**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, en los procesos de contratación pública la constitución de garantías, ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad**

La *garantía de seriedad* implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del futuro acuerdo, entre otras obligaciones. En contraste, la *garantía de cumplimiento* es un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

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

**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.

Finalizando con el análisis general del régimen de garantías en el Decreto 1082 de 2015, los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. De otro lado, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados.

**GARANTÍAS BANCARIAS – Requisitos – Entidad financiera autorizada**

Ahora bien, con el fin de abordar el objeto de la consulta y sin perjuicio de que en todo caso deba verificarse el cumplimiento del resto de condiciones exigidas para este tipo de garantías, se profundizará en la exigencia del primer numeral del artículo citado en el párrafo anterior: «1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».

Como se observa de dicha condición, para que la garantía bancaria pueda recibirse por la entidad estatal, ya sea como garantía de cumplimiento o de seriedad de la oferta, se requiere que: i) el documento sea expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, y ii) que este se otorgue de conformidad con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De esta manera, y para responder la pregunta del peticionario, resulta imprescindible que la Superintendencia Financiera haya autorizado a la entidad financiera para el otorgamiento de las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*; pues de lo contrario, la entidad estatal no podría aceptar dichas garantías al no cumplir con las condiciones previstas en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.



Bogotá D.C., 26 Septiembre 2022

Señor

**Liliana Andrea Rojas Martínez**

Villavicencio-Meta

**Concepto C – 584 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales –TIPOS DE GARANTÍAS – Póliza de seguro – Garantía bancaria o cartas de crédito de stand by – fiducia mercantil de garantía / GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍAS BANCARIAS – Requisitos – Entidad financiera autorizada. |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220805007772 |
|  |  |

Estimado Señor Rojas:

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 5 de agosto de 2022.

1. **Problema planteado**

Con respecto, a los mecanismos de cobertura de riesgos y a la competencia para expedir garantías, usted realiza la siguiente consulta: «¿una cooperativa de aporte y crédito, puede aprobar garantía de seriedad admisible como amparo de las ofertas para la ejecución de contratos con entidades públicas?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-1). Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a esta Agencia como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Así las cosas, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) las garantías en la contratación estatal y ii) el otorgamiento de garantías bancarias y cartas de crédito *stand by* en la contratación estatal, en particular, el requisito relacionado con la entidad financiera que puede otorgar la garantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en términos generales de las garantías en la contratación estatal en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2012 y C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 24 de septiembre de 2021, entre otros. En lo pertinente, algunas de las consideraciones realizadas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Garantías en la contratación estatal como mecanismos de cobertura de riesgos**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, en los procesos de contratación pública la constitución de garantías, ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. La precitada norma dispone:

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.

Las condiciones para el cumplimiento de estas obligaciones fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual prescribe en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. a 2.2.1.2.3.1.19 las clases de garantías permitidas; la indivisibilidad, por regla general, de las mismas; los riesgos objeto de cobertura; la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que deben cumplir las garantías constituidas, ya sea mediante pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos. Este último tipo de garantía fue establecida por el reglamento, previa autorización del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los proponentes o contratistas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en procesos de contratación pueden otorgar, a su elección, cualquiera de las siguientes garantías: i) contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) fiducia mercantil de garantía, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la entidad estatal beneficiaria[[2]](#footnote-2); iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand* *by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero[[3]](#footnote-3). La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, este tipo de garantías cubren ciertos riesgos identificados por las entidades estatales. Por ejemplo, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. Con respecto a las demás modalidades de selección, en principio, son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento, y frente a la garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la entidad estatal lo considere necesario.

Teniendo en cuenta este panorama general, se precisa que un tipo de garantías, como las garantías bancarias, se limitan a la seriedad de la oferta y la de cumplimiento, pues respecto de la cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del decreto 1082 de 2015 establece que solamente puede ser amparada con un contrato de seguro. A continuación, se presentan algunas consideraciones relacionadas con la garantía de seriedad de la oferta y la garantía de cumplimiento.

La *garantía de seriedad* implica una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del futuro acuerdo, entre otras obligaciones. En contraste, la *garantía de cumplimiento* es un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

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

El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que «La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario». Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción».

Naturalmente, esta garantía de seriedad solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la garantía sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[4]](#footnote-4).

En lo que atañe a la *garantía de cumplimiento,* la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido:

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[[5]](#footnote-5).

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.

Finalizando con el análisis general del régimen de garantías en el Decreto 1082 de 2015, los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. De otro lado, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados.

**2.2. Otorgamiento de garantías bancarias y cartas de crédito *stand by* en la contratación estatal: el requisito relacionado con la entidad financiera que debe otorgar la garantía**

Como se mencionó en el acápite anterior, una de las garantías que pueden otorgar los contratistas o proponentes son las garantías bancarias. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015 establece que la entidad estatal puede recibir como garantía de seriedad de la oferta o garantía de cumplimiento, garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, con la condición que cumplan con las condiciones previstas en dicho artículo[[6]](#footnote-6).

 Ahora bien, con el fin de abordar el objeto de la consulta y sin perjuicio de que en todo caso deba verificarse el cumplimiento del resto de condiciones exigidas para este tipo de garantías, se profundizará en la exigencia del primer numeral del artículo citado en el párrafo anterior: «1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».

 Como se observa de dicha condición, para que la garantía bancaria pueda recibirse por la entidad estatal, ya sea como garantía de cumplimiento o de seriedad de la oferta, se requiere que: i) el documento sea expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, y ii) que este se otorgue de conformidad con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De esta manera, y para responder la pregunta del peticionario, resulta imprescindible que la Superintendencia Financiera haya autorizado a la entidad financiera para el otorgamiento de las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*; pues de lo contrario, la entidad estatal no podría aceptar dichas garantías al no cumplir con las condiciones previstas en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

De esta manera, en cuanto a la posibilidad de que las Cooperativas de Aporte y Crédito puedan otorgar las garantías mencionadas *ut supra,* es necesario remitirse al Decreto Ley 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero» –en adelante, EOSF– la cual define las organizaciones y entidades autorizadas para expedirlas. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– en la Guía de garantías en procesos de contratación señala que: «En Colombia están facultados a emitir garantías bancarias las siguientes entidades financieras habilitadas por la Superintendencia Financiera: *a)* los bancos, *b)* las corporaciones financieras y *c)* las compañías de financiamiento. Por otra parte, únicamente los bancos y las corporaciones financieras están autorizados a emitir cartas de crédito *stand by*»[[7]](#footnote-7). En este sentido, a continuación se analizarán las disposiciones que fundamentan la anterior afirmación.

En primer lugar, la capacidad de los bancos para la expedición de garantías bancarias es el artículo 7, numeral 1, literal l, del EOSF el cual dispone: «ARTICULO 7o. OPERACIONES. 1. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: […] l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia».

 En segundo lugar, las corporaciones financieras tienen la capacidad o competencia para la expedición de garantías bancarias, de acuerdo con el artículo 12, literal k del EOSF que dispone: «ARTICULO 12. OPERACIONES AUTORIZADAS CON LAS EMPRESAS. Las corporaciones financieras, en relación con las empresas a que se refiere el artículo [11](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html#11) del presente Estatuto, sólo podrán realizar las siguientes operaciones: […] k. Otorgar y recibir avales y garantías en moneda legal o extranjera de acuerdo con las disposiciones de la Junta Directiva del Banco de la República y del Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia».

En tercer lugar, las compañías financieras tienen la facultad para la expedición de garantías bancarias, de conformidad con el artículo 24, literal g del EOSF el cual prescribe: «ARTICULO 24. OPERACIONES AUTORIZADAS. Las compañías de financiamiento comercial en desarrollo de su objeto principal podrán: […] g. Otorgar avales y garantías en los términos que para el efecto autoricen la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno según sus facultades legales».

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que la entidad financiera se organice de conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues si no lo hiciera, no podría realizar las operaciones autorizadas mencionadas previamente. De esta manera, el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra un procedimiento para la constitución de las entidades financieras, que al final resulta determinante para que la entidad pueda otorgar, tanto cartas de crédito como garantías bancarias.

No obstante, se recomienda al peticionario que si requiere un mayor análisis sobre quién o quiénes están autorizados para expedir garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, se acuda a la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con las competencias establecidas en el Decreto 2555 de 2010, pues se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo está facultada para absolver consultas sobre disposiciones de carácter general en el sistema de compra pública. Lo anterior, además, bajo el entendido de que, como lo establece el artículo 2.2.1.2.3.4.1. del Decreto 1082 de 2015, las garantías bancarias deben ser expedidas por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera.

1. **Respuesta**

«¿una cooperativa de aporte y crédito, puede aprobar garantía de seriedad admisible como amparo de las ofertas para la ejecución de contratos con entidades públicas?».

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, con el fin de abordar el objeto de la consulta y sin perjuicio de que en todo caso deba verificarse el cumplimiento del resto de condiciones exigidas para este tipo de garantías, se profundizará en la exigencia del primer numeral del artículo citado en el párrafo anterior: «1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».

 Como se observa de dicha condición, para que la garantía bancaria pueda recibirse por la entidad estatal, ya sea como garantía de cumplimiento o de seriedad de la oferta, se requiere que: i) el documento sea expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, y ii) que este se otorgue de conformidad con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De esta manera, y para responder la pregunta del peticionario, resulta imprescindible que la Superintendencia Financiera haya autorizado a la entidad financiera para el otorgamiento de las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*; pues de lo contrario, la entidad estatal no podría aceptar dichas garantías al no cumplir con las condiciones previstas en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

De esta manera, en cuanto a la posibilidad de que las Cooperativas de Aporte y Crédito puedan otorgar las garantías mencionadas *ut supra,* es necesario remitirse al Decreto Ley 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero» –en adelante, EOSF– la cual define las organizaciones y entidades autorizadas para expedirlas. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– en la Guía de garantías en procesos de contratación señala que: «En Colombia están facultados a emitir garantías bancarias las siguientes entidades financieras habilitadas por la Superintendencia Financiera: *a)* los bancos, *b)* las corporaciones financieras y *c)* las compañías de financiamiento. Por otra parte, únicamente los bancos y las corporaciones financieras están autorizados a emitir cartas de crédito *stand by*»[[8]](#footnote-8). En este sentido, a continuación se analizarán las disposiciones que fundamentan la anterior afirmación.

En primer lugar, la capacidad de los bancos para la expedición de garantías bancarias es el artículo 7, numeral 1, literal l, del EOSF el cual dispone: «ARTICULO 7o. OPERACIONES. 1. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: […] l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia».

 En segundo lugar, las corporaciones financieras tienen la capacidad o competencia para la expedición de garantías bancarias, de acuerdo con el artículo 12, literal k del EOSF que dispone: «ARTICULO 12. OPERACIONES AUTORIZADAS CON LAS EMPRESAS. Las corporaciones financieras, en relación con las empresas a que se refiere el artículo [11](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html#11) del presente Estatuto, sólo podrán realizar las siguientes operaciones: […] k. Otorgar y recibir avales y garantías en moneda legal o extranjera de acuerdo con las disposiciones de la Junta Directiva del Banco de la República y del Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia».

En tercer lugar, las compañías financieras tienen la facultad para la expedición de garantías bancarias, de conformidad con el artículo 24, literal g del EOSF el cual prescribe: «ARTICULO 24. OPERACIONES AUTORIZADAS. Las compañías de financiamiento comercial en desarrollo de su objeto principal podrán: […] g. Otorgar avales y garantías en los términos que para el efecto autoricen la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno según sus facultades legales».

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que la entidad financiera se organice de conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues si no lo hiciera, no podría realizar las operaciones autorizadas mencionadas previamente. De esta manera, el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra un procedimiento para la constitución de las entidades financieras, que al final resulta determinante para que la entidad pueda otorgar, tanto cartas de crédito como garantías bancarias.

No obstante, se recomienda al peticionario que si requiere un mayor análisis sobre quién o quiénes están autorizados para expedir garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, se acuda a la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con las competencias establecidas en el Decreto 2555 de 2010, pues se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo está facultada para absolver consultas sobre disposiciones de carácter general en el sistema de compra pública. Lo anterior, además, bajo el entendido de que, como lo establece el artículo 2.2.1.2.3.4.1. del Decreto 1082 de 2015, las garantías bancarias deben ser expedidas por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez CardonaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Griales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibídem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. [↑](#footnote-ref-1)
2. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem., p. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito stand by, que «El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista». [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-4)
5. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-5)
6. «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.4.1. Garantías bancarias. La Entidad Estatal puede recibir como garantía, en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del presente decreto, garantías bancarias y las cartas de crédito stand by, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:

»1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

»2. La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal.

»3. La garantía bancaria debe ser irrevocable.

»4. La garantía bancaria debe ser suficiente en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del presente decreto.

»5. El garante debe haber renunciado al beneficio de excusión». [↑](#footnote-ref-6)
7. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Op cit., pp. 17-18. [↑](#footnote-ref-7)
8. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Op cit., pp. 17-18. [↑](#footnote-ref-8)