FORMATO PQRSD

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 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 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.

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.

GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Suficiencia

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 399 de 2021, la garantía de estabilidad y calidad de la obra 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 asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar.

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.

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. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.

FORMATO PQRSD

Bogotá D.C., 10 de Diciembre de 2024

Señor
Alexis Cardona Ortiz
alexisbcardona@hotmail.com
Maicao, La Guajira

Concepto C – 919 de 2024

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Suficiencia

Radicación: Respuesta a consulta con radicados No. P20241122011818, P20241125011830, P20241129012013 y P20241202012087 –Acumulados–

Estimado señor Cardona Ortiz:

FORMATO PQRSD

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 las solicitudes de los puntos 1 a 4 de la consulta con fecha del 19 de noviembre 2024 realizada a la Procuraduría General de la Nación, las cuales –conforme al artículo 21 de la Ley 1437 de 2011– fueron remitidas por competencia a esta entidad mediante correo electrónico del 22 de noviembre de 2024. En los puntos mencionados –respecto al artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021, sobre la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra– pregunta *in extenso* lo siguiente:

> "**1. Alcance de la Póliza de Cumplimiento y Estabilidad de Obra**
>
> La Ley 80 de 1993, junto con la Ley 1150 de 2007, establece que las garantías contractuales buscan proteger los intereses del Estado frente al incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.
>
> Sin embargo, la cobertura de la **Póliza de Cumplimiento y Estabilidad de Obra** generalmente tiene un plazo limitado a un año después de la entrega de la obra.
>
> Dado lo anterior, solicito:
>
> 1. Interpretación de la Procuraduría sobre los alcances y limitaciones de la cobertura de dichas pólizas. En particular, solicito un concepto sobre si es jurídicamente procedente imputar responsabilidad al contratista por deterioros ocurridos una vez vencido el plazo de cobertura, considerando que el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 establece que los contratos deben cumplirse conforme a lo pactado.
>
> 2. Análisis sobre el principio de **buena fe contractual** (Articulo 83 de la Constitución), dado que en la práctica la interpretación amplia de las responsabilidades podría generar inseguridad jurídica, afectando al contratista incluso más allá del tiempo razonable establecido por las pólizas.
>
> Adicionalmente, considero relevante determinar si, en situaciones específicas, el incumplimiento de las garantías aseguradas puede ser imputado al contratista incluso cuando el deterioro de las obras obedezca a factores externos no contemplados al momento de la ejecución contractual.
>
> **2. Consideraciones Ambientales y Geográficas en La Guajira**

FORMATO PQRSD

El Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) establece que los contratistas deben garantizar la estabilidad de las obras en función de las condiciones específicas del territorio. Sin embargo, en zonas como La Guajira, donde las características desérticas, la salinidad y la alta exposición a factores climáticos extremos son predominantes, el cumplimiento de este principio es un desafío técnico y financiero considerable.

Por lo tanto, solicito a la Procuraduría:

1. Conceptuar sobre cómo debe interpretarse la responsabilidad del contratista frente al **deterioro natural de las obras** por condiciones geográficas, particularmente cuando dichos factores exceden los riesgos previsibles o se encuadran dentro de los eventos de fuerza mayor y caso fortuito, conforme al artículo 64 del Código Civil.

2. Exponer su posición frente a los temblores frecuentes en La Guajira y otros departamentos del Caribe, considerando que este fenómeno geológico ha sido clasificado por el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres como un evento recurrente y de alto impacto.

El análisis solicitado resulta imperativo para garantizar una imputación proporcional y justa de responsabilidades en los procesos fiscales, evitando que se endilgue al contratista la totalidad de las afectaciones, en desmedro del principio de **equidad contractual**.

3. Modificaciones a las Obras por Comunidades Indígenas en Ejercicio de su Autonomía

El Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, garantiza a las comunidades indígenas el derecho a la autodeterminación, incluyendo el uso y adaptación de infraestructuras dentro de sus territorios en función de sus costumbres. En ese contexto, la autonomía otorgada por el artículo 330 de la Constitución implica un desafío adicional para los contratistas.

Por ello, solicito:

1. Concepto sobre la aplicabilidad del marco normativo que regula las modificaciones realizadas por comunidades indígenas a obras públicas entregadas a satisfacción.

2. Aclaración de si estas modificaciones, realizadas bajo el marco de la autonomía indígena, exoneran de responsabilidad fiscal al contratista, quien no tiene control sobre los cambios efectuados por las comunidades receptoras de las obras.

3. Valoración del principio de **equilibrio contractual** en estas situaciones, evitando que las alteraciones posteriores realizadas por los beneficiarios sean imputadas al contratista.

4. Recepción de Obras en Buen Estado y Posterior Modificación por Beneficiarios

El artículo 15 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) establece que los contratistas tienen derecho a que las obras entregadas sean utilizadas adecuadamente por los beneficiarios. Sin embargo, existen casos donde, tras la entrega formal de las obras y su recepción a satisfacción, los beneficiarios proceden a modificar, desmantelar o deteriorar las mismas.

Ante ello, solicito:

1. Interpretación de la Procuraduría sobre la delimitación de responsabilidades fiscales en estos casos, dado que el contratista pierde control sobre la obra al momento de su entrega formal.

2. Análisis de precedentes jurisprudenciales y administrativos que esclarezcan los criterios para evitar una imputación desproporcionada de responsabilidades al contratista en estas circunstancias". (Énfasis dentro del texto)

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 con posible incidencia disciplinaria mencionadas en su petición, pero

haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿cuál es el marco jurídico de la garantía de estabilidad y calidad de la obra en el sistema de compras públicas?

II. Respuesta:

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras y contratación pública, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 –después de la modificación del artículo 3 del Decreto 399 de 2021– regula la suficiencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra. Para efectos de la vigencia y el monto, el inciso primero dispone 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 asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar". No obstante, en lo que atañe al plazo, la norma consagra una excepción, puesto que la norma faculta a la entidad para establecer una garantía por un plazo inferior a cinco (5) años, sin que la misma tenga una duración inferior a uno (1).

Al respecto, deberá emitirse una "justificación", entendida como la "Prueba convincente de algo", de acuerdo con su área profesional. Sin limitarse a la cuantía del proceso, la justificación técnica se relaciona con "[…] el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros […]". Con fundamento en la opinión del experto, la entidad encargada del proceso de selección definirá si existe una justificación razonable para constituir la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a cinco (5) años.

Finalmente, conforme a los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, las entidades deben realizar el análisis de los riesgos y de la forma de mitigarlos en los estudios del sector, en los estudios previos y en el pliego de condiciones, documentos propios de la etapa precontractual. Allí deben precisar la cobertura de las garantías, sin perjuicio de las observaciones que formulen los interesados y de los ajustes realizados al pliego de condiciones definitivo cuando éstas se aceptan.

Sin perjuicio de lo anterior debe advertirse que el análisis requerido para para resolver problemas puntuales en torno a la garantía de estabilidad y calidad debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones frente a órganos de control como la Procuraduría General de la Nación.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Por regla, para seleccionar contratistas y para ejecutar contratos se requiere la constitución de garantías. Por un lado, la *garantía de seriedad* 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 selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten las propuestas, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, 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[1]. Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

> "Las *garantías provisionales* 'avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista'; constituyen una seña pre-contractual destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las *arras* no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del *ius poenitendi* del licitante. Son, en consecuencia, 'la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente'; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad"[2]. (Cursivas dentro del texto)

En contraste, mediante la *garantía de única de cumplimiento*, el contratista ampara los perjuicios que le pueda generar a la entidad el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato[3]. En esta medida, tienen como objetivo reparar los perjuicios causados por conductas atribuibles al contratista, por lo que estos últimos son un presupuesto necesario para el pago que cubre la garantía. Para estos efectos es única, ya que "[…] La prioridad […] es que no haya garantías separadas para los diferentes riesgos, aunque existan varias garantías para diferentes proporciones del interés asegurado […]"[4].

Desde esta perspectiva, ambas garantías constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una

[1] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[2] DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289.
[3] Para la jurisprudencia, "[…] los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual. Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el riesgo asegurado" (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Exp. 28278. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).
[4] ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. Seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 44.

utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas. Conforme al inciso segundo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, pueden otorgarse a través de: i) contratos de seguro, ii) garantías bancarias o iii) los demás mecanismos de cobertura del riesgo que disponga el reglamento. Igualmente establece que "[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]". Esta norma es una excepción a la terminación automática del contrato de seguro prevista en los artículos 1068 y 1071 del Código de Comercio[5]. De esta manera, las garantías previstas en la ley tienen como objetivo asegurar la solvencia del garante[6].

El Decreto 1082 de 2015 reglamenta las condiciones en que debe cumplirse esta obligación. Los artículos 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional regulan asuntos como las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de garantía, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos.

El artículo 2.2.1.2.3.1.3, por ejemplo, establece que la "garantía de cobertura del Riesgo es indivisible", además de la obligación de los contratantes de establecer en los pliegos de condiciones las garantías exigidas para cada periodo contractual[7]. Por su parte, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la

[5] Al respecto, el inciso primero del artículo 1068 del Código de Comercio dispone lo siguiente: "La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Igualmente, el inciso primero del artículo 1071 *ibidem* prescribe: "El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador".

[6] ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Bogotá: Legis, 2000. p. 247. Respecto a las pólizas, la doctrina explica que "En rigor, el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente 'preparada para absorber el riesgo de indemnización'" (Cfr. STIGLITZ, Rubén S. Derecho de seguros. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001. p. 21).

[7] "Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:

FORMATO PQRSD

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[8]. Esto además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.

2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente título.

3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente".

[8] "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.

en los contratos de obra, así en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 *ibidem*.

Respecto a la garantía de estabilidad y calidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 –después de la modificación del artículo 3 del Decreto 399 de 2021– regula la suficiencia del amparo. Para efectos de la vigencia y el monto, el inciso primero dispone 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 asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar". No obstante, en lo que atañe al plazo, la norma consagra una excepción, puesto que la norma faculta a la entidad para establecer una garantía por un plazo inferior a cinco (5) años, sin que la misma tenga una duración inferior a uno (1). Para estos efectos, los incisos segundo y tercero disponen lo siguiente:

> "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. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.
>
> 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".

---

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".

FORMATO PQRSD

Para precisar el alcance de este apartado, es necesario tener cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". De esta manera, dentro de las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, puede entenderse la palabra "experto" como una persona "Especializada o con grandes conocimientos en una materia", quien deberá entender los aspectos involucrados en el objeto del contrato.

Esta persona deberá emitir la "justificación", entendida como la "Prueba convincente de algo", de acuerdo con su área profesional. Sin limitarse a la cuantía del proceso, la justificación técnica se relaciona con "[…] el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros […]". Con fundamento en la opinión del experto, la entidad encargada del proceso de selección definirá si existe una justificación razonable para constituir la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a cinco (5) años.

Como dispone la norma en comento, este análisis "[…] se debe reflejar en los documentos del proceso […]". Dicho concepto se encuentra definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 142 de 2023. Esta norma dispone que son documentos del proceso "(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación".

Finalmente, conforme a los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, las entidades deben realizar el análisis de los riesgos y de la forma de mitigarlos en los estudios del sector, en los estudios previos y en el pliego de condiciones, documentos propios de la etapa precontractual. Allí deben precisar la cobertura de las garantías, sin perjuicio de las observaciones que formulen los interesados y de los ajustes realizados al pliego de condiciones definitivo cuando éstas se aceptan.

FORMATO PQRSD

Sin perjuicio de lo anterior debe advertirse que el análisis requerido para para resolver problemas puntuales en torno a la garantía de estabilidad y calidad debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta frente a eventuales procesos de responsabilidad disciplinaria. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. De esta manera, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones frente a órganos de control como la Procuraduría General de la Nación.

IV. Referencias normativas:

- Ley 1150 de 2007, artículo 7.
- Código Civil, artículo 28.
- Código de Comercio, artículos 1068 y 1071.
- Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 y 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el régimen de garantías en los

FORMATO PQRSD

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 2022, C-036 del 31 de marzo de 2023, C-386 del 31 de enero de 2024 y C-133 del 11 de julio de 2024. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.

Te invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía , los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital.

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,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

FORMATO PQRSD