**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.

**TIPOS DE GARANTÍAS – Póliza de seguro – Garantía bancaria– fiducia mercantil de garantía**

[…] los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: 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; 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. 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.

**GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Noción**

Como puede observarse, 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. En efecto, según el 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, la garantía única de cumplimiento cuenta con varios amparos, que incluyen el de buen manejo y correcta inversión del anticipo; la devolución del pago anticipado; el amparo de cumplimiento del contrato; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, entre otros. Por tanto, el amparo de cumplimiento, que constituye el objeto central de este concepto, es uno de los múltiples amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. *ibídem* la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

**GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Vigencia / GARANTÍAS – Plazo para su reclamación**

[…] en relación con la vigencia de las garantías, el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del citado Decreto señala expresamente que «[l]a garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato». Lo primero que debe ponerse de presente es que esta disposición no se refiere a la garantía única de cumplimiento en su totalidad, sino exclusivamente al amparo de cumplimiento, al que se viene haciendo referencia, lo cual explica que los artículos anteriores y subsiguientes establezcan términos diferentes para los demás amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Así, por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13 *Ibidem* prescribe que la garantía de pago de salarios y prestaciones sociales debe estar vigente por el plazo del contrato y 3 años adicionales y, a su vez, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 establece un término, por regla general, no inferior a 5 años para la garantía de estabilidad de la obra, contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. Al respecto, tal como se indicó en Concepto C-479 de esta Agencia, es preciso distinguir dos conceptos jurídicos relevantes para comprender el alcance del artículo 2.2.1.2.3.1.12., esto es, de un lado, la vigencia de la garantía y, de otro, el plazo para su reclamación. Esta distinción es importante, pues para hacer una reclamación válida al garante no es indispensable que la garantía se encuentre vigente, sino que lo haya estado en el momento de la concreción de riesgo.

**GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA – concepto / responsabilidad exigible al contratista – Garantía decenal**

De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Al respecto, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha manifestado que el recibo de la obra no implica la aceptación de su estabilidad y tampoco exonera de cumplir con la obligación de saneamiento por los vicios que son inherentes a la construcción de la obra. […] es preciso mencionar que la jurisprudencia ha diferenciado la obligación de garantizar el contrato de obra pública mediante póliza, con la responsabilidad exigible al contratista en virtud del artículo 2060 del Código Civil, en tanto que las obligaciones de estabilidad de la obra tienen origen en el contrato, no lo libera de las obligaciones garantizadas por el término señalado en el Código Civil, por ello ha dicho: Por eso, en principio, el hecho de que el contratista constructor constituya la garantía de estabilidad de la obra por un período menor a los diez años, no implica que por el tiempo faltante cese la obligación que la ley civil le impone de responder si se presentan vicios inherentes a la construcción y a la calidad de los materiales, sino que comporta que la entidad pública dueña de la obra pueda hacerla exigible con fundamento en la garantía de seguro constituida por el contratista constructor, si llegasen a aparecer en el período de garantía. Igualmente, el vencimiento de la garantía no libera al constructor de la responsabilidad que le incumbe por la estabilidad de la obra y la buena calidad de los materiales utilizados, durante el término que reste de la obligación decenal establecida en el artículo 2060 del Código Civil.



Bogotá D.C., 07 diciembre de 2022

Señor

**Santiago Bernal Amado**

**bernalsantiago60@gmail.com**

**Villavicencio**

 **Concepto C – 845 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 CUMPLIMIENTO – Noción / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Vigencia / GARANTÍAS – Plazo para su reclamación / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA – Concepto / RESPONSABILIDAD EXIGIBLE AL CONTRATISTA – Garantía decenal |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20221024010723  |

Estimado señor Bernal:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta remitida el 11 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«Mediante la presente solicito su colaboración, para que se me resuelva una duda que tengo acerca de las pólizas de cumplimiento de un contrato de obra. Una vez se vence el tiempo de cobertura de la póliza de garantía de un contrato de obra, quien es el responsable ante el daño o la mala ejecución de la obra»

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 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. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes 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[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el contenido sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala «[…] los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten[[2]](#footnote-3).

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Garantía en la contratación estatal como mecanismos de cobertura, ii) Garantía de cumplimiento: noción y vigencia**.**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal, entre otros, en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C- 567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, y C-126 de 25 de marzo de 2022. Las tesis expuestas en estos conceptos se desarrollan y se complementan en lo pertinente a continuación.

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

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por regla general, para seleccionar los contratistas y para ejecutar los contratos 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:

«Artículo 7. 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 en las que debe cumplirse esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual entre sus artículos 2.2.1.2.3.1.1. y 2.2.1.2.3.1.19 se refiere a asuntos como las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de estas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de garantía, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas por los contratistas ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarías o patrimonios autónomos.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: 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[[3]](#footnote-4); 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[[4]](#footnote-5). 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, las 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 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 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 mecanismo de cobertura del riesgo como la garantía bancaria solo puede emplearse para amparar la seriedad de la oferta y el cumplimiento, pues la cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual solamente puede ser amparada con un contrato de seguro, según el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015. Por su parte, las pólizas de seguro pueden constituirse como garantías únicas de cumplimiento, garantías de seriedad de la oferta y garantías de responsabilidad civil extracontractual.

A partir de las fases del Proceso de Contratación, la «*Guía de garantías en los procesos de contratación»* expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expone los riesgos que deben cubrirse mediante las garantías:

i) *Selección o etapa previa*: el proponente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos: la no ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses; retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación; la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario; la no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

ii) Contratación y ejecución: en esta fase la garantía debe cubrir los riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos, de acuerdo con las condiciones del contrato: buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. En adición a la garantía de cumplimiento, la Entidad Estatal puede solicitar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para aquellos contratos en los que el desarrollo del objeto implica un riesgo de daños a terceros. En cuanto al amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar las obligaciones laborales y salariales que puedan presentarse por el incumplimiento del deber del pago por parte del contratista.

iii) Garantías posteriores a la ejecución: cubren los riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos pueden ser: estabilidad y calidad de la obra; calidad del servicio; y calidad y correcto funcionamiento de los bienes[[5]](#footnote-6).

En cada caso, la obligatoriedad de exigir garantías depende de los tipos contractuales y de las modalidades de selección que deban aplicarse, de acuerdo con el objeto contenido en los procesos de contratación. Asimismo, los amparos que estarán inmersos en cada garantía dependerán de los riesgos que son propios de cada tipo contractual.

**2.2. Garantía de cumplimiento: noción y vigencia**

La Guía de Garantías en procesos de Contratación señala que «Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación»[[6]](#footnote-7). En relación con la garantía de cumplimiento, 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[[7]](#footnote-8).»

Como puede observarse, 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.

En efecto, según el 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015[[8]](#footnote-9), la garantía única de cumplimiento cuenta con varios amparos, que incluyen el de buen manejo y correcta inversión del anticipo; la devolución del pago anticipado; el amparo de cumplimiento del contrato; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, entre otros.

Por tanto, el amparo de cumplimiento, que constituye el objeto central de este concepto, es uno de los múltiples amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. *ibídem* la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

De otra parte, en relación con la vigencia de las garantías, el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del citado Decreto señala expresamente que «[l]a garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato».

Lo primero que debe ponerse de presente es que esta disposición no se refiere a la garantía única de cumplimiento en su totalidad, sino exclusivamente al amparo de cumplimiento, al que se viene haciendo referencia, lo cual explica que los artículos anteriores y subsiguientes establezcan términos diferentes para los demás amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Así, por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13 *Ibidem* prescribe que la garantía de pago de salarios y prestaciones sociales debe estar vigente por el plazo del contrato y 3 años adicionales y, a su vez, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 establece un término, por regla general, no inferior a 5 años para la garantía de estabilidad de la obra, contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra.

Al respecto, tal como se indicó en Concepto C-479 de 2021 de esta Agencia, es preciso distinguir dos conceptos jurídicos relevantes para comprender el alcance del artículo 2.2.1.2.3.1.12., esto es, de un lado, la vigencia de la garantía y, de otro, el plazo para su reclamación. Esta distinción es importante, pues para hacer una reclamación válida al garante no es indispensable que la garantía se encuentre vigente, sino que lo haya estado en el momento de la concreción de riesgo, como se pasa a explicar.

En relación con este aspecto, el artículo 1047 del Código de Comercio establece que la póliza debe expresar, entre otros, «ii) la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras». El Consejo de Estado se pronunció sobre esta disposición en los siguientes términos:

«Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales[[9]](#footnote-10).»

Resulta claro que el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia del contrato, es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias. Sin embargo, ello no puede confundirse con el término para hacer la reclamación de un riesgo ocurrido durante el término de vigencia de la garantía, pues para ello resulta necesario recurrir a las normas sobre prescripción de las acciones.

De otro lado, puede afirmarse que, en términos ideales, una vez culmina el plazo de ejecución, deja de existir también, en gran medida, el riesgo de incumplimiento por parte del contratista, pues los incumplimientos del contrato suelen ocurrir durante la etapa de cumplimiento, o ejecución de las obligaciones. Lo anterior no pretende desconocer que para ciertos contratos algunas obligaciones y su exigibilidad subsisten más allá del plazo acordado para la ejecución del objeto principal, tal puede ser el caso de los aportes a la seguridad social de los trabajadores vinculados a la ejecución del objeto del contrato o la estabilidad de la obra. Sin perjuicio de lo anterior, el vencimiento del plazo de ejecución del contrato, cuando es suspensivo, sin que el contratista haya ejecutado sus obligaciones, también es determinante para constatar el incumplimiento del contratista. La apreciación general anterior, según lo explicado, indica que muchos de los incumplimientos pueden darse durante la ejecución del contrato, pero es posible que este también ocurra una vez vencido el plazo de ejecución.

Ahora, volviendo sobre la vigencia de la garantía de cumplimiento, en cuanto al amparo de cumplimiento del contrato, la norma reglamentaria citada con anterioridad es clara y exige que la garantía permanezca vigente hasta la liquidación del contrato, esto es, más allá del plazo de ejecución y de vigencia del contrato estatal. Por tanto, en virtud de dicha disposición, el contratista debe cumplir con la obligación consistente en mantener la vigencia mínima del amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato.

Por lo tanto, la vigencia de dicha garantía no entra dentro del ámbito de discrecionalidad de la entidad contratante y, de este modo, es necesario concluir que la garantía debe mantenerse vigente durante los plazos dispuestos para la liquidación desarrollados en el numeral anterior o hasta que esta efectivamente se realice.

Es preciso mencionar que el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, establece que existen obligaciones posteriores a la liquidación, y que: «vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.»

Ahora bien, tratándose del amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060 del Código Civil[[10]](#footnote-11), el numeral 5 del artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «[…] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción».

Por otra parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 prescribe que «Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato», agregando que «La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato». A tales efectos, la norma establece que «Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso».

De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Al respecto, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha manifestado que el recibo de la obra no implica la aceptación de su estabilidad y tampoco exonera de cumplir con la obligación de saneamiento por los vicios que son inherentes a la construcción de la obra, y el contratista está llamado a responder por ello.

El Consejo de Estado ha delimitado la finalidad del amparo de estabilidad de la obra para indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en aquellos eventos en los que la obra ejecutada amenace ruina o deterioro a consecuencia de vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio. Lo anterior se reafirma a partir de las exigencias que el Código Civil ha establecido para que resulte procedente predicar la responsabilidad contractual del constructor, contenidas en el numeral tercero del artículo 2060. Así las cosas, si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el defecto de construcción y su atribución al contratista, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual. Patrocinar una presunción sobre este aspecto sería tanto como presumir la imputación por el solo estado de la vía, lo cual no resulta procedente en tanto es preciso demostrar que la afectación de la vía o las fallas presentadas en la misma son consecuencia de un defecto en la construcción, un vicio del suelo que el personal del contratista debiera conocer o vicios en los materiales suministrados, tal como se desprende de la normativa en cita.[[11]](#footnote-12)

Entonces, se ha sostenido que el amparo de la estabilidad de la obra tiene por objeto «la cobertura de los riegos que soporta la entidad contratante en aquellos eventos en los que, con posterioridad a la terminación y entrega a satisfacción de la construcción o edificación, se presenten graves deterioros que por causa de un vicio oculto no se podían advertir con anterioridad, e impidan su normal utilización»[[12]](#footnote-13)

Finalmente, es preciso mencionar que la jurisprudencia ha diferenciado la obligación de garantizar el contrato de obra pública mediante garantías, con la responsabilidad exigible al contratista en virtud del artículo 2060 del Código Civil, en tanto que las obligaciones de estabilidad de la obra tienen origen en el contrato y esto no lo libera de las obligaciones garantizadas por el término señalado en el Código Civil para edificaciones, por ello ha dicho:

«Por eso, en principio, el hecho de que el contratista constructor constituya la garantía de estabilidad de la obra por un período menor a los diez años, no implica que por el tiempo faltante cese la obligación que la ley civil le impone de responder si se presentan vicios inherentes a la construcción y a la calidad de los materiales, sino que comporta que la entidad pública dueña de la obra pueda hacerla exigible con fundamento en la garantía de seguro constituida por el contratista constructor, si llegasen a aparecer en el período de garantía.

Igualmente, el vencimiento de la garantía no libera al constructor de la responsabilidad que le incumbe por la estabilidad de la obra y la buena calidad de los materiales utilizados, durante el término que reste de la obligación decenal establecida en el artículo 2060 del Código Civil.

Por lo tanto, terminado el contrato de obra, debido al interés público, el contratista tiene a su cargo la obligación de dejar indemne a la entidad contratante de los perjuicios relacionados con la destrucción y la amenaza de ruina de la obra por vicio de la construcción, o del suelo, o de los materiales, según el caso, por un término no inferior a diez años posteriores a la entrega, con independencia de que el plazo de vigencia de la garantía del seguro sea menor. Se dice término inferior, pues bien puede suceder que la naturaleza de la obra determine un plazo mayor de extensión de la responsabilidad.[[13]](#footnote-14)»

**3. Respuesta**

«Mediante la presente solicito su colaboración, para que se me resuelva una duda que tengo acerca de las pólizas de cumplimiento de un contrato de obra. Una vez se vence el tiempo de cobertura de la póliza de garantía de un contrato de obra, quien es el responsable ante el daño o la mala ejecución de la obra»

De acuerdo con lo manifestado *ut supra*, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general. Por ello, resolver casos particulares, conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal o brindar asesorías sobre situaciones específicas desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

 Por demás, de acuerdo con las consideraciones, el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia del contrato, es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias. Sin embargo, ello no puede confundirse con el término para hacer la reclamación de un riesgo ocurrido durante el término de vigencia de la garantía, pues para ello resulta necesario recurrir a las normas sobre prescripción de las acciones.

En términos ideales, una vez culmina el plazo de ejecución, deja de existir también, en gran medida, el riesgo de incumplimiento por parte del contratista, pues los incumplimientos del contrato suelen ocurrir durante la etapa de cumplimiento, o ejecución de las obligaciones. Lo anterior no pretende desconocer que para ciertos contratos algunas obligaciones y su exigibilidad subsisten más allá del plazo acordado para la ejecución del objeto principal. Sin embargo, la apreciación general es que muchos de los incumplimientos pueden darse durante la ejecución del contrato, pero es posible que este también ocurra una vez vencido el plazo de ejecución. Es importante tener en cuenta el momento de la concreción del daño, porque independientemente que la garantía no esté vigente, se puede hacer una reclamación válida al garante.

Ahora bien, la garantía de estabilidad de la obra tiene por objeto la «cobertura de los riegos que soporta la entidad contratante en aquellos eventos en los que con posterioridad a la terminación y entrega a satisfacción de la construcción o edificación, se presenten graves deterioros que por causa de un vicio oculto no se podían advertir con anterioridad, e impidan su normal utilización», y sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060 del Código Civil para edificaciones, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 399 de 2021, establece que la garantía de estabilidad y calidad de la obra debe estar vigente por un término no inferior a 5 años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso.

Sin embargo, como se dejó expuesto, aún vencida la garantía que ampare el riesgo, si se presenta algún vicio relacionado con la construcción, el suelo, o los materiales, según sea el caso, dentro de los 10 años contados desde la terminación y entrega de las obras, es posible instaurar el medio de control correspondiente para exigir la responsabilidad del contratista, de conformidad con la garantía decenal establecida en el artículo 2060 del Código Civil para edificaciones.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar Castillo Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: |  Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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 *ibidem* 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». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: «El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

 »La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

 »La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República coma sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

»La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos». (ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2ª ed. Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59). [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. Ibíd., pp. 5-6. [↑](#footnote-ref-6)
6. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de Garantías en Proceso de Contratación. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf> [↑](#footnote-ref-7)
7. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-8)
8. La norma citada dispone: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

»1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

»2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

»3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

»3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

»3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

»3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

»3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

»4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

»La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

»5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

»6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios deri­vados de la deficiente calidad del servicio prestado.

»7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

»8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato». [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 19 de junio de 2013. Exp. 25472. [↑](#footnote-ref-10)
10. Esta norma dispone que «Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[…]

»3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041,2057 inciso final […]». [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp. 20.810. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C, Sentencia de 28 de ferbero de 2020, exp. 46852 [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 15 de diciembre de 2011, Exp. 40.586 [↑](#footnote-ref-14)