. A ello se refiere numeral uno, inciso primero, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 cuando dispone que “La escogencia del contratista se efectuará por *regla general* a través de licitación pública, con las *excepciones* que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo” (Énfasis fuera de texto), norma que sustituye el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia[[4]](#footnote-5). En este contexto, salvo norma especial que ordene la celebración del negocio jurídico por otra modalidad de selección, debe aplicarse la regla general de licitación pública[[5]](#footnote-6).

Lo expuesto se complementa con lo explicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2009, la cual estudió la constitucionalidad de los artículos 2 ‒parcial‒ y 5 ‒parcial‒ de la Ley 1150 de 2007. En esa decisión judicial se desarrollaron los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública, como expresiones del derecho a la igualdad de oportunidades para quienes tengan interés en participar en la contratación estatal. La materialización de esos principios pretende que no exista discriminación y que las entidades no impongan limitaciones a través de reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Sin embargo, se admiten excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia del procedimiento como las inhabilidades e incompatibilidades[[6]](#footnote-7).

Por ello, la contratación directa es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. Por ello, es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En tal sentido, su aplicación no puede efectuarse por fuera del contenido normativo citado, ni operar más allá de lo que la misma norma dispone, dentro del contexto del ordenamiento jurídico de la contratación estatal.

Igualmente, esta excepción al deber de procurar la pluralidad de ofertas es considerada por el Consejo de Estado como un método que permite satisfacer la selección objetiva. De esta manera, aunque en la contratación directa no es necesaria la comparación de ofertas, no desconoce lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por ello, la jurisprudencia explica que: “[…] se ha aceptado que la selección objetiva fundada en el ofrecimiento más favorable no depende únicamente del cotejo entre ofertas sino también de métodos que, aun prescindiendo de dicha comparación, garanticen que la respectiva escogencia se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”[[7]](#footnote-8).

De este modo, en la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, pues la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, bajo criterios que permitan adoptar una decisión objetiva en procura del cumplimiento de las necesidades de la administración[[8]](#footnote-9). Esta contratación puede estar fundada en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, teniendo en cuenta las causales expresamente señaladas en la ley.

Todo lo anterior implica que el proceso de contratación directa sea simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Sin embargo, estas características no eximen a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública. Por ello, cabe destacar que existe otra diferencia fundamental con las modalidades de selección competitivas mencionadas: en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, pues la entidad recibe solo una oferta. Sobre este particular el Consejo de Estado explica que “Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata”[[9]](#footnote-10).

Por consiguiente, en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas, porque se presenta una sola oferta, la cual corresponde a la de la persona a quien la entidad invitó y seleccionó en forma directa. En todo caso, se debe garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Si bien la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Como desplazan los mecanismos de selección objetiva por convocatoria pública definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las causales de contratación directa deben interpretarse restrictivamente, es decir, conforme al tenor literal de las normas. Dentro de este marco, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios, la entidad contratante definirá en cada caso concreto si los negocios jurídicos que involucren el suministro de gas licuado de petróleo ameritan o proceso competitivo o no competitivo.

ii. Por regla, para seleccionar contratistas y para ejecutar contratos las entidades sometidas al EGCAP requiere la constitución de garantías. Por un lado, la *garantía de seriedad* 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 selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten las propuestas, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, 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 contractuales[[10]](#footnote-11). Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

“Las *garantías provisionales* “avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista”; constituyen una seña pre-contractual destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las *arras* no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del *ius poenitendi* del licitante. Son, en consecuencia, “la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente”; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad”[[11]](#footnote-12). (Cursivas dentro del texto)

En contraste, mediante la *garantía de única de cumplimiento*, el contratista ampara los perjuicios que le pueda generar a la entidad el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato[[12]](#footnote-13). En esta medida, tienen como objetivo reparar los perjuicios causados por conductas atribuibles al contratista, por lo que estos últimos son un presupuesto necesario para el pago que cubre la garantía. Para estos efectos es única, ya que “[…] La prioridad […] es que no haya garantías separadas para los diferentes riesgos, aunque existan varias garantías para diferentes proporciones del interés asegurado […]”[[13]](#footnote-14).

Desde esta perspectiva, ambas garantías constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés 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. Conforme al inciso segundo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, pueden otorgarse a través de: i) contratos de seguro, ii) garantías bancarias o iii) los demás mecanismos de cobertura del riesgo que disponga el reglamento. Igualmente establece que “[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]”. Esta norma es una excepción a la terminación automática del contrato de seguro prevista en los artículos 1068 y 1071 del Código de Comercio[[14]](#footnote-15). De esta manera, las garantías previstas en la ley tienen como objetivo asegurar la solvencia del garante[[15]](#footnote-16).

El Decreto 1082 de 2015 reglamenta las condiciones en que debe cumplirse esta obligación. Los artículos 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional regulan asuntos como las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de garantía, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos.

El artículo 2.2.1.2.3.1.3, por ejemplo, establece que la “garantía de cobertura del Riesgo es indivisible”, además de la obligación de los contratantes de establecer en los pliegos de condiciones las garantías exigidas para cada periodo contractual[[16]](#footnote-17). Por su parte, 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[[17]](#footnote-18). Esto además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual en los contratos de obra, así en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 *ibidem*.

Como se desprende del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, las garantías desarrolladas en el Decreto 1082 de 2015 tienen como destinatarios principales a las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993, lo que excluye a las exceptuadas como las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Estas últimas podrán pactarlas en las condiciones que defina su régimen especial.

iii. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para precisar las modalidades de selección o las garantías aplicables frente al incumplimiento debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. De esta manera, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

1. **Referencias normativas:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1992, artículos 24, 25, 26 y 30.
* Ley 1150 de 2007, artículos 2 y 7.
* Código de Comercio, artículos 1068 y 1071.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el objeto y las características de los procesos de selección en el Concepto C-106 del 28 de mayo de 2024. También se ha se ha pronunciado sobre el régimen de garantías 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 y C-386 del 31 de enero de 2024. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Congreso de la República, Gaceta 466 del 2 de agosto de 2005. Exposición de motivos del Proyecto de Ley 19 de 2005 – Senado. [↑](#footnote-ref-2)
2. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Guía de Competencia en las Compras Públicas. La Guía puede consultarse en el siguiente enlace: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf>. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 140-141. [↑](#footnote-ref-4)
4. El inciso primero de norma disponía que, conforme al principio de transparencia, “*La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos*, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente” (Énfasis fuera de texto). La expresión en cursiva fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-400 de 1999, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, y derogado integralmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-5)
5. Sobre la articulación de los diferentes procesos de selección previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, DÁVILA VINUEZA considera lo siguiente: “En las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 los demás procedimientos de selección distintos a la licitación pública, se convierten en procedimientos excepcionales y procedentes únicamente en los casos taxativamente contemplados en la ley. Pero la excepción no es respecto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva como parece lo han entendido algunas entidades estales. Estos principios que […] desarrollan los rectores de la función pública de orden constitucional y legal (art. 209 C.N., y art. 3° Cpaca) son aplicables con todo rigor a los procedimientos de excepción. Siendo ello así, la excepción de que se habla es respecto del proceso licitatorio regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 con las variantes introducidas por el artículo 2°, numeral 1, de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015 (*Presentación de la oferta de manera dinámica*). Es decir, que ante la ausencia de una causal concreta para un determinado evento específico, la selección debe asumir la que el ordenamiento jurídico regula como licitación pública. Por eso es que, además, las causas excepcionales de selección son de interpretación restrictiva y no admiten analogía ni la interpretación extensiva. Genera nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, y nulidad del acto administrativo de selección cualquier artilugio que implique socavar la principal manifestación del principio de transparencia, cual es la selección por vía de licitación”. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 463). [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Exp. 50.222. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
8. En efecto, de acuerdo con el Consejo de Estado: “[...] la administración se encuentra en la obligación de establecer, con antelación al inicio del proceso de contratación, los criterios objetivos de la futura contratación, tales como la necesidad a satisfacer y los mejores medios para tales propósitos, el presupuesto estimado de la contratación, el objeto contractual, las prestaciones específicas a cargo de las partes, las condiciones de calidad y oportunidad, así como las calidades del posible contratista. Con fundamento en tal ejercicio de planeación y estructuración de la contratación, la administración cuenta, sin duda, con criterios que le permitirían adoptar una decisión objetiva en relación con aquello que resulte más favorable para el cumplimiento de los fines ínsitos en la contratación.[…] Ante la ausencia de pluralidad de ofertas –situación que, por lo demás debería ser excepcional, así como lo debe ser acudir a la modalidad de contratación directa, pues memórese que la regla general es la licitación pública en garantía de la máxima publicidad y concurrencia en la contratación estatal–, será procedente comparar el único ofrecimiento con los criterios objetivos elaborados por la entidad. En este evento, por lo tanto, los métodos a los que se debe acudir para garantizar la selección objetiva se ven reducidos en comparación con las demás modalidades de contratación, en tanto no hay comparación de ofertas, sin que ello implique que se incumpla con tal regla, pues persiste, necesariamente una confrontación de la única oferta con los estudios previos que elaboró la entidad, lo cual ofrecerá la objetividad necesaria para evitar imparcialidad en la contratación de los bienes o servicios de que se trate”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015. Exp. 36.805. C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Exp. 1.727. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-10)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
11. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289. [↑](#footnote-ref-12)
12. Para la jurisprudencia, “[…] los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual. Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el riesgo asegurado” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Exp. 28278. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-13)
13. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. Seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 44. [↑](#footnote-ref-14)
14. Al respecto, el inciso primero del artículo 1068 del Código de Comercio dispone lo siguiente: “La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Igualmente, el inciso primero del artículo 1071 *ibidem* prescribe: “El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador”. [↑](#footnote-ref-15)
15. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Bogotá: Legis, 2000. p. 247. Respecto a las pólizas, la doctrina explica que “En rigor, el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente ‘preparada para absorber el riesgo de indemnización’“ (Cfr. STIGLITZ, Rubén S. Derecho de seguros. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001. p. 21). [↑](#footnote-ref-16)
16. “Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.

2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente título.

3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente”. [↑](#footnote-ref-17)
17. “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.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato”. [↑](#footnote-ref-18)