**GARANTIAS EN PROCESOS DE CONTRACIÓN-Regla General**

En lo que atañe a los gastos que pueden incurrir los proponentes en un proceso de contratación; encontramos en El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – 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.

**GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA- Alcance – Finalidad**

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 Proceso de Contratación. 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.

Frente a la obligación de las Entidades Estatales de exigir la garantía de seriedad de la oferta en contratos de obra, es pertinente indicar que la “Guía de Garantías en los Procesos de Contratación”, al analizar si todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía señala que 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. En relación con las demás modalidades la guía dispone que son obligatorias la *garantía de seriedad* de la oferta y la garantía de cumplimiento. Tratándose de la garantía de responsabilidad civil extracontractual será obligatoria su constitución en los contratos de obra y en aquellos en los cuales las Entidad Estatal lo considere necesario debido a su objeto o naturaleza

Bogotá D.C., 16 Octubre 2024

Señor

**Milton Riaño Hernandez** miltonriano062@gmail.com Bogotá D.C.

# Concepto C-423 de 2024

**Temas:** GARANTIAS EN PROCESOS DE CONTRACIÓN-Regla General / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA-

Alcance – Finalidad

**Radicación:** Respuesta a consulta con radicado No. P20240905009047

Estimada señora Mosquera:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 05 de septiembre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*Por medio de la presente solicito amablemente me indiquen que costos y gastos deben pagar los proponentes o contratistas para que puedan participar en un proceso de contratación con el estado y que normativa regula este tipo de gastos y costos que deben ser pagados por los proponentes o los contratistas.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del

sistema de compra pública. 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.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

# Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los proponentes deben incurrir en gastos para participar en un proceso de contratación?

# Respuesta:

La participación en los procesos de contratación no exige efectuar un pago para hacerse participe al proceso, debido a que se traduciría en una limitante para contratar. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, cada oferente está en la libertad de los incurrir en los gastos que de forma autónoma considere necesario para participar al proceso (gastos de papelería, empaque entre otros).

No obstante, a lo anterior, el artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015 contempla la constitución de la garantía de seriedad de la oferta por parte del proponente, siendo este un gasto precontractual en que incurre el proponente exigido por la entidad y la normativa para participar en el proceso de contratación.

Por tal razón, las entidades en el momento de elaborar los pliegos de condiciones deben establecer la obligatoriedad de la garantía de seriedad de oferta en las modalidades de selección en las que es obligatoria su constitución, como, por ejemplo, en la licitación pública, en la selección abreviada y en el concurso de méritos. No obstante, en el evento en que la

garantía de la oferta no esté regulada en el pliego de condiciones, a pesar de su obligatoriedad, la entidad no podrá excusarse para no exigirla, ni los oferentes pueden ver en ello un vacío para excusarse de no presentarla .

Ahora bien, le corresponde a cada Entidad contratante identificar y justificar en la planeación del Proceso de Contratación, las garantías a solicitar de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato. Este requisito el contratante deberá justificar su necesidad cuando sean procesos en la modalidad de contratación directa, mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, ya que en estos casos no es obligatorio la adquisición de garantías por parte del proponente1.

Se recuerda que las entidades son autónomas en la estructuración de sus procesos de contratación, sin embargo, deberán dar cumplimiento a la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015.

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

En lo que atañe a los gastos que pueden incurrir los proponentes en un proceso de contratación; encontramos en El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – 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 citada norma dispone:

1 Colombia Compra Eficiente. Guía de garantías en procesos de contratación. Pag. 4 y 5. Disponible en: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_garantias.p](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf) [df](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf)

“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 cobertura, 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:

* 1. contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales;
	2. 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 beneficiaria2;
	3. 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 dinero3. 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

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.

La “Guía de Garantías en Procesos de Contratación”4 señala que “Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación”. Específicamente, 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,

2 Colombia Compra Eficiente. Guía de garantías en procesos de contratación. Página. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf>

3 Ibidem. Página. 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”.

4 Ibidem

entre otras obligaciones. Desde esta perspectiva, la garantía de seriedad de la oferta constituye 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 Proceso de Contratación. 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.

Frente a la obligación de las Entidades Estatales de exigir la garantía de seriedad de la oferta en contratos de obra, es pertinente indicar que la “Guía de Garantías en los Procesos de Contratación”, al analizar si todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía señala que 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. En relación con las demás modalidades la guía dispone que son obligatorias la *garantía de seriedad* de la oferta y la garantía de cumplimiento. Tratándose de la garantía de responsabilidad civil extracontractual será obligatoria su constitución en los contratos de obra y en aquellos en los cuales las Entidad Estatal lo considere necesario debido a su objeto o naturaleza

Es necesario aclarar que la participación en los procesos de contratación no exige efectuar un pago para hacerse participe al proceso, todo gasto que solicite al oferente debe estar sustentando en el EGCAP de acuerdo con los principios generales que rige la contratación estatal, como el caso en mención de la garantía de la seriedad oferta. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, cada oferente está en la libertad de los incurrir en los gastos que de forma autónoma considere necesario para participar al proceso ( gastos de papelería, empaque entre otros).

Se recuerda que las entidades son autónomas en la estructuración de sus

procesos de contratación, sin embargo, deberán dar cumplimiento a la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015.

# Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

* Ley 80 de 1993.
* Ley 1150 de 2007, artículo 7
* Decreto 1082, desde el articulo 2.2.1.2.3.1.1. hasta el 2.2.1.2.3.1.19
* Colombia Compra Eficiente. Guía de garantías en procesos de contratación. Disponible en: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_docu](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf) [ments/cce\_guia\_garantias.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf)
1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado 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, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-583 del 19 de octubre de 2022, C-584 del 26 de septiembre de 2022, C-712 del 13 de octubre de 2022 y C-845 del 7 de diciembre de 20225. En cuanto a las características de la garantía de seriedad de la oferta, esta Agencia profirió los siguientes conceptos: 2201913000008068 del 28 de octubre del 2019, 2201913000008484 del 14 de noviembre del 2019, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-036 del 31 de marzo de 2023, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/> .

5 Los conceptos expedidos por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública pueden ser consultados en plataforma de relatoría a la cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

Te invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024, en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace : [BOLETÍN DE RELATORÍA 2024](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Crey.saido%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527544582030%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=YvccNNW8YFnwr2IplI%2B7zBA7lL9qtOF5lpN897VuQKs%3D&reserved=0) [–](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Crey.saido%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527544582030%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=YvccNNW8YFnwr2IplI%2B7zBA7lL9qtOF5lpN897VuQKs%3D&reserved=0) [IV | Colombia Compra Eficiente |](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Crey.saido%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527544582030%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=YvccNNW8YFnwr2IplI%2B7zBA7lL9qtOF5lpN897VuQKs%3D&reserved=0) [Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Crey.saido%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527544582030%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=YvccNNW8YFnwr2IplI%2B7zBA7lL9qtOF5lpN897VuQKs%3D&reserved=0)

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital) [prensa/boletin-digital](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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,



Rey David Siado Quintero

Elaboró:

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Cielo Victoria González Meza

Revisó:

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Carolina Quintero Gacharná

Aprobó:

 Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE