**CCE-DES-FM-17**

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

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, para seleccionar a los contratistas y para ejecutar los contratos estatales, que se requiere la constitución de garantías. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

**GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad**

[…] la finalidad y principal objetivo de la garantía de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad de los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista. Esta función, se advierte, debe irradiar la comprensión de las normas sobre garantías en general y sobre su vigencia en particular.

De otro lado, 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 incluiría la garantía única de cumplimiento, dependiendo del objeto y las obligaciones de cada contrato: i) cumplimiento, ii) buen manejo y correcta inversión del anticipo, iii) devolución del pago anticipado, iv) pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) estabilidad y calidad de la obra, vi) calidad del servicio, vii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Lo anterior sin perjuicio de que se puedan incluir amparos adicionales, atendiendo a los demás eventuales incumplimientos de obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y que sean acordes con la naturaleza del contrato . De otro lado, es importante precisar que en lo relacionado con el amparo de responsabilidad civil extracontractual el único mecanismo de cobertura del riesgo es el contrato de seguro.

**GARANTÍAS – Reglamentación – Tipos de garantías**

Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y la reglamentación prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, no es viable pactar con un particular una garantía diferente a las establecidas en dichas disposiciones, para amparar los riesgos a los que hace referencia el Decreto 1082 de 2015. En tal sentido, solo se pueden constituir las garantías que la normativa ha previsto, es decir, en este campo no cabe la autonomía de la voluntad como mecanismo habilitador para que en virtud del mutuo consenso sea incluida un tipo de garantía diferente a las previstas en la ley y el reglamento, pues el ordenamiento jurídico reguló este aspecto en forma imperativa, por lo que la elección solo puede realizarse de acuerdo con los mecanismos de cobertura del riesgo habilitados por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, en los términos expuestos. 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 de la Administración Pública. Así las cosas, frente a lo particularmente regulado en el régimen de garantías, solamente se puede otorgar como garantía única de cumplimiento: i) contratos de seguro contenidos en una póliza, ii) patrimonios autónomos y iii) garantías bancarias.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá, 02 Febrero 2022

Señora

**Andrea Poveda Contreras**

Barranquilla, Atlántico

**Concepto C – 749 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍAS – Reglamentación – Tipos de garantías |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20211222011692 |
|  |  |

Estimada Señora Poveda Contreras:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 22 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«ADEMAS DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 2.2.1.2.3.1.2. DEL DECRETO 1082 DE 2015, QUE PUEDEN OTORGAR LOS OFERENTES Y CONTRATISTAS PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS ESTATALES, QUE OTRA HERRAMIENTA Y/O GARANTÍA ES ADMISIBLE PARA CUBRIR LOS RIESGOS DERIVADOS DE SU CUMPLIMIENTO? QUE OTRA GARANTIA SE PUEDE CONSTITUIR SI LAS DETERMINADAS EN EL DECRETO 1082 DE 2015 NO PUEDEN SER EXPEDIDAS? [SIC]».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará las garantías que se pueden constituir para garantizar el cumplimiento del contrato. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-425 del 22 de julio de 2020, C-080 del 8 de abril de 2021 y C-525 del 27 de septiembre 2021. En lo pertinente, algunas de las consideraciones realizadas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Garantías en la contratación estatal**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, para seleccionar a los contratistas y para ejecutar los contratos estatales, que se requiere la constitución de garantías. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. Esta norma señala lo siguiente:

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».

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consulta elevada se refiere a las garantías que se constituyen para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, vale la pena presentar unas breves consideraciones sobre la garantía única de cumplimiento. Al respecto*,*la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido lo siguiente:

Tiene carácter indemnizatorio dado que su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

Tiene por finalidad asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista. Esta cláusula es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración[[1]](#footnote-2).

Como se observa, la finalidad y principal objetivo de la garantía de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad de los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista. Esta función, se advierte, debe irradiar la comprensión de las normas sobre garantías en general y sobre su vigencia en particular.

Por otro lado, se estima pertinente anotar que el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que los oferentes o contratistas pueden constituir las siguientes clases de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales: i) contratos de seguro contenido en una póliza, ii) patrimonio autónomo o iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by[[2]](#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 y 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. De esta manera, este decreto reiteró las garantías previstas en la Ley 1150 de 2007 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos.

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 en 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 armonía con lo anterior, el inciso final del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «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». En los demás contratos la garantía de seriedad de la oferta y cumplimiento, en principio, son obligatorias.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 27 de marzo de 2014, expresó que las garantías contractuales son necesarias para asegurar el cumplimiento de los contratos estatales, destacando su importancia y su obligatoriedad cuando el ordenamiento jurídico las exige:

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[[3]](#footnote-4).

De otro lado, 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 incluiría la garantía única de cumplimiento, dependiendo del objeto y las obligaciones de cada contrato: i) cumplimiento, ii) buen manejo y correcta inversión del anticipo, iii) devolución del pago anticipado, iv) pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) estabilidad y calidad de la obra, vi) calidad del servicio, vii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Lo anterior sin perjuicio de que se puedan incluir amparos adicionales, atendiendo a los demás eventuales incumplimientos de obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y que sean acordes con la naturaleza del contrato[[4]](#footnote-5). De otro lado, es importante precisar que en lo relacionado con el amparo de responsabilidad civil extracontractual el único mecanismo de cobertura del riesgo es el contrato de seguro[[5]](#footnote-6).

Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y la reglamentación prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, no es viable pactar con un particular una garantía diferente a las establecidas en dichas disposiciones, para amparar los riesgos a los que hace referencia el Decreto 1082 de 2015. En tal sentido, solo se pueden constituir las garantías que la normativa ha previsto, es decir, en este campo no cabe la autonomía de la voluntad como mecanismo habilitador para que en virtud del mutuo consenso sea incluida un tipo de garantía diferente a las previstas en la ley y el reglamento, pues el ordenamiento jurídico reguló este aspecto en forma imperativa, por lo que la elección solo puede realizarse de acuerdo con los mecanismos de cobertura del riesgo habilitados por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, en los términos expuestos. 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 de la Administración Pública. Así las cosas, frente a lo particularmente regulado en el régimen de garantías, solamente se puede otorgar como garantía única de cumplimiento: i) contratos de seguro contenidos en una póliza, ii) patrimonios autónomos y iii) garantías bancarias.

1. **Respuesta**

«ADEMAS DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 2.2.1.2.3.1.2. DEL DECRETO 1082 DE 2015, QUE PUEDEN OTORGAR LOS OFERENTES Y CONTRATISTAS PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS ESTATALES, QUE OTRA HERRAMIENTA Y/O GARANTÍA ES ADMISIBLE PARA CUBRIR LOS RIESGOS DERIVADOS DE SU CUMPLIMIENTO? QUE OTRA GARANTIA SE PUEDE CONSTITUIR SI LAS DETERMINADAS EN EL DECRETO 1082 DE 2015 NO PUEDEN SER EXPEDIDAS? [SIC]».

De acuerdo con lo expuesto, con fundamento en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y la reglamentación prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, no es viable pactar con un particular una garantía diferente a las establecidas en dichas disposiciones, concretamente, en lo relacionado con la garantía única de cumplimiento.

Bajo ese entendido, solamente se podrán pactar como garantía única de cumplimiento las siguientes: i) contratos de seguro contenidos en una póliza, ii) patrimonios autónomos y iii) garantías bancarias, siempre que cumplan con los criterios de suficiencia y vigencia establecidos en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015. Además, debe precisarse que en lo relacionado con el amparo de responsabilidad civil extracontractual el único mecanismo de cobertura del riesgo es el contrato de seguro –art. 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015–.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29.857. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-4)
4. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.3.1.7. [↑](#footnote-ref-5)
5. «Artículo 2.2.1.2.3.1.5. Cobertura del Riesgo de responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro». [↑](#footnote-ref-6)