

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

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

PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Noción – Alcance

En relación con esta exigencia es importante mencionar que por regla general un contrato estatal debe estar amparado mediante una sola garantía, sin perjuicio de algunas excepciones, como la que se deriva de la norma analizada. En efecto, en los contratos cuyo plazo de ejecución sea mayor a cinco (5) años se podrá dividir la garantía, tal como lo prevé el Decreto 1082 de 2015: «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».

PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Requisitos – Pliego de condiciones

[...] el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que la entidad estatal en el pliego de condiciones debe indicar las garantías que exige en cada etapa del contrato o periodo contractual, de acuerdo con las siguientes reglas¹:

[...]

Conforme a lo anterior, si la entidad estatal celebra un contrato cuyo plazo de ejecución es mayor a cinco (5) años, puede pactar en el contrato que las garantías cubran los riesgos de cada *etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional*, caso en el cual el pliego de condiciones regulará las garantías teniendo en cuenta lo siguiente: i) se identificará la garantía que ampara los riesgos para cada etapa del contrato o periodo contractual, pero, además, la vigencia que rige para cada uno –que en todo caso no puede ser menor al plazo de ejecución definido para cada etapa del contrato o periodo contractual–, y ii) el monto de los amparos se calculará tomando el valor de las obligaciones

¹ «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía.

[...]

»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:

»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. [...]»

del contratista para cada etapa del contrato o periodo contractual, y además, regirán las reglas de suficiencia definidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9. al 2.2.1.2.3.1.17. del Decreto 1082 de 2015.

PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Obligación del garante – Decisión de no continuar garantizando – Etapa del contrato subsiguiente

En los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, si el garante decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, asume la obligación de informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Esto quiere decir que son dos (2) requisitos los que establece la norma: i) avisar con un tiempo de antelación de seis (6) meses antes de la fecha de vencimiento del plazo de la garantía e ii) informar por *escrito* a la entidad; es decir, que no se tendrán en cuenta las manifestaciones verbales.

En este sentido, frente a su inquietud particular si el garante tiene el deber de justificar su decisión de no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, es importante resaltar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015 no establece este requisito. En efecto, la exigencia de *justificar* la decisión de no continuar garantizando el contrato no es un requisito que se derive del Decreto 1082 de 2015; por el contrario, la norma citada establece que cuando el garante decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente «debe informar su decisión por escrito», esto es, que basta con comunicar dicha decisión, sin que se establezcan requisitos adicionales o que tal decisión se someta a una justificación o razón particular. En tal sentido, la exigencia de una justificación específica, al no originarse en el ordenamiento jurídico afectaría la libertad contractual del garante de decidir si desea celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de la etapa del contrato subsiguiente. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el *contratista* de contar con la nueva garantía que ampare la siguiente etapa o periodo contractual.

Bogotá D.C., 28 Febrero 2022



Colombia Compra Eficiente
Rad No: RS20220228002095
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 28/02/2022 16:01:36



Señor
Gustavo Adolfo Santos Callejas
Barranquilla, Atlántico

Concepto C – 036 de 2022

Temas:

GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Noción – Alcance / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Requisitos – Pliego de condiciones / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Obligación del garante – Decisión de no continuar garantizando – Etapa del contrato subsiguiente

Radicación:

Respuesta a la consulta P2022119000375

Estimado señor Santos:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta P2022119000375, la cual fue remitida por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante el radicado No. 2022005681-001-000, el 17 de enero de 2022.

1. Problema planteado

En relación con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, referido a la indivisibilidad de la garantía, usted pregunta lo siguiente: «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. ¿Es necesario que el garante justifique su decisión de no continuar garantizando el contrato?».

2. Consideraciones

Para absolver el interrogante formulado, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) las garantías en la contratación estatal y ii) el principio de indivisibilidad de la garantía.

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 y C-525 del 27 de septiembre de 2021. En lo pertinente, algunas de las consideraciones realizadas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

2.1. Garantías en la contratación estatal

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

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior

al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Las condiciones para el cumplimiento de estas obligaciones fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. a 2.2.1.2.3.1.19 a las clases de garantías permitidas; la indivisibilidad, por regla general, de las mismas; los riesgos objeto de cobertura; la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que deben cumplir las garantías constituidas, ya sea mediante pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

Teniendo en cuenta que las garantías bancarias se limitan al cubrimiento de la seriedad de la oferta y al cumplimiento de las obligaciones contractuales, a continuación, se presentan algunas consideraciones relacionadas con la garantía de seriedad de la oferta y la garantía de cumplimiento.

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

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

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

Naturalmente, esta garantía de seriedad solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la garantía sea un mecanismo conminatorio, en la



medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimando 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 contractuales².

De otro lado, en lo que atañe a 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 Administración³.

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

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

2.2 Principio de indivisibilidad de las garantías

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal.

Explicado el contexto general de las garantías en la contratación estatal, a continuación se analizará lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, que regula la *indivisibilidad* de la garantía. En relación con esta exigencia es importante mencionar que por regla general un contrato estatal debe estar amparado mediante una sola garantía, sin perjuicio de algunas excepciones, como la que se deriva de la norma analizada. En efecto, en los contratos cuyo plazo de ejecución sea mayor a cinco (5) años se podrá dividir la garantía, tal como lo prevé el Decreto 1082 de 2015: «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».

Ahora bien, el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que la entidad estatal en el pliego de condiciones debe indicar las garantías que exige en cada etapa del contrato o periodo contractual, de acuerdo con las siguientes reglas⁴:

i) La entidad estatal solicitará 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.

ii) La entidad calculará 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 que establece el Decreto 1082 de 2015 frente a los diferentes amparos de las garantías.

Conforme a lo anterior, si la entidad estatal celebra un contrato cuyo plazo de ejecución es mayor a cinco (5) años, puede pactar en el contrato que las garantías cubran los riesgos de cada *etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional*, caso en el cual el pliego de condiciones regulará las garantías teniendo en cuenta lo siguiente: i) se identificará la garantía que ampara los riesgos para cada etapa del contrato o periodo contractual, pero, además, la vigencia que rige para cada uno –que en todo caso no puede ser menor al plazo de ejecución definido para cada etapa del contrato o periodo contractual–

⁴ «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía.

[...]

»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:

»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. [...]



, y ii) el monto de los amparos se calculará tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada etapa del contrato o periodo contractual, y además, regirán las reglas de suficiencia definidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9. al 2.2.1.2.3.1.17. del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, definidas las reglas para solicitar las garantías en el pliego de condiciones, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles obligaciones asume el contratista para amparar los riesgos de cada etapa del contrato o periodo contractual? Atendiendo el mandato previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, 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 siguiente⁵. Esto significa que antes del vencimiento de la etapa del contrato que se está ejecutando, el contratista debe contar con la nueva garantía para amparar los riesgos de la siguiente etapa.

Por su parte, en caso de que el contratista no cuente con la nueva garantía antes del vencimiento de cada etapa o periodo contractual aplicarán las reglas de restablecimiento de la garantía definidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.18. del Decreto 1082 de 2015⁶. Es decir que la entidad estatal debe prever, en el pliego de condiciones, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 regula lo que ocurre cuando el garante de una etapa del contrato o periodo contractual decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente.

⁵ «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía.

[...]

»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».

⁶ «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.18. Restablecimiento o ampliación de la garantía. Cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal, el valor de la garantía se reduce, la Entidad Estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la garantía.

»Cuando el contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, la Entidad Estatal debe exigir al contratista ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.

»La Entidad Estatal debe prever en los pliegos de condiciones para la Contratación, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla». (Cursivas fuera de texto).



En efecto, establece que el garante de la etapa del contrato o periodo contractual asume la obligación de informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. En todo caso, es importante aclarar que este aviso no afecta la garantía de la etapa del contrato o periodo contractual en ejecución. Ahora bien, si en estos casos 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 periodo contractual subsiguiente.

Ahora, en relación con la obligación que tiene a cargo el garante, usted plantea la siguiente pregunta: ¿Es necesario que el garante justifique su decisión de no continuar garantizando el contrato? En los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, si el garante decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, asume la obligación de informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Esto quiere decir que son dos (2) requisitos los que establece la norma: i) avisar con un tiempo de antelación de seis (6) meses antes de la fecha de vencimiento del plazo de la garantía e ii) informar por escrito a la entidad; es decir, que no se tendrán en cuenta las manifestaciones verbales.

Frente a su inquietud particular si el garante tiene el deber de justificar su decisión de no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, es importante resaltar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015 no establece este requisito. En efecto, la exigencia de justificar la decisión de no continuar garantizando el contrato no es un requisito que se derive del Decreto 1082 de 2015; por el contrario, la norma citada establece que cuando el garante decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente «debe informar su decisión por escrito», esto es, que basta con comunicar dicha decisión, sin que se establezcan requisitos adicionales o que tal decisión se someta a una justificación o razón particular. En tal sentido, la exigencia de una justificación específica, al no originarse en el ordenamiento jurídico afectaría la libertad contractual del garante de decidir si desea celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de la etapa del contrato subsiguiente. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el contratista de contar con la nueva garantía que ampare la siguiente etapa o periodo contractual.

Como se explicó antes, es importante tener en cuenta que el supuesto de dividir la garantía en diferentes etapas contractuales implica que se cuente con una garantía independiente para cada etapa del contrato o periodo contractual. Esto implica que para cada etapa o periodo se contará con una garantía independiente que ampara riesgos distintos, y que, además, el valor asegurado también tendrá modificaciones. Es decir, que el garante tiene la autonomía de decidir si asume o no la celebración de un nuevo negocio jurídico, sin necesidad de justificar por qué decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual subsiguiente.

Conforme a lo anterior, el garante tiene la autonomía para decidir si quiere celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de una siguiente etapa del contrato o periodo contractual, siempre que: i) el aviso de no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente la realice seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía y ii) debe informar su decisión *por escrito* a la entidad estatal garantizada. En consecuencia, el garante no tendría la obligación de justificar las razones por las cuales no quiere asumir los riesgos de la etapa o periodo contractual subsiguiente.

Finalmente, es importante resaltar que 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 periodo contractual subsiguiente. Lo anterior, como una medida que establece el Decreto 1082 de 2015 –art. 2.2.1.2.3.1.3.– para garantizar que la etapa contractual subsiguiente no quede desamparada.

3. Respuesta

«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. ¿Es necesario que el garante justifique su decisión de no continuar garantizando el contrato?».

En los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, si el garante decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, asume la obligación de informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Esto quiere decir que son dos (2) requisitos los que establece la norma: i) avisar con un tiempo de antelación de seis (6) meses antes de la fecha de vencimiento del plazo de la garantía e ii) informar *por escrito* a la entidad; es decir, que no se tendrán en cuenta las manifestaciones verbales.

En este sentido, frente a su inquietud particular si el garante tiene el deber de justificar su decisión de no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, es importante resaltar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015 no establece este requisito. En efecto, la exigencia de *justificar* la decisión de no continuar garantizando el contrato no es un requisito que se derive del Decreto 1082 de 2015; por el contrario, la norma citada establece que cuando el garante decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente «debe informar su decisión por escrito», esto es, que basta con comunicar dicha decisión, sin que se establezcan requisitos adicionales o que tal decisión se someta a una justificación o razón particular. En tal sentido, la exigencia de una justificación específica, al no originarse en el ordenamiento jurídico afectaría la libertad contractual del garante de decidir si desea celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de la etapa del contrato subsiguiente. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el *contratista* de contar con la nueva garantía que ampare la siguiente etapa o periodo contractual.

Como se explicó antes, es importante tener en cuenta que el supuesto de dividir la garantía en diferentes etapas contractuales implica que se cuente con una garantía independiente para cada etapa del contrato o periodo contractual. Esto implica que para cada etapa o periodo se contará con una garantía independiente que ampare riesgos distintos, y que, además, el valor asegurado también tendrá modificaciones. Es decir, que el garante tiene la autonomía de decidir si asume o no la celebración de un nuevo negocio jurídico, sin necesidad de justificar por qué decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual subsiguiente.

Conforme a lo anterior, el garante tiene la autonomía para decidir si quiere celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de una siguiente etapa del contrato o periodo contractual, siempre que: i) el aviso de no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente la realice seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía y ii) debe informar su decisión *por escrito* a la entidad estatal garantizada. En consecuencia, el garante no tendría la obligación de justificar las razones por las cuales no quiere asumir los riesgos de la etapa o periodo contractual subsiguiente.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Sara Milena Núñez Aldana
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE