**GARANTÍAS – Riesgos amparados**

En virtud del artículo 2.2.1.2.3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los oferentes y/o contratistas a favor de la entidad estatal o de terceros, en razón a: “(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas".

**GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales**

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los contratistas u oferentes pueden constituir las siguientes clases de garantías: i) contratos de seguro contenido en una póliza, ii) fiducia mercantil de garantía o patrimonio autónomo o iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

**GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO – Amparos**

Teniendo en cuenta los posibles riesgos que se puedan derivar de la actividad contractual, tratándose de la garantía de cumplimiento, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 identificó los amparos que debe incluir la garantía única de cumplimiento: i) cumplimiento, ii) buen manejo y correcta inversión del anticipo, iii) calidad del servicio y bienes, iv) estabilidad y calidad de la obra, v) salarios y prestaciones sociales, vi) seriedad de la oferta y vii) responsabilidad civil extracontractual, entre otros.

**GARANTÍAS – Actividad contractual – Constitución de garantías – Tipología prevista en Ley y reglamento – Taxatividad**

Tenga en cuenta que un contrato del Estado no puede pactar con un particular una garantía diferente a las establecidas en la ley y el reglamento, solo se pueden constituir las garantías que la normativa ha previsto; es decir, en este campo no cabe la autonomía de la voluntad para incluir la fianza. Si bien los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en principio, autorizan que las partes acuerden lo que en el derecho privado se puede pactar, la Ley 80, en el artículo 13, exceptúa lo expresamente regulado en el Estatuto General de Contratación. Así las cosas, frente a lo particularmente regulado respecto al régimen de garantías, la ley y el reglamento limitaron las garantías a lo autorizado por las normas antes mencionadas.

Bogotá D.C., **09/12/2019 Hora 19:15:35s**

# N° Radicado: 2201913000009075

Señor **Ciudadano** Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000007273 |
| **Temas:** | Garantías contractuales |
| **Tipo de asunto consultado:** | Alcance sobre la posibilidad de aceptar una fianza como garantía de cumplimiento en los procesos de contratación |

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 22 de octubre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

# Problema planteado

En la petición “se solicita concepto relacionado con la posibilidad de que una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación acepte como garantía de cumplimiento una fianza”.

# Consideraciones

La Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el artículo 25, numeral 19[[1]](#footnote-1), estableció las exigencias que debían ser tenidas en cuenta para aplicar el régimen de garantías en los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública[[2]](#footnote-2).

El numeral citado de la misma norma fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, y en el artículo 7 dispuso un nuevo texto sobre la constitución de la garantía única para el cumplimiento, la no obligatoriedad en determinados proceso de contratación, establecen, las clases de garantías contractuales en los procesos de contratación pública y la obligación al Gobierno nacional de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en dicho artículo.

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Teniendo en cuenta que la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley, respecto de las garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos, se expidieron los Decretos 4828 de 2008, 734 de 2011 y 1510 de 2013. Finalmente, el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Reglamento del Sector Administrativo de Planeación Nacional, compiló la reglamentación prexistente, y en el libro 2, parte 2, título 1, capítulo 2, sección 3 “Garantías”, reguló las generalidades, el contrato de seguro, el patrimonio autónomo, las garantías bancarias y las garantías para la contratación de tecnología satelital.

En virtud del artículo 2.2.1.2.3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los oferentes y/o contratistas a favor de la entidad estatal o de terceros, en razón a: “(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas".

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los contratistas u oferentes pueden constituir las siguientes clases de garantías: i) contratos de seguro contenido en una póliza, ii) fiducia mercantil de garantía o patrimonio autónomo o iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by[[3]](#footnote-3). La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

De la lectura del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se precisa que el legislador amplió las garantías permitiendo no solo las pólizas las garantías bancarias sino también los demás mecanismos de cobertura del riesgo que el reglamento establezca, es decir, las contempladas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015. Este decreto reiteró las garantías previstas en la Ley 1150 de 2019 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos. Lo anterior se significa que ni la Ley ni el reglamento incluyeron la fianza como instrumento de garantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la expedición de la “Guía de garantías en Procesos de Contratación”, señaló que las garantías “son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación”, por lo cual las entidades estatales, desde la etapa de planeación del proceso, deberán identificar las garantías a solicitar, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato. Adicionalmente, establece que en la contratación directa y los procesos de mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal justificará la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. En las demás modalidades de selección son obligatorias la garantía de seriedad de la oferta y cumplimiento.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29.857 con ponencia de Danilo Rojas Betancourth, ha expuesto con relación a las garantías contractuales que necesarias para asegura el cumplimiento del contrato.

La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya.

Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

El artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 señaló los amparos que debe incluir la garantía única de cumplimiento, en los siguientes términos:

Ahora, teniendo en cuenta los posibles riesgos que se puedan derivar de la actividad contractual, tratándose de la garantía de cumplimiento, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 identificó los amparos que debe incluir la garantía única de cumplimiento: i) cumplimiento, ii) buen manejo y correcta inversión del anticipo, iii) calidad del servicio y bienes, iv) estabilidad y calidad de la obra, v) salarios y prestaciones sociales, vi) seriedad de la oferta y vii) responsabilidad civil extracontractual, entre otros[[4]](#footnote-4).

Por otra parte, conviene referirse al contrato de seguro el cual está regulado los artículos 1036 y ss. del Código de Comercio como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Al respecto, la Agencia, en la “Guía de garantías en Procesos de Contratación”, señaló que dicho contrato “contenido en una póliza solo puede ser suscrito por compañías aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera. En consecuencia, no son contratos de seguro las fianzas u otros instrumentos expedidos por compañías de fianzas generales y demás entidades no sujetas a dicha inspección y vigilancia”.

Finalmente, y como se mencionó, el Decreto 1082 de 2015 estableció tres tipos de garantías -póliza, garantía bancaria y patrimonio autónomo-, por lo tanto, la fianza no es posible aceptarla como garantía de cumplimiento, pues ni la Ley 1150 de 2007 ni el reglamento la contemplan.

Tenga en cuenta que un contrato del Estado no puede pactar con un particular una garantía diferente a las establecidas en la ley y el reglamento, solo se pueden constituir las garantías que la normativa ha previsto; es decir, en este campo no cabe la autonomía de la voluntad para incluir la fianza. Si bien los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en principio, autorizan que las partes acuerden lo que en el derecho privado se puede pactar, la Ley 80, en el artículo 13, exceptúa lo expresamente regulado en el Estatuto General de Contratación. Así las cosas, frente a lo particularmente regulado respecto al régimen de garantías, la ley y el reglamento limitaron las garantías a lo autorizado por las normas antes mencionadas.

# Respuesta

En virtud de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082, que establecen las clases de garantías contractuales en los procesos de contratación pública, la fianza no es aceptada como garantía de cumplimiento pues no está prevista en la normativa señalada.

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

Atentamente,



Proyectó: Laura Cuenca Suárez.

1. “Artículo 25. (…) Numeral 19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

   “Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

   “La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

   “Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

   “Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada. [↑](#footnote-ref-1)
2. La Corte Constitucional, en la sentencia C-154 del 18 de abril de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expuso los fundamentos y objetivos de la garantía contractual y afirmó que las garantías en favor de las entidades estatales son convenientes para el cumplimiento de los objetos contractuales y la protección del patrimonio público:

   “La actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de tales cometidos requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que un eventual incumplimiento del contratista pueda afectar la economía contractual de la entidad estatal.

   “Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades estatales contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015. “Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:

   “1. Contrato de seguro contenido en una póliza.

   “2. Patrimonio autónomo.

   “3. Garantía Bancaria”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.3.1.7. [↑](#footnote-ref-4)