**GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad**

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

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

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

**SUBSANABILIDAD – Concepto – Límites**

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes.

[…] Esta norma [Ley 1882 de 2018]: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, iii) introduce modificaciones en relación con tres (3) aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización.

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: “los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular.

Bogotá D.C., 22 de julio de 2024



Señor

**Steven Romero**

stevenromero.juridico@hotmail.com

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 164 de 2024** |
| **Temas:**  | GARANTÍA DE SERIEDAD – Finalidad / SERIEDAD DE LA OFERTA – Vigencia – Carácter estimativo / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – No presentación – Regla especial / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – Errores – Vigencia – Regla general / GARANTÍA DE SERIEDAD – Vigencia – Solicitud de ampliación – Subsanación – Distinción – Rechazo |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240611005964 |

Estimado señor Romero:

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 28 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente: “¿*qué pasa si el proponente deja vencer la seriedad de la oferta? ¿Teniendo en cuenta que no actualizo con la última adenda? ¿Es deber de la Entidad requerirlo?* […]”.

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 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. 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, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

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, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: ¿Es subsanable el vencimiento de la seriedad de la oferta?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, período que abarca la realización de la audiencia efectiva de adjudicación, según lo estipula el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015.En los casos en los que se presente la garantía de seriedad junto con la oferta, dentro del plazo previsto, pero esta no cumple con la vigencia exigida por el pliego de condiciones, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, la entidad deberá requerir su subsanación de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, so pena del rechazo de la oferta.Dicho requerimiento de subsanación debe distinguirse de las solicitudes de ampliación que puede solicitar la entidad contratante a causa de la alteración del cronograma del proceso de contratación, cuya desatención no necesariamente ameritan el rechazo de la oferta. De acuerdo con lo explicado, si el proponente presenta su garantía de seriedad conforme a la vigencia inicialmente exigida, o la subsana dentro del término otorgado, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente no atiende una solicitud de ampliación de esta por un plazo superior al término de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, motivada en la prórroga de los plazos de adjudicación o de suscripción del contrato. En ese mismo sentido, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a atender alguna solicitud de ampliación de la garantía de seriedad motivada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distintas de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* En el contexto de los contratos estatales, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, se requiere la constitución de garantías. Estas garantías cumplen diferentes funciones: en la primera etapa, actúan como una caución provisional que respalda la propuesta del oferente y asegura la suscripción del contrato. En la segunda etapa, las garantías funcionan como un mecanismo para cubrir el riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales.
* La “Guía de Garantías en Procesos de Contratación” señala que “Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación”. Específicamente, la *garantía de seriedad* implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del futuro acuerdo, entre otras obligaciones. Desde esta perspectiva, la garantía de seriedad de la oferta constituye una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.
* Sobre la garantía de seriedad se destaca que respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del Proceso de Contratación. El carácter serio y vinculante implica no solo que la propuesta tenga que sostenerse ante la Administración y, en caso de resultar elegida, obligue a quien la realizó, sino que una vez presentada no puede modificarse, pues esto pondría en desventaja a los demás oferentes, en perjuicio de los principios de igualdad y buena fe.
* El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que “La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”. Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción”.
* Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual, sin perjuicio de que la garantía sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[1]](#footnote-2).
* El artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que “La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta”. Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón (1’000.000) de SMLMV.
* Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre “la fecha de presentación de la propuesta” y hasta “la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento”. Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución[[2]](#footnote-3).
* Determinar el *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. El *valor* corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando –en los términos del artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015– la obligación pecuniaria de la aseguradora. Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que, el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. El *plazo de cobertura* delimita directamenteel período de vigencia de la oferta.
* Además, es importante definir los casos en los que la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad. Conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos:

“1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

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

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

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

* Las causales 1, 3 y 4 se configuran a través de omisiones –no ampliar, no suscribir y no otorgar–, mientras que la causal 2 se configura a través de una acción –retirar la oferta–. Además, guardan relación con diferentes etapas del procedimiento: mientras las causales 1, 2 y 3 están ubicadas en la etapa precontractual, la causal 4 lo está en la contractual. Finalmente, mientras las causales 2, 3 y 4 dependen de la conducta pura y simple del proponente, la causal 1 depende de una exigencia previa de la entidad contratante en la que, posteriormente, el oferente incumple el deber de mantener la vigencia de la garantía del ofrecimiento.
* El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el parágrafo 3 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, establece una regla especial según la cual se proscribe la subsanabilidad de la garantía de seriedad cuando esta no fue entregada junto con la propuesta y que esto será causal de rechazo[[3]](#footnote-4). De acuerdo con la Gaceta No. 605 del 2016, esta regla obedece a la necesidad de eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato, porque si no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta si la entidad no contaba con la póliza, no podía reclamarle por los perjuicios a ella generados y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección del proceso de contratación[[4]](#footnote-5) .
* Es así, como el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la no presentación de la garantía junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de esta. El Código de Comercio regula el contrato de seguro como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El artículo 1.046 ibidem establece que el contrato de seguro se probará por escrito o confesión, y, para los fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, es decir, la póliza de seguro, el cual deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador[[5]](#footnote-6)
* Con todo, es importante acotar que dicha regla solo resulta aplicable al supuesto en el que no se presenta la garantía de seriedad durante el periodo para la recepción de ofertas. Esto significa que restricción no resulta extensible a situaciones en las que la garantía de seriedad presenta errores o deficiencias, como un valor asegurado incorrecto o problemas en la vigencia de los amparos.
* En ese sentido, en supuestos distintos a la no presentación de la garantía de seriedad, debe aplicarse la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, según el cual será subsanable, todo aquello que no sea necesario para la comparación de ofertas. De acuerdo con esto, cuando, resulta adecuado que, conforme a lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, la Entidad Estatal requiera su subsanación dentro del traslado del informe de evaluación.
* Con todo, dicho requerimiento de subsanación debe distinguirse de las solicitudes de ampliación que puede solicitar la entidad contratante a causa de la alteración del cronograma del proceso de contratación, cuya desatención no necesariamente ameritan el rechazo de la oferta. De acuerdo con lo explicado, si el proponente presenta su garantía de seriedad conforme a la vigencia inicialmente exigida, o la subsana dentro del término otorgado, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente no atiende una solicitud de ampliación de esta por un plazo superior al término de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, motivada en la prórroga de los plazos de adjudicación o de suscripción del contrato. En ese mismo sentido, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a atender alguna solicitud de ampliación de la garantía de seriedad motivada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distintas de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafos 1 y 3, articulo 7.
* Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.2.3.1.9, 2.2.1.2.3.1.13, 2.2.1.2.3.1.14, 2.2.1.2.3.1.6. numeral 1.
* Código de comercio, articulo 1068
 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente explicó a través de los conceptos 2201913000008068 del 28 de octubre del 2019, 2201913000008484 del 14 de noviembre del 2019, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020. Aspectos relativos a la garantía de seriedad de la oferta, su finalidad, vigencia y subsanabilidad. De otra parte, en los conceptos 4201912000005659 del 21 de agosto de 2019, CU–060 del 24 de febrero de 2020, C-218 del 02 de abril de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-730 del 14 de diciembre de 2020 y C-779 del 18 de enero de 2021, se estudió la subsanabilidad de la garantía de seriedad de la oferta. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le recomendamos 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](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Ccielo.gonzalez%40colombiacompra.gov.co%7Ca5385b6e6e634a6b840208dca5c36dc1%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638567506006998902%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=Fj8DQ3xgv92feI2kr4Mw%2F1BSk5GgYJSs%2BJR%2BejSIbJg%3D&reserved=0).

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Manuel Avendaño RoblesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda”. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1150 de 2007, artículo 5, Parágrafo 3: “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Gaceta 605 del 10 de agosto de 2016: «Aunque resulte extraña la anterior proposición, hoy en Colombia impera la posición según la cual, en la medida en que de la garantía de seriedad de la oferta no afecta la asignación de puntaje, su presentación, así como y la corrección de errores contenidos en esta, son susceptibles de subsanación hasta antes de oferta.

 »Esto ha generado, además de las precipitadas prácticas colusivas, una desprotección del patrimonio público por cuanto no existe un amparo del riesgo de retiro de la oferta por parte de los proponentes después de vencido el plazo fijo para la presentación de las ofertas». [↑](#footnote-ref-5)
5. El Código de comercio el artículo 1046, indica frente a la prueba del contrato de seguro que se hará por escrito o por confesión: «Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

»La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

»Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza». [↑](#footnote-ref-6)