

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Bucaramanga, 2 de mayo de 2025

Ingeniera
María del Rosario Torres Vargas
Secretaria de Infraestructura
Municipio de Bucaramanga

Asunto: Solicitud de concepto jurídico sobre Contrato No. 136 de 2021, solicitud bajo la referencia No. 2-AP-202503-00015523.

Con el presente, me permito dar respuesta a la solicitud del asunto en los siguientes términos:

1. El objeto de la solicitud.

A continuación, se procede a relacionar los hechos y los interrogantes planteados en la solicitud:

"(...)

Por medio de la presente, me permito solicitar formalmente el apoyo de la Oficina Jurídica ante la compleja situación en la que se encuentra el contrato 136 de 2021 cuyo objeto es " LA ADQUISICIÓN, A TRAVÉS DE LA BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A., PARA "DESARROLLAR LA PRIMERA FASE PARA LA ADQUISICIÓN, SUMINISTRO, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE PUNTOS DE GESTIÓN INTELIGENTE MEDIDAS PARA LA RED DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA", CUYAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, CANTIDADES Y LUGARES DE CUMPLIMIENTO SE ENCUENTRAN DETALLADAS EN LOS DOCUMENTOS DE CONDICIONES ESPECIALES (FICHAS TÉCNICAS DE PRODUCTOS) Y FICHA TÉCNICA DE NEGOCIACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN DE LA BOLSA PARA EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS- MCP- DE LA BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA.", el cual es del área de alumbrado público.

Actualmente, el contrato en cuestión se encuentra un estado de incertidumbre jurídica debido a un posible incumplimiento, lo que ha generado inseguridad sobre la ejecución y estado actual del proceso. Además, el proyecto objeto del contrato ha sido investigado por la Fiscalía, entidad que realizó una visita de inspección en enero de 2025 con el fin de evaluar su desarrollo y determinar eventuales responsabilidades.

Es importante destacar que, tras un año y dos meses de gestión en esta administración, no se han tomado medidas concretas para definir el rumbo del contrato, lo que representa un riesgo tanto para la entidad como para los intereses públicos que se buscan proteger. La inacción podría derivar en consecuencias adversas, considerando que el tiempo juega en nuestra contra y podría agravar la situación técnicas, jurídica y financiera del contrato.

Adicionalmente, el año pasado se contrató a la abogada Sylvana Sánchez García, quien realizó un análisis del contrato. Consolidando, organizando y examinando la información jurídica relacionada con el proceso de contratación e implementación del sistema de alumbrado público inteligente "Telegestión" en Bucaramanga.

Uno de los aspectos más relevantes de este estudio fue la identificación de interrogantes claves que podrían aportar mayor claridad sobre el caso en particular. Algunas de las preguntas planteadas incluyen:

- *¿Qué acciones puede tomar la entidad estatal en caso de incumplimiento?*
- *¿Cuál es la autoridad competente en caso de disputa o incumplimiento?*
- *¿Qué entidades tienen la facultad de intervenir en caso de conflictos entre las partes, como la Superintendencia de Sociedades, la Bolsa Mercantil de Colombia (BMC) o la Procuraduría General de la Nación?*

En virtud de lo anterior, solicito su intervención y orientación jurídica para determinar las acciones a seguir, estableciendo los pasos legales pertinentes que permitan evitar posibles contingencias y garantizar la adecuada defensa de la entidad. Quedo atento a su pronta respuesta y la coordinación de una reunión para abordar este asunto con carácter prioritario.

www.bucaramanga.gov.co

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Adjunto al presente oficio, se remite el informe en el que se detallan los aspectos relevantes del análisis realizado”.

2. Análisis de la situación propuesta.

Se considera que, para resolver las inquietudes planteadas, es necesario abordar los siguientes temas: i) Del mecanismo objeto de negociación del cual se derivó la operación mercantil como consecuencia del contrato de comisión No. 136 de 2021; (ii) De los mecanismos y competencias para verificar y decidir presuntos incumplimientos contractuales en el marco de las operaciones en bolsa de productos; (iii) La supervisión e interventoría del cumplimiento de las operaciones derivadas de bolsas de productos.

3. Desarrollo de los temas planteados.

3.1. Del mecanismo objeto de negociación del cual se derivó la operación mercantil como consecuencia del contrato de comisión No. 136 de 2021 y el régimen jurídico aplicable a esta clase de operaciones.

La Bolsa Mercantil de Colombia según su reglamento y en concordancia con las disposiciones de la ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, cuenta con un mercado de compras públicas, en el cual se celebran operaciones que tengan por objeto la adquisición o enajenaciones de bienes, productos y/o servicios por cuenta de una Entidad Estatal. Según el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia, en este mercado de compras públicas podrán participar las Sociedades Comisionistas Miembros y sus clientes. Por lo tanto, una de las características de este procedimiento de compra, es la existencia de un contrato de comisión celebrado por una Entidad Estatal y una Sociedad Comisionista de Bolsa con el propósito de adquirir en una bolsa de productos. Las Sociedades Comisionistas de Bolsa, corresponden a miembros activos y habilitados que cuentan con la autorización para participar en las diferentes etapas del Mercado de Compras Públicas que administra la Bolsa Mercantil de Colombia. Esas Sociedades Comisionista de Bolsa son denominadas Sociedad Comisionista de Bolsa Compradora cuando actúa por cuenta de la Entidad Estatal o Sociedad Comisionista Vendedora cuando actúa por parte del comitente o cliente vendedor. Mientras tanto, el comitente comprador en este mercado corresponde a una Entidad Estatal participante en el Mercado de Compra Públicas, y será comitente vendedor la persona natural o jurídica que individualmente o mediante figura asociativa (Consortio o Unión Temporal) participen en las negociaciones adelantadas en el Mercado de Compras Públicas a través de una Sociedad Comisionista de Bolsa.

Entonces, como se indico en el apartado anterior, tanto la Entidad Estatal – comitente comprador, como la persona natural o jurídica o los consorcios o uniones temporales que actúen como - clientes vendedores, participan en este mercado o escenario de negociación a través de una Sociedad Comisionista de Bolsa por medio de un contrato de comisión. Para el caso de las entidades estatales, la selección de su comisionista de bolsa se lleva a cabo a través de un procedimiento interno aplicable según reglamento de la Bolsa, el cual debe ser competitivo, lo anterior, en concordancia con las disposiciones del artículo 2.2.1.2.1.2.14¹.

Una vez la entidad estatal haya seleccionado su comisionista de bolsa según el procedimiento interno aplicable de la Bolsa Mercantil de Colombia², debe perfeccionar el respectivo contrato de comisión (Art. 2.2.1.2.1.2.14 del Decreto 1082 de 2015). Para este contrato de comisión que se suscribe, la entidad estatal debe exigirle a su Sociedad Comisionista de Bolsa la constitución de una garantía única de cumplimiento a favor de la entidad estatal, en relación con el valor de la comisión que la entidad pagará al comisionista por sus servicios.

En lo que refiere a las características del contrato de comisión que se suscribe entre la entidad estatal y la Sociedad Comisionista de Bolsa- compradora, el profesor SUAREZ³ ha distinguido lo siguiente:

¹ Suarez Beltrán. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá, Legis Editores S.A.

² Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC - Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 13 de febrero de 2025

³ Suarez Beltrán. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá, Legis Editores S.A.p.101-102.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

“La legislación mercantil reconoce y consagra la comisión como una especie de mandato. En efecto, el artículo 1287 del Código de Comercio define en los siguientes términos dicho contrato: “La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”. A partir de la anterior definición, la Superintendencia de Valores conceptuó que el contrato de comisión tiene las siguientes características:

a) Puede ser para comprar o vender, de transporte, de bolsa y, en general, para la ejecución de todo tipo de negocios específicos.

b) Es un subtipo calificado del mandato. Subsiste este contrato en forma independiente del mandato cuando aparecen los elementos de calificación del subtipo que son:

- Mandato no representativo: el comisionista deberá actuar siempre en su propio nombre, aunque por cuenta del comitente.

- Mandato especial: el comisionista es un mandatario especial ya que el encargo que se le hace es para la celebración de un negocio mercantil determinado. Una vez cumplido el encargo se agota el contrato de comisión.

- Carácter profesional del mandatario: para que se configure el contrato de comisión, el comisionista debe ser una persona que se dedique profesionalmente a ello. La profesionalidad del comisionista es nota característica para predicar la comercialidad del contrato de comisión”:

“De lo expuesto anteriormente se concluye que comisionista es toda persona natural o jurídica que profesionalmente se dedica a la ejecución de negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena, en virtud del mandato especial que le ha sido conferido para la celebración de uno o varios negocios comerciales de determinados sobre todo tipo de productos”.

Suscrito entonces el respectivo contrato de comisión entre la Entidad Estatal y la Sociedad Comisionista de Bolsa – Compradora, según el reglamento interno de la Bolsa Mercantil de Colombia artículo 3.6.1.10, el proceso de compra procede con las etapas subsiguientes del mercado de compras públicas: (i) Determinación de las condiciones definitivas de la negociación; (ii) exposición de la ficha técnica de negociación definitiva; (iii) convocatoria a la rueda de negociación y (iv) celebración de la rueda de negociación. Estas etapas deben surtirse con el objetivo de seleccionar objetivamente según reglamento de la bolsa, a la Sociedad Comisionista de Bolsa vendedora y su cliente vendedor que cumpla y acredite la totalidad de las condiciones jurídicas, experiencia, capacidad técnica, financiera y organización establecidas por el comitente comprador a través de su Sociedad Comisionista de Bolsa, además de ofrecer el menor precio de acuerdo con el mecanismo de puja determinado.

Indica por su parte el artículo 2.2.1.2.1.2.18 del Decreto 1082 de 2015, que tanto la Entidad Estatal y el comitente vendedor deben constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos las garantías establecidas en su reglamento, para garantizar el cumplimiento de las negociaciones mediante las cuales la Entidad Estatal adquiere Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes. Sin embargo, las Entidades Estatales pueden exigir al comitente vendedor garantías adicionales a las señaladas en el reglamento de la bolsa, siempre y cuando resulten adecuadas y proporcionales al objeto a contratar y su valor.

De las operaciones que se realicen en las bolsa de productos se emite o se deja constancias en un documento idóneo, suscrito por las Sociedades Comisionistas Miembros y por un representante de la bolsa⁴. Dicho documento deberá expresar la especie, calidad y cantidad objeto de la negociación, su precio, lugar y plazo de entrega y demás formalidades y requisitos que se establezcan en el respectivo reglamento. El documento original se le entregará a sus respectivos miembros y la copia del original será conservado por la bolsa.

Pues bien, expuesto lo anterior, tenemos que el Municipio de Bucaramanga suscribió contrato de Comisión No. 136 de 2021 con la Sociedad Comisionista de Bolsa Comisionistas Financieros Agropecuarios S.A. COMFINAGRO S.A., miembro comisionista de la Bolsa

⁴ Artículo 2.11.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Mercantil de Colombia, con el objeto de que, bajo los términos definidos en el contrato, la Sociedad Comisionista actuando por nombre propio, pero por cuenta de la Entidad celebrara operaciones a través del Sistema de negociación de la Bolsa de productos de la Bolsa Mercantil de Colombia.

El objeto de la negociación adelantarse por parte de la Sociedad Comisionista de Bolsa COMFINAGRO ante el escenario de negociación de la Bolsa Mercantil de Colombia, según contrato de comisión, consistió en la adquisición de bienes y servicios para desarrollar la primera fase para la adquisición, suministro, implementación y puesta en funcionamiento de puntos de gestión inteligente y medidas para la red de alumbrado público del Municipio de Bucaramanga. Las características de los bienes y servicios objeto de negociación según contrato de comisión, que debían adquirirse en el escenario de negociación de la bolsa de productos, se encontraban descritos por el Municipio en la cláusula 1.2 del contrato de comisión.

Este contrato de comisión según se visualiza en la cláusula 6 del contrato, se pactó un plazo de ejecución entre las partes equivalente a cinco (5) meses. En lo que corresponde a las obligaciones del contrato de comisión, además de lo indicado en el objeto del contrato, se pactó según cláusula séptima (7ª) otras obligaciones a cargo de la Sociedad Comisionista de Bolsa, dentro de las cuales destacamos las siguientes:

“Cláusula 7.2. – Obligaciones de la SCB. Sin perjuicio de las demás obligaciones que en este contrato se establecieron a su cargo y de las señaladas en la ley, la SCB tendrá las siguientes obligaciones:

7.2.1. Específicas.

1. Ejecutar el Contrato de Comisión ciñéndose a las instrucciones que le imparta Entidad Estatal y a las normas que regulan este tipo de contrato, sin que le sea factible delegar el encargo;

2. Prestar una adecuada asesoría a la Entidad Estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.5.3.3. de la Resolución 400 de 1995 expedida entonces por Sala General de la Superintendencia de Valores.

4. Adoptar políticas y procedimientos para que la información dirigida a la Entidad Estatal sea objetiva, oportuna, completa, imparcial y clara.

18. Apoyar y asesorar la supervisión a cargo del comitente comprador, ante los eventos en los que el supervisor reporte inconsistencias, incumplimientos o cuando así lo requiera para la correcta prestación del servicio, emitiendo los conceptos correspondientes y desplegando ante la BMC las acciones contempladas en su Reglamento interno para el cabal cumplimiento de las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación y ficha técnica de producto.

19. Informar a la entidad estatal acerca de la operación celebrada por cuenta de el en desarrollo del contrato.

22. Velar por que el comitente vendedor cumpla con la constitución de garantías y las demás condiciones y obligaciones requeridas por la Entidad Estatal.

23. Tomar acciones y requerir al comitente frente a las que presenten, así como reportar e informar de manera inmediata a la Entidad Estatal. Realizar seguimiento al cierre de las reclamaciones por parte del comitente vendedor.

24. Negociar los servicios requeridos por la Entidad Estatal en procura de sus intereses y necesidades, y conforme a las fichas técnicas y condiciones determinadas en el mismo.

25. Cumplir con las directivas e indicaciones que dé la Entidad Estatal y el supervisor designado para la ejecución del contrato de comisión”.

Conforme a lo anteriormente analizado, podemos concluir en este primer punto lo siguiente: (i) el mecanismo al cual recurrió el Municipio para llevar a cabo la contratación de DESARROLLAR LA PRIMERA FASE PARA LA ADQUISICIÓN, SUMINISTRO, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE PUNTOS DE GESTIÓN

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

INTELIGENTE MEDIDAS PARA LA RED DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, correspondió a un proceso de compra en bolsa de productos, el cual se configura como una causal de selección abreviada según la Ley 1150 de 2007; (ii) para acudir a este escenario de negociación y dada sus características, el Municipio suscribió contrato de comisión con una Sociedad Comisionista de Bolsa, la cual fue seleccionada de acuerdo con el reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia conforme a lo indica el artículo 2.2.1.2.1.2.14 del Decreto 1082 de 2015; (iii) el objeto del contrato de comisión que el Municipio suscribió con la Sociedad Comisionista de Bolsa, correspondió a que bajo los términos definidos en el contrato, la Sociedad Comisionista actuando por nombre propio, pero por cuenta de la Entidad celebrara operaciones objeto del contrato a través del Sistema de negociación de la Bolsa de productos de la Bolsa Mercantil de Colombia; (iv) el contrato de comisión que se suscribió entre el Municipio y la Sociedad Comisionista de Bolsa es un contrato de mandato sin representación, para que este celebrará a través de la bolsa un negocio a nombre propio y por cuenta de la entidad, (v) en el marco de ese contrato de comisión, la Sociedad Comisionista de Bolsa COMFINAGRO celebró en su nombre y por cuenta del Municipio operación conforme a las condiciones establecidas en el contrato de comisión; y (vii) el régimen jurídico aplicable a estas operaciones en bolsa de productos, corresponde a la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010 sus modificaciones y los reglamentos internos de la bolsas de productos, lo anterior, como para el efecto lo precisa el artículo 2.2.1.2.1.2.11 del Decreto 1082 de 2015.

3.2. De los mecanismos y competencias para verificar y decidir presuntos incumplimientos contractuales en el marco de las operaciones en bolsa de productos.

Precisad el régimen jurídico aplicable a esta clase de operaciones, las mismas incorporan dentro de su reglamento la constitución de garantías propias de este sistema, así como los procedimientos necesarios para asegurar y verificar su cumplimiento. Estos procedimientos de verificación de cumplimiento que implican entre otras cosas la posibilidad de exigir las garantías del sistema de compensación y liquidación, se surten y adelantan según el reglamento de funcionamiento ante la Bolsa Mercantil de Colombia, sin que haya lugar a requerimiento judicial o extrajudicial alguno respecto del constituyente y sin que se requiera autorización por parte de éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 964 de 2005 y demás normas que lo adicionen, modifiquen o complementen. (Art. 6.1.1 del reglamento de funcionamiento y operación de la bolsa).

Como se señaló antes, el artículo 2.2.1.2.1.2.18 del Decreto 1082 de 2015 establece que las Entidades Estatales y los comitentes vendedores deben constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos las garantías establecidas en su reglamento, lo anterior, para garantizar el cumplimiento de las negociaciones mediante el cual las Entidades Estatales adquieren bienes y servicios. Sin embargo, establece el artículo 3.6.2.6.2 del Reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia, que, para el caso de las operaciones celebradas en el Mercado de Compras Públicas estas garantías propias del sistema de compensación y liquidación sólo el cliente vendedor es quien tendrá la obligación de constituir las.

Las garantías propias de este sistema según el reglamento son: los bienes, títulos valores, instrumentos salvaguardas o recursos y sus rendimientos financieros, entregados a favor de la Bolsa a través de los Participantes, por cuenta de sus clientes o por los Terceros Autorizados, que están afectas al cumplimiento de las operaciones celebradas en la Bolsa y se otorgan irrevocablemente como fuente de pago de las obligaciones adquiridas⁵. En consecuencia, la Bolsa está expresa e irrevocablemente facultada para realizarlas o liquidarlas en cualquier tiempo y frente al simple incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, sin que haya lugar a requerimiento judicial o extrajudicial alguno respecto del constituyente y sin que se requiera autorización por parte de éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 964 de 2005 y demás normas que lo adicionen, modifiquen o complementen.

Estas garantías según el reglamento de funcionamiento y operación de la bolsa en su artículo 6.1.1., corresponden a las que deben constituir los participantes por cada operación en la que

⁵ Artículo 6.1.1.2 del Reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

participen y que tienen como fin, cubrir los riesgos de incumplimiento asociados a las obligaciones pactadas en cada operación. Esta garantía se constituye de conformidad con lo establecido en cada operación.

Según el reglamento en su artículo 6.4.1.2, las garantías admisibles son: 1. Dinero. 2. Títulos de renta fija. 3. Acciones de alta liquidez clasificadas en tal categoría por la Bolsa de Valores de Colombia. 4. Certificados de Depósitos de Mercancías que, debido a su subyacente, puedan constituirse como garantía de acuerdo con lo dispuesto por la Bolsa. 5. Pólizas de seguros cuyo beneficiario sea la Bolsa. 6. Garantías bancarias, cuyo beneficiario sea la Bolsa, expedida por un banco local y deben ser pagadas a su primer requerimiento. La Bolsa determinará las condiciones, requerimientos y/o coberturas que deberán acreditar las Garantías admisibles, las cuales serán implementadas a través de su incorporación en Circular. En desarrollo de esta facultad, la Bolsa podrá rechazar cualquier activo que pretenda ser entregado como garantía, aún si fuese admisible para ello, en virtud de circunstancias relacionadas con la concentración de riesgos, volatilidad del precio, liquidez de los activos o cualquier otra razón que a su juicio dificulte temporalmente la ejecución de la garantía o la efectividad y cubrimiento de la misma. Tal circunstancia será puesta en conocimiento del mercado a través de Boletín Informativo.

Continuando con lo que dispone el reglamento de operación de la Bolsa, encontramos que en su libro sexto manifiesta que la totalidad de las Garantías constituidas, estarán afectas al cumplimiento de obligaciones asociadas a las operaciones correspondientes, hasta tanto se cumplan los requisitos previstos para la liberación de Garantías, de acuerdo con lo establecido por el Reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil, así como las demás disposiciones que lo desarrollen, modifiquen, sustituyan o deroguen, por lo que serán irrevocables y no podrán impugnarse, anularse o declararse ineficaces. En consecuencia, la Bolsa, en su calidad de administradora del sistema de compensación y liquidación, está expresa e irrevocablemente facultada para proceder a su ejecución en cualquier tiempo, sin que se requiera autorización por parte del constituyente de las Garantías. Se insiste, estas garantías se ejecutan y aplican por la Bolsa ante un incumplimiento de obligaciones por parte de un participante.

Por otro lado, recordemos que según el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.2.18, las Entidades Estatales, además, también cuentan con la posibilidad de exigir a los comitentes vendedores la constitución de garantías adicionales a las señaladas como propias del sistema de bolsa de productos. Estas garantías adicionales que pueden exigir las Entidades si bien no se precisan en el artículo en comento, consideramos que pueden ser entre otras cualquiera de las establecidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, esto es: (i) contrato de seguro contenido en una póliza; (ii) patrimonio autónomo; (iii) garantía bancaria. No obstante, a esta posibilidad de exigir estas garantías a los comitentes vendedores, debe dejarse claro que, al ser estas garantías adicionales para mitigar riesgos no amparados por las garantías otorgadas a través del sistema de compensación y liquidación de operaciones administrados por la Bolsa, los riesgos por estas amparadas no serán compensadas por los sistemas de la Bolsa de productos, sino su efectividad corresponderá a los procedimientos que conforme a la Ley deba adelantar directamente la Entidad⁶. Sin embargo, sobre este punto en especial se volverá más adelante.

3.2.1. Del incumplimiento de las operaciones en el Mercado de Compras Públicas de la Bolsa Mercantil de Colombia y los procedimientos para su declaratoria.

El reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia en su artículo 3.6.2.9.1. establece las causales de incumplimiento de las operaciones en bolsa derivadas del Mercado de Compras Públicas, a saber;

"Artículo 3.6.2.9.1. Causales de incumplimiento de las operaciones. Los siguientes eventos serán considerados como casuales de incumplimiento de las operaciones y se declararán de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 3.6.2.9.2 del presente Reglamento:

⁶ Ver artículo 3.6.2.6.3 del reglamento de Bolsa.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

1. Cuando se presente un rechazo de bienes, productos y/o servicios de conformidad con el procedimiento descrito en el artículo 3.6.2.8.6. del presente Reglamento y no sea sustituido satisfactoriamente dentro del término previsto para tal efecto por la Bolsa.
2. Cuando no se presente la entrega de bienes y/o productos o prestación de servicios dentro de los términos acordados por las partes, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.7.1. del presente Reglamento; Para efectos de la declaración de incumplimiento en operaciones fraccionadas, o en operaciones por lotes se tendrá en cuenta la integralidad de la operación y no sus entregas parciales para la declaración de incumplimiento.
3. Cuando el comprador rehúse o, por cualquier razón, no reciba los bienes, productos y/o servicios sin someter el rechazo al procedimiento descrito en el artículo 3.6.2.8.6. del presente Reglamento.
4. Cuando no se realice el pago en los términos inicialmente pactados, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.7.1. del presente Reglamento.
5. Cuando no se dé cumplimiento a las condiciones de entrega y/o pago que sean fijados en la ficha técnica de negociación, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.7.1. del presente Reglamento y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6° siguiente.
6. Cuando se haya alcanzado el número de penalizaciones que da lugar a la declaratoria de incumplimiento de la operación indicado en la Ficha Técnica de Negociación.
7. Cuando se haya aplicado el porcentaje máximo de penalizaciones sobre el valor total de la operación indicado en la Ficha Técnica de Negociación, que da lugar a la declaratoria de incumplimiento de la operación.
8. Cuando no se constituyan oportunamente las garantías exigidas por la Bolsa, previstas en el presente Reglamento, sin perjuicio de las demás medidas administrativas que pudieran llegarse a tomar. Cuando se incumplan los acuerdos alcanzados directamente entre las partes o a través de Comité arbitral, dentro del procedimiento previo a la declaratoria de incumplimiento de la operación.
9. Cuando no se lleve a cabo el procedimiento de acreditación, en los términos del artículo 3.6.2.8.3. del presente Reglamento. 10. Las demás previstas en el presente Reglamento.

Parágrafo Primero. Cuando se presente alguna de las causales de incumplimiento descritas en el presente artículo se surtirá el procedimiento previo a la declaratoria de incumplimiento previsto en el artículo 3.6.2.9.2. del presente Reglamento. Tratándose de la causal de incumplimiento descrita en el numeral 1° del presente artículo, el procedimiento previo a la declaratoria de incumplimiento se surtirá con el fin de que las partes puedan acordar, de ser el caso, continuar con la ejecución de la operación, teniendo en cuenta que la calidad del Activo negociado no es susceptible de modificación de acuerdo con el artículo 3.6.2.7.1. del presente Reglamento.

Parágrafo Segundo. Se declararán incumplidas parcialmente aquellas operaciones en las que se incumplan de manera parcial las obligaciones de entrega y/o pago pactadas. La declaratoria parcial de incumplimiento procederá tanto en aquellas operaciones que comprendan varias entregas y/o pagos, así como en aquellas que tengan una única fecha de entrega y/o pago. El incumplimiento parcial en la entrega o en el pago de una operación con múltiples entregas y/o plazos de pago, no generará la declaratoria de incumplimiento total de la operación, ni liberará a las partes de seguir cumpliendo con las demás obligaciones pactadas. En todo caso, en tales eventos la Bolsa podrá declarar el incumplimiento total de la operación cuando considere que el hecho que originó el incumplimiento parcial constituye un impedimento para que se dé cumplimiento a las demás entregas o pagos”:

Ahora, evidenciada cualquier causal o evento de presunto incumplimiento de las operaciones, el reglamento seguidamente estableció el procedimiento previo a seguir a la declaratoria de incumplimiento, para lo cual, indica:

“Artículo 3.6.2.9.2. Procedimiento Previo a la Declaratoria de incumplimiento. Cuando la sociedad comisionista miembro que actúa por cuenta del cliente cumplido considere que se ha presentado una de las causales de incumplimiento previstas en el artículo 3.6.2.9.1. del presente Reglamento, deberá dar inicio al procedimiento previsto para la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso se procederá de la siguiente manera:

1. Una vez configurada la causal de incumplimiento y en todo caso antes de la finalización del término de acreditación del recibo de la entrega o prestación en la que se haya presentado el incumplimiento, la sociedad comisionista miembro que actúa por cuenta del cliente cumplido deberá solicitar a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de la operación. Si la sociedad comisionista miembro que actúa por cuenta del cliente cumplido no notifica a la Bolsa dentro del mencionado término, perderá la oportunidad de alegar el incumplimiento. La sociedad

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

comisionista que actúa por cuenta del cliente cumplido deberá informar simultáneamente a la sociedad comisionista miembro contraparte.

La solicitud de incumplimiento remitida a la Bolsa deberá contener lo siguiente:

1.1. Una descripción pormenorizada del acontecimiento o circunstancia que origina el incumplimiento, en la cual se indicará de manera expresa la causal de incumplimiento en la que se incurrió, identificando a que literal del artículo 3.6.2.9.1 corresponde.

1.2. Los soportes probatorios que dan cuenta del incumplimiento.

1.3. Cuando resulte procedente, la cantidad de bienes o productos o, tratándose de operaciones sobre servicios, el cálculo sustentado del porcentaje de ejecución que no sería susceptible de acreditación como consecuencia del incumplimiento alegado.

2. Recibida la solicitud de incumplimiento remitida por la sociedad comisionista que actúa por cuenta del cliente cumplido, la Bolsa dará traslado de la solicitud de incumplimiento a la sociedad comisionista contraparte, a efectos de que ésta remita a la Bolsa la información y/o documentación que considere pertinente en relación con la solicitud de incumplimiento. La sociedad comisionista contraparte contará con el plazo que fije la Bolsa para remitir la información y/o documentación a que se ha hecho referencia.

3. De considerarlo útil o necesario, la Bolsa solicitará a la sociedad comisionista que actúa por cuenta del cliente cumplido información y/o documentación adicional a la remitida junto con la solicitud de incumplimiento. La sociedad comisionista que actúa por cuenta del cliente cumplido contará con el plazo que fije la Bolsa para remitir la información y/o documentación a que se ha hecho referencia.

4. Vencido el término otorgado a las sociedades comisionistas intervinientes en la operación para remitir la información y/o documentación respectiva, la Bolsa procederá a convocar a Comité Arbitral el cual se llevará a cabo dentro del término y en la forma que se indique a través de Circular. La Bolsa no convocará a Comité Arbitral en caso de que la sociedad comisionista cumplida no remita la información y/o documentación solicitada por la Bolsa que sea necesaria para establecer en qué consistió el incumplimiento y la causal en la cual se enmarca.

5. Con la antelación a la celebración del Comité Arbitral, las partes de la operación podrán celebrar un acuerdo directo para continuar con la ejecución de la operación, el cual deberá ser puesto de presente a la Bolsa de conformidad con lo establecido vía Circular. De ser este el caso, la operación continuará su ejecución bajo las condiciones acordadas por las partes.

6. De no existir acuerdo directo entre las partes, se llevará a cabo el Comité Arbitral que tendrá lugar en el plazo establecido a través de Circular. Si las partes llegan a un acuerdo para continuar con la ejecución de la operación, se continuará su ejecución bajo las condiciones acordadas por las partes en el Comité Arbitral.

7. Si el Comité Arbitral no se celebra por la inasistencia de alguna de las partes de la operación, o celebrado no se alcanza al interior del mismo un acuerdo entre las partes, la Bolsa declarará el incumplimiento de la operación conforme resulte procedente y teniendo en cuenta la información y/o documentación aportada por las partes.

Parágrafo Primero. La tarifa del Comité Arbitral del que trata el presente artículo será pagada conforme se disponga a través de Circular.

Parágrafo Segundo. El incumplimiento de los acuerdos a que lleguen las partes al interior del procedimiento previo a la declaratoria de incumplimiento ya sea directamente o a través del mecanismo de Comité Arbitral, no será susceptible de un nuevo procedimiento previo a la declaratoria de incumplimiento, por lo que de manera inmediata y conforme se disponga a través de Circular, la Bolsa procederá a declarar el incumplimiento de la operación".

Por su parte, el artículo 6.5.2.1.1 del reglamento, establece en concordancia con lo anterior, lo siguiente:

"Artículo 6.5.2.1.1. Declaratoria de incumplimiento en operaciones celebradas en el MCP o en el MERCOP. Para efectos de la declaratoria de incumplimiento de las operaciones celebradas en el MCP o del MERCOP, se aplicarán los procedimientos descritos en los artículos 3.6.2.9.2. y 3.7.2.1.4.7⁷. del presente Reglamento, respectivamente.

⁷ En este artículo se define el procedimiento de declaratoria de incumplimiento de las operaciones que se dan en el mercado de comercialización entre privados- MERCOP.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

En el evento en que la Bolsa declare el incumplimiento de la operación, una vez surtidos los procedimientos relacionados en el inciso anterior, se dará aplicación a lo señalado en los artículos 6.5.2.1.2 al 6.5.2.1.5. del presente Reglamento, según corresponda.

En caso de presentarse una causal de incumplimiento diferente a las mencionadas en precedencia, en el MCP o en el MERCOP, la Bolsa declarara el incumplimiento de la operación una vez se advierta la misma.

Después de la declaratoria de incumplimiento de una operación en el MCP o en el MERCOP, de conformidad con las normas mencionadas, no habrá lugar a ajustar las Garantías constituidas en la operación incumplida".

De esta forma, las Entidades Estatales dentro de la ejecución de las operaciones que han encomendado realizar en el mercado de compras públicas de la Bolsa Mercantil de Colombia, y siempre que se haya configurado una causal de incumplimiento de la operación y antes de la finalización del término de acreditación del recibo de la entrega o prestación en la que se haya presentado el incumplimiento, deberá a través de la Sociedad Comisionista de Bolsa miembro de la bolsa que actúa por su cuenta, poner en conocimiento de la Bolsa Mercantil tal situación con el propósito que la misma examine y adopte las medidas para dirimir la controversia de conformidad con su reglamento y, de ser el caso, notifique el incumplimiento al organismo encargado de la compensación y liquidación de las operaciones.

Por lo tanto, dado que dentro de la solicitud de concepto no se realizó precisión alguna en cuanto al presunto tipo de incumplimiento de la operación ni en qué consistía, así como tampoco se precisó aspecto alguno sobre el estado actual de la operación, ni del contrato de comisión que dio lugar a la misma, se considera que con base a los mecanismos y procedimientos que ofrece el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia para exigir el cumplimiento de las operaciones, corresponderá al supervisor en conjunto con el ordenador del gasto, entrar a determinar y examinar si el presunto incumplimiento del que se refiere en la solicitud se encuentran en algunos de los eventos de incumplimiento que define el reglamento en el artículo 3.6.1.2, de ser así, deberá de inmediato comunicar a la Sociedad Comisionista de Bolsa que actúa por cuenta del Municipio, para que ella en el marco de las obligaciones del contrato de comisión proceda a poner en conocimiento de la Bolsa la situación del presunto incumplimiento, a fin de que la Bolsa examine y adopte las medidas necesarias.

Es importante como ya expuso y con fundamento al régimen jurídico de estas operaciones, que cualquier hecho o situación relacionado con incumplimientos por parte del cliente vendedor, el Municipio por intermedio del supervisor y del ordenador del Gasto den aviso oportuno a la Sociedad Comisionista de Bolsa que actúa por cuenta de la Entidad, para que ella conforme a sus obligaciones según contrato de comisión, brinde las asesorías, acompañamientos y actué ante la Bolsa Mercantil de Colombia a efectos de que el Municipio pueda exigir el cumplimiento de la operación.

3.2.2. De la posibilidad de verificar y afectar las garantías adicionales a las propias del Sistema de la Bolsa de Productos siempre que se trate de riesgos por ellas amparados y ante situaciones de incumplimiento de la operación.

Líneas atrás se explicó la posibilidad que según el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.2.18, permite a las Entidades Estatales de exigir a los comitentes vendedores la constitución de garantías adicionales a las señaladas como propias del sistema de bolsa de productos. Manifestamos que estas garantías adicionales que pueden exigir las Entidades bien pudieran ser entre otras cualquiera de las establecidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015. Sin embargo, a diferencia de las garantías propias del sistema de compensación de la Bolsa, la verificación y afectación de estas garantías adicionales no corresponderá hacerlas a la Bolsa Mercantil de Colombia, sino que su efectividad corresponderá directamente a las Entidades de acuerdo con los procedimientos que la Ley determine para ello⁸.

⁸ Garantías Adicionales del MCP: En los términos del artículo 3.6.2.1.5.3. del presente Reglamento, son aquellas que de acuerdo con las normas de contratación estatal, permiten mitigar riesgos no amparados por las Garantías otorgadas a través del sistema

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

En este sentido, por ejemplo, en el evento que la Entidad exija al comitente vendedor como garantía adicional la constitución de una póliza de seguro de cumplimiento con diversos amparos con el fin garantizar el pago de perjuicios derivados del incumplimiento de la operación, y de presentarse el acaecimiento de uno de ellos con ocasión entre otras cosas por el incumplimiento del comitente vendedor, consideramos que existe la posibilidad que la Entidad Estatal de igual forma pueda hacer efectiva la garantía contenida en la póliza de seguro tal como lo dispone el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil (Artículo 3.6.2.6.3). El planteamiento sobre esta posibilidad que tendría la Entidad de poder hacer efectivas estas garantías adicionales de manera directa, se considera se encuentra respaldado en el sentido que unas son las garantías que se constituyen dentro del sistema y reglamento de la Bolsa y que son a favor de la Bolsa Mercantil, y otras son las garantías adicionales a las del reglamento que la Entidad le puede exigir directamente constituir al comitente vendedor de la cual la Entidad directamente tiene la calidad de asegurada y beneficiaria, pero por demás en las siguientes disposiciones:

Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007,

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,

“(…) ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”.*

Artículo 2.2.1.2.1.2.18 del Decreto 1082 de 2015,

“ARTÍCULO 2.2.1.2.1.2.18. Garantías de cumplimiento a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos. *La Entidad Estatal y el comitente vendedor deben constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos las garantías establecidas en su reglamento, para garantizar el cumplimiento de las negociaciones mediante las cuales la Entidad Estatal adquiere Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes.*

Las Entidades Estatales pueden exigir al comitente vendedor garantías adicionales a las señaladas en el presente artículo, siempre y cuando resulten adecuadas y proporcionales al objeto a contratar y a su valor”.

de compensación y liquidación de operaciones de la Bolsa, siendo claro que los riesgos amparados de este modo, no serán compensables por dicho sistema, debiendo entonces las entidades estatales proceder a verificar la efectividad de dichas Garantías acudiendo al procedimiento propio de aquellas, el cual es ajeno a la Bolsa.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Artículo 2.2.1.2.1.2.19 del Decreto 1082 de 2015,

“ARTÍCULO 2.2.1.2.1.2.19. Supervisión del cumplimiento de la operación. Las Entidades Estatales deben designar un supervisor de la ejecución de las operaciones que por su cuenta realizan las bolsas de productos y del contrato de comisión. Si la Entidad Estatal verifica inconsistencias en la ejecución, debe poner en conocimiento de la bolsa tal situación para que esta la examine y adopte las medidas necesarias para dirimir la controversia de conformidad con sus reglamentos y, de ser el caso, notifique del incumplimiento a su organismo de compensación”.

Artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015,

“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

Artículo 3.6.2.6.3 del Reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia,

“(…) Artículo 3.6.2.6.3. Otras garantías. De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.2.18. del Decreto 1082 de 2015, las Entidades Estatales podrán a su arbitrio y bajo su entera responsabilidad, solicitar a los clientes vendedores, a través de las correspondientes Fichas Técnicas de Negociación, la constitución de garantías adicionales para mitigar riesgos no amparados por las garantías otorgadas a través del sistema de compensación y liquidación de operaciones administrado por la Bolsa, siendo claro que los riesgos amparados de este modo no serán compensables por dicho sistema, debiendo entonces las Entidades Estatales proceder a verificar la efectividad de dichas garantías acudiendo al procedimiento propio de aquellas, el cual es ajeno a la Bolsa. En todo caso, corresponderá a la Entidad Estatal que solicita la constitución de estas garantías, realizar los actos de verificación, estudio, seguimiento, ejecución y todos los demás que sean necesarios para la efectividad de dichas garantías”.

Artículo 6.1.1.2 del Reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia,

“(…) Garantías Adicionales del MCP: En los términos del artículo 3.6.2.1.5.3. del presente Reglamento, son aquellas que de acuerdo con las normas de contratación estatal, permiten mitigar riesgos no amparados por las Garantías otorgadas a través del sistema de compensación y liquidación de operaciones de la Bolsa, siendo claro que los riesgos amparados de este modo, no serán compensables por dicho sistema, debiendo entonces las entidades estatales proceder a verificar la efectividad de dichas Garantías acudiendo al procedimiento propio de aquellas, el cual es ajeno a la Bolsa”.

Ahora bien, de acuerdo con la normatividad expuesta, esta posibilidad de que la Entidad de manera directa haga efectiva las garantías adicionales constituidas por el comitente vendedor en el marco de las operaciones a su favor, están sujetas en todo caso al inicio de un procedimiento administrativo por parte de la Entidad en el cual se debe garantizar el ejercicio del derecho de defensa, contradicción y de audiencia, procedimiento que hoy en día por ejemplo, se encuentra contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Sobre la garantía del derecho de defensa y audiencia en estos procedimientos administrativos, el Juez Contencioso ha manifestado lo siguiente:

“El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula el procedimiento sancionatorio mediante el cual las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden declarar el incumplimiento de un contrato, cuantificar los perjuicios, hacer efectiva la

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

cláusula penal e imponer multas. Este procedimiento sancionatorio constituye una actuación administrativa, por lo que las entidades que lo lleven a cabo deben garantizar el debido proceso (C.P, art. 29). Como ha señalado la Corporación, la tutela administrativa de este derecho fundamental no implica el agotamiento de procedimientos idénticos a los judiciales, ya que la actuación debe compatibilizarse con los principios de celeridad y eficiencia que caracterizan la contratación estatal, cuyo propósito es asegurar la continuidad en la prestación de bienes y servicios para la satisfacción del interés general (Ley 80 de 1993, art. 25, núms. 2 a 5)22.

La garantía de audiencia y defensa es un pilar del debido proceso administrativo²³ y comprende el derecho a la prueba, el cual se materializa en tres aspectos: (i) la facultad de presentar los medios probatorios necesarios para sustentar la defensa en el procedimiento administrativo; (ii) el derecho a que las pruebas solicitadas sean practicadas y sometidas a contradicción, siempre que cumplan los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad; y (iii) la exigencia de que la Administración valore racionalmente los elementos probatorios y refleje su apreciación en la motivación fáctica de la decisión sancionatoria. Conforme al artículo 29 de la Constitución y al artículo 3 del CPACA, el desconocimiento de estos derechos puede constituir una vulneración del debido proceso. 42. La garantía del derecho de audiencia y defensa constituye un presupuesto de validez de los actos administrativos, cuya inobservancia configura un vicio de nulidad, conforme al artículo 137 del CPACA²⁹.

Otro aspecto para tener en cuenta sobre la posibilidad de que la Entidad pueda declarar la ocurrencia del siniestro de manera directa en el caso de las garantías adicionales constituidas a su favor es el que atañe a la prescripción de las acciones, ya que por ejemplo, en el caso de los contratos de seguros la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria según lo determina el artículo 1081 del Código de Comercio. En este sentido, para el caso de los seguros de responsabilidad el término de prescripción respecto del beneficiario será el extraordinario (5 años contados a partir del momento en que nace el derecho), mientras que en los de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, el derecho debe ser exigido por el asegurado beneficiario dentro de los 2 años siguientes a la fecha en la cual conoció o debió conocer los hechos constitutivos del incumplimiento por parte del contratista.

Sobre esta asunto, el Consejo de Estado¹⁰ indicó que:

“El artículo 1081 del Código de Comercio prevé dos tipos de prescripción respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, de la siguiente manera:

“Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho” (se resalta).

En el seguro de cumplimiento pactado como garantía de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, la prescripción ordinaria es aplicable a todo interesado que tenga o haya debido tener conocimiento de siniestro, tal como ocurre con las partes del contrato de seguro y también con el beneficiario cuando este es una entidad estatal que, de acuerdo con la ley, tiene a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato, posición en virtud de la cual le es exigible enterarse acerca de los hechos que pueden servir de sustento para la efectividad de los amparos otorgados en su favor.

En este caso particular, la prescripción que opera en relación con el beneficiario es la ordinaria, toda vez que tenía la carga de verificar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones de su contratista”.

Entonces, al igual de lo que se manifestó en apartados anteriores, la posibilidad de que la Entidad pueda dar inicio al procedimiento que acá se explica referente a las garantías adicionales, dependerá de igual forma de la valoración que debe entrar a determinar y

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 4 de abril de 2025, radicación No. 68001233300020150023002 (71.800).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 18 de mayo de 2023, radicado No. 63001-23-33-000-2020-00050-01 (66721).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

examinar el supervisor y ordenador del gasto sobre la existencia o no de los incumplimientos de la operación atribuibles al cliente vendedor¹¹, así como de la necesidad de validar la vigencia del término de prescripción del contrato de seguros para realizar su reclamación, con la diferencia que al no ser de las garantías que se afectan dentro del sistema de la Bolsa, su inicio y adelantamiento corresponderá a la Entidad y no a la Bolsa Mercantil, eso sí, agotando como bien se explicó un procedimiento administrativo con respeto al derecho de defensa, contradicción y de audiencia, a efectos de no afectar la validez de las decisiones que allí se llegaren a proferir.

Sobre este último punto acerca del adelantamiento de esta clase de procedimientos y la competencia para adoptar su decisión, el Decreto No. 042 de 2025 por medio del cual se reorganiza la delegación de funciones y competencias en materia contractual y ordenación del gasto, dispuso en su artículo 3 que dentro de las competencias delegadas a los Secretarios de Despacho, código 020, grado 25, se encuentran las siguientes:

"(...) ARTÍCULO 3º. ALCANCE DE LA DELEGACIÓN. Para el desarrollo del ejercicio de las funciones y competencias delegadas a través del presente acto administrativo, los Secretarios de Despacho deberán realizar, entre otras las siguientes actuaciones:

25. Realizar los procedimientos para la imposición de multas, sanciones y de declaratoria de incumplimiento contractual, e informar de los respectivos actos sancionatorios a las entidades y autoridades correspondientes de conformidad con la ley.

26. Expedir los actos administrativos por medio de los cuales el Municipio producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales, impone multas o sanciones o declara el incumplimiento contractual.

28. Realizar los procedimientos y expedir los actos administrativos por medio de los cuales se declara el siniestro de los amparos otorgados dentro de las garantías constituidas a favor del Municipio".

3.3. La supervisión e interventoría del cumplimiento de las operaciones derivadas de bolsas de productos.

El artículo 2.2.1.2.1.2.19. del decreto 1082 de 2015 establece que las Entidades Estatales deben designar un supervisor de la ejecución de las operaciones que por su cuenta realizan las bolsas de productos y del contrato de comisión. Si la Entidad Estatal verifica inconsistencias en la ejecución, debe poner en conocimiento de la bolsa tal situación para que esta la examine y adopte las medidas necesarias para dirimir la controversia de conformidad con sus reglamentos y, de ser el caso, notifique del incumplimiento a su organismo de compensación.

Lo anterior quiere decir, que no obstante a que los reglamentos de las bolsas de productos prevén mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones que se celebran a través suyo, teniendo en cuenta los intereses superior que persiguen las entidades estatales al realizar este tipo de negociaciones y además dada su obligación legal de hacer un seguimiento de la ejecución de sus contratos, consideramos de particular importancia esta atribución, en el sentido que la Entidad por ningún momento pierde sobre la operación el deber de ejercer la función de supervisión, por lo que será necesario en el evento de verificarse cualquier inconsistencia en la ejecución, proceder a través de la Sociedad Comisionista que por actúa por su cuenta, a poner en conocimiento de la Bolsa todas las situaciones que se puedan configurar como causal de incumplimiento, a efectos que la Bolsa pueda adoptar las medidas necesarias para dirimir las controversias y decida los incumplimientos que son de su competencia según el reglamento, pero además, que estas

¹¹ Sobre la existencia de estos informes, el Juez Contencioso ha precisado: "(...) El informe de interventoría y los documentos que lo sustentan constituyen un elemento probatorio fundamental para motivar la imposición de una multa con base en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. De acuerdo con el artículo 83 de esta Ley, tanto la supervisión como la interventoría implican el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la UT Ananías73. En ejercicio de estas funciones, los supervisores e interventores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre la ejecución contractual y, a su vez, deben mantener informada a la entidad contratante respecto de cualquier circunstancia que incida en el cumplimiento del contrato. Dada la relevancia de esta función, el legislador ha establecido consecuencias específicas en caso de incumplimiento de estos deberes. En efecto, el literal (k) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 dispone que el interventor que omita entregar información a la entidad contratante sobre el incumplimiento del contrato incurrirá en una inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 4 de abril de 2025, radicación No. 68001233300020150023002 (71.800).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

verificaciones también puedan servir para que por ejemplo en los casos de las garantías adicionales, la Entidad pueda adoptar las medidas que correspondan a efectos de lograr su verificación y afectación.

Recordemos que la configuración legal de estas figuras demuestra que a través de ellas se busca garantizar el cumplimiento del deber de las entidades estatales de ejercer el control y la vigilancia en la ejecución contractual (Ley 80 de 1993, art. 14). En el caso de los interventores, esta función se desarrolla con un marcado componente técnico, dado que sus conocimientos especializados lo distinguen de la labor cumplida por el supervisor. Por lo tanto, los informes que presenten en cumplimiento de sus funciones, siempre que expongan de manera fundamentada circunstancias que puedan comprometer la ejecución del contrato o evidencien un incumplimiento, constituyen un elemento probatorio relevante para la imposición de sanciones contractuales¹². Precisamente, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 establece por ejemplo que la imputación de un incumplimiento para la imposición de una multa puede sustentarse, entre otros medios, en los informes de interventoría o supervisión.

En ese sentido, indistintamente del régimen jurídico al cual se encuentran sujeto el contrato de comisión y las operaciones de bolsa que dé él se deriven, lo cierto es que tanto el contrato de comisión como la operación requieren de supervisión de la Entidad, a efectos de que la Entidad al evento de detectar cualquier inconsistencia en la ejecución, las ponga de presente por un lado a la Bolsa para que ella adopte las medidas a que haya lugar como bien se expuso en el punto 3.2.1., y por el otro, la Entidad también pueda tomar las acciones que correspondan según lo visto en el punto 3.2.2.

4. Conclusiones.

Con apoyo en los temas abordados en esta asesoría, se pasará a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados así:

- ¿Qué acciones puede tomar la entidad estatal en caso de incumplimiento?

Atendiendo el régimen jurídico de las operaciones de compra que adelantó el Municipio así como el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil, en el evento que la Entidad verifique situaciones de incumplimiento, deberá comunicar a la Sociedad Comisionista de Bolsa que actúa por su cuenta, para que ella en el marco de las obligaciones del contrato de comisión proceda a iniciar las acciones ante la Bolsa Mercantil, a fin de que la Bolsa examine y adopte las medidas necesarias y si es del caso proceda con la declaratoria de incumplimiento. Es importante como ya expuso antes, que la supervisión inicie comunicación con la Sociedad Comisionista de Bolsa que actúa por cuenta de la Entidad, para que ella conforme a sus obligaciones según contrato de comisión, brinde las asesorías, acompañamientos y actúe ante la Bolsa Mercantil de Colombia a efectos de que el Municipio pueda exigir el cumplimiento de la operación.

Por otra parte, y en el evento que el Municipio dentro de la presente operación le hubiera solicitado al comitente vendedor la constitución de garantías adicionales como lo es una póliza de seguro de cumplimiento, se considera que es posible que la Entidad pueda hacer efectiva esta garantía siempre que se trate de coberturas por ellas amparadas ante el incumplimiento del comitente vendedor. Sin embargo, la posibilidad de poder llevar a cabo esta afectación se encuentra sujeta al adelantamiento de un proceso administrativo sancionatorio contractual por parte del Municipio y siempre que no haya operada la prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro. Sobre este aspecto deberá tenerse en cuenta lo que se analizó en el acápite 3.2.2.

- ¿Cuál es la autoridad competente en caso de disputa o incumplimiento?

La autoridad competente para resolver las diferencias o controversias que se susciten por las partes en el marco de la ejecución de las operaciones suscritas ante escenario, es la Bolsa

¹² ídem.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202505-00032640
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Mercantil de Colombia, ello, con fundamento a lo que indica en su reglamento de operación y funcionamiento.

No obstante, y tratándose de los casos de la verificación y afectación de las garantías adicionales a las del sistema de la Bolsa, la competencia para la declaratoria del siniestro corresponderá adoptarlo a la Entidad Estatal compradora, pues al ser estas garantías adicionales, los riesgos por ellas amparados no son compensadas por el sistema de la Bolsa Mercantil de Colombia, sino que su efectividad corresponderá directamente al Municipio conforme a los procedimientos que la Ley a determinado. Sobre este aspecto deberá tenerse en cuenta lo que se analizó en el acápite 3.2.2.

- *¿Qué entidades tienen la facultad de intervenir en caso de conflictos entre las partes, como la Superintendencia de Sociedades, la Bolsa Mercantil de Colombia (BMC) o la Procuraduría General de la Nación?*

Según el reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia ante la existencia de controversias o diferencias en la ejecución de las operaciones entre las partes, las entidades que intervienen para la solución de los conflictos son las Sociedades Comisionistas de Bolsa que actúan por cuenta de sus clientes y la Bolsa Mercantil de Colombia a través de los Comité Arbitrales que se convoquen para el efecto.

En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, señala el reglamento de la Bolsa en su artículo 3.6.2.9.3. que cuando en la ejecución se evidencien hechos o circunstancias que impliquen la afectación de terceros beneficiarios de la operación del MCP, la Sociedad Comisionista Miembro que actúa como compradora tendrá la obligación de informar a la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y/o la Fiscalía General de la Nación, según corresponda, sobre el particular e informará a la Bolsa la realización de dicho reporte.

Finalmente, es de indicar, que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en el entendido que la competencia de esta Secretaría Jurídica, se encuentra delimitada en establecer una unidad de criterio jurídico, sobre la interpretación, aplicación de las normas y expedición de los actos administrativos que competen a las diferentes dependencias de la administración, más no a la resolución de casos particulares.



Paola Andrea Mateus Pachón
Secretaria Jurídica

Revisó: Ivan Mauricio Álvarez Arango/ Abg. Asesor Despacho

Proyectó: Ruben Dario Rojas Herrera/ Abg. Cps No. 029 de 2025