

CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS – Obligación

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 [...]

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 las mismas, 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 bancarias o patrimonios autónomos.

EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993

[...] el cumplimiento de la obligación de los contratistas de constituir las correspondientes garantías, y el deber de las entidades estatales de aprobarlas, una vez verificados los requisitos mínimos exigidos, son presupuestos para la ejecución del contrato, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el referido artículo establece en su inciso primero que los contratos estatales se perfeccionan «cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito». Por su parte el inciso segundo establece que «[p]ara la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía», lo que se traduce en que, sin perjuicio del perfeccionamiento del contrato, no podrá ejecutarse sin que se hayan aprobado las garantías.

APROBACIÓN DE GARANTÍAS – Verificación de la Entidad

[...] la obligación de constituir las garantías contractuales y su aprobación tiene como propósito cumplir con el requisito de ejecución del contrato, pues estas se erigen como un «instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista». En este sentido, previo a la aprobación de las garantías pactadas en el contrato, la entidad debe realizar la respectiva verificación de los amparos y suficiencia de las garantías exigidas, con la finalidad de asegurar que estas protejan el patrimonio del Estado de los perjuicios que eventualmente se derivarían de la materialización de los riesgos amparados. Esta labor de verificación por parte de la entidad implica validar el origen de las garantías y revisar «que los valores asegurados coincidan con los que se exigieron en el contrato, así como su vigencia; verificar que estén identificados plenamente el tomador y el beneficiario, y que vengan adjuntas las condiciones generales de la póliza. Sólo con la certeza que brinda este análisis, se puede tener la seguridad que no se causarán perjuicios al ente estatal. De tal manera, una vez revisada la póliza, sus anexos (condiciones generales) y su contenido y si está de acuerdo con lo exigido, se impartirá la aprobación correspondiente».

GARANTÍAS CONTRACTUALES – Aprobación – Notificación

[...] revisadas las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, al igual que el Decreto 1082 de 2015 y demás normas integrantes del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se advierte la obligación de comunicar o notificar la aprobación de las garantías a la compañía aseguradora. Esto no implica de ninguna manera que las garantías no produzcan sus efectos jurídicos de asegurar el contrato, ni afecta la validez o eficacia de las mismas, puesto que la comunicación de dicha aprobación no es un requisito exigido en materia de contratación estatal para cubrir los riesgos amparados por el contrato. En armonía con lo anterior, el artículo 1036 del Código de Comercio, señala que el contrato de seguro es un contrato «consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva», por lo que se perfecciona con el acuerdo entre las partes. En tal sentido, el contrato de seguros existe y es válido desde el momento de su perfeccionamiento, sin necesidad de ningún otro acto adicional, siendo la póliza la prueba de la celebración de este contrato.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Vigencia de la garantía – Expedición de la póliza – Diferencias

[...] es preciso distinguir dos conceptos del ámbito temporal de la garantía de cumplimiento, estos son, de un lado, la vigencia de la garantía de que trata el numeral 6 del artículo citado, y, de otro, la fecha de expedición de la garantía indicada en el numeral 10. Si bien el Decreto 1082 de 2015 para la suficiencia de la garantía de cumplimiento no establece expresamente un momento de inicio de la garantía sino de finalización al determinar que esta debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato, el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio si exige que la póliza contenga la vigencia del contrato de seguro indicando claramente la fecha de inicio y de finalización.

Conviene tener en cuenta que la vigencia de la garantía de cumplimiento comprende el lapso en el que el garante asume el riesgo que se le traslada en virtud de un contrato de seguro, mientras que la fecha de expedición es el momento en el cual el garante extiende la prueba del contrato de seguro que es la póliza [...]

Bogotá D.C., **##Fecha Actual**

N° Radicado: ##Respuesta

Señora
María Andrea Campo Rodríguez
Coordinadora Grupo de Contratos
Superintendencia de Sociedades

Concepto C – 126 de 2022

Temas: CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS – Obligación / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 / APROBACIÓN DE GARANTÍAS – Verificación de la Entidad / GARANTÍAS CONTRACTUALES – Aprobación – Notificación / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Vigencia de la garantía – Expedición de la póliza – Diferencias

Radicación: Respuesta a consulta P20220210001354 y P20220211001364

Estimada señora Campo:

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 sus consultas del 10 y 11 de febrero de 2022.

1. Problema planteado

Respecto de la garantía de cumplimiento, usted formula la siguiente consulta:

«En atención a lo establecido en los artículos 110 al 128 del Decreto 1510 de 2013 y los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, en los cuales se reglamenta todo lo concerniente a las garantías de cumplimiento que amparan la ejecución de los contratos estatales, se requiere saber si para el caso de la constitución de las pólizas que amparan la ejecución de los contratos estatales, es necesario para su validez, que la fecha de la expedición de las mismas sea igual a la vigencia o inicio de la cobertura del riesgo asegurado o si es posible, que las garantías, sean expedidas con fecha previa al inicio de la ejecución del contrato, es decir desde la fecha de suscripción del contrato o desde el momento en que el contratista conozca el documento por el traslado que se realiza del mismo para su firma y por ende resulta previa al inicio

Página 3 de 17

de la cobertura o amparo teniendo en cuenta la fecha en que se inicia la ejecución del contrato, sin que esto afecte la validez o represente un riesgo contractual.

La anterior consulta se formula, teniendo en cuenta que en los artículos 110 al 128 del Decreto 1510 de 2013 y los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, no se establece cual es la fecha pertinente en la cual se deben expedir las garantías que ampararán la ejecución de los contratos estatales, pues únicamente se desarrolla todo lo concerniente a la suficiencia de cada uno de los amparos sin que estas normas, expresen de manera clara cuál es la fecha en la cual los contratistas deben adquirir dichas garantías.»

2. Consideraciones

Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) aprobación de las garantías como requisito de ejecución del contrato estatal y ii) la diferencia entre la vigencia de la garantía y la fecha de expedición.

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 y C-036 del 28 de febrero del 2022. Las tesis expuestas en estos conceptos se desarrollan y se complementan en lo pertinente a continuación.

2.1. Aprobación de las garantías como requisito de ejecución del contrato

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 las mismas, 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 bancarias o patrimonios autónomos.

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 contractual¹.

¹ «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:

»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

Seguidamente 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) cumplimiento del contrato; iv) pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) estabilidad y calidad de la obra; vi) calidad del servicio; vii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados².

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».

² «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».

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.12 regula la suficiencia del amparo de cumplimiento, al determinar que esta debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato y un valor de por lo menos el diez por ciento (10%) del total del contrato, siempre que este sea inferior a un millón (1.000.000) de S.M.M.L.V., estableciendo otros mínimos para el valor de las pólizas en contratos con montos superiores³.

Los anteriores y otros aspectos desarrollados por el Decreto 1082 de 2015 deben ser verificados por las entidades estatales, para determinar si los amparos constituidos por sus contratistas en cumplimiento de la obligación derivada del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se ajustan o no a lo exigido por el reglamento respecto del objeto y valor del contrato.

Lo expuesto resulta de especial relevancia, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la obligación de los contratistas de constituir las correspondientes garantías, y el deber de las entidades estatales de aprobarlas, una vez verificados los requisitos mínimos exigidos, son presupuestos para la ejecución del contrato, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993⁴.

En efecto, el referido artículo establece en su inciso primero que los contratos estatales se perfeccionan «cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito». Por su parte el inciso segundo establece que «[p]ara la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía», lo que se traduce en que, sin perjuicio del

³ «Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas:

»1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.

»2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.

»3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato.

»4. Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este».

⁴ «Artículo 41. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

»Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

»Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. [...]».

perfeccionamiento del contrato, no podrá ejecutarse sin que se hayan aprobado las garantías por parte de la entidad estatal contratante.

Al interpretar la regulación del precitado artículo, el Consejo de Estado ha diferenciado los requisitos de perfeccionamiento del contrato de los concernientes a la ejecución, al entender que el acuerdo de voluntades elevado a escrito suscrito por las partes perfecciona el contrato estatal, mientras que la aprobación de las garantías es un requisito para su ejecución, el cual no está sometido al libre arbitrio del contratante, en la medida que tal aprobación consiste en un reconocimiento por parte de la Administración de que el contratista ha cumplido con la obligación de la garantía requerida por la ley y que esta se ajuste a lo pactado en el contrato. Así lo expresó la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 28 de junio de 2012:

[...] Por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el contrato estatal existe cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleva a escrito y, es ejecutable, cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto -Decreto ley 111 de 1996-, esto es, cuando además de la aprobación de la garantía, se cuenta con las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

Ello significa que, una vez elevado a escrito, lo cual supone su suscripción por ambas partes, el contrato estatal existe y requiere del registro presupuestal, al igual que de la aprobación de la garantía para su ejecución, condiciones que cumplidas le otorgan eficacia. La aprobación de la póliza entonces, no tiene alcance diferente al reconocimiento de parte de la administración sobre que el contratista cumplió con la obligación de la garantía en orden a la ejecución del contrato y el registro presupuestal comporta que la contratante hizo lo propio.

En ese orden de ideas, si bien la aprobación de la garantía, condicionan la iniciación del contrato, su ejecución, vigencia y plazo, se sujeta a que la póliza cumpla con los requisitos legales y que la administración los avale, sin que le esté dado a la entidad hacer gala de su mera liberalidad para demorar su aprobación o negarla, porque, de no ser ello así, de nada serviría la previsión legal, pues lo sujeto a la potestad unilateral nada condiciona⁵.

De esta manera, para proceder con la ejecución del contrato, el contratista debe cumplir con la obligación de constituir las garantías, para lo cual deberá presentar el respectivo instrumento para la verificación por parte de la entidad estatal, quien procederá a su aprobación siempre que se cumplan con las condiciones pactadas en el contrato. Cabe

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de junio de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05346-01(23966). C.P: Stella Conto Diaz Del Castillo.

aclarar que las garantías que debe presentar el contratista para aprobación de la entidad en el marco del artículo 41 de la ley 80 de 1993, corresponden a las garantías contractuales que cubren los riesgos asociados al contrato celebrado y a las obligaciones posteriores a su ejecución, esto es, la garantía única de cumplimiento –con sus respectivos amparos– y la garantía de responsabilidad civil extracontractual⁶.

En este contexto, la obligación de constituir las garantías contractuales y su aprobación tiene como propósito cumplir con el requisito de ejecución del contrato, pues estas se erigen como un «instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista»⁷. En este sentido, previo a la aprobación de las garantías pactadas en el contrato, la entidad debe realizar la respectiva verificación de los amparos y suficiencia de las garantías exigidas, con la finalidad de asegurar que estas protejan el patrimonio del Estado de los perjuicios que eventualmente se derivarían de la materialización de los riesgos amparados. Esta labor de verificación por parte de la entidad implica validar el origen de las garantías y revisar «que los valores asegurados coincidan con los que se exigieron en el contrato, así como su vigencia; verificar que estén identificados plenamente el tomador y el beneficiario, y que vengan adjuntas las condiciones generales de la póliza. Sólo con la certeza que brinda este análisis, se puede tener la seguridad que no se causarán perjuicios al ente estatal. De tal manera, una vez revisada la póliza, sus anexos (condiciones generales) y su contenido y si está de acuerdo con lo exigido, se impartirá la aprobación correspondiente»⁸.

Al respecto, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública y la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Circular Conjunta 001 del 20 de agosto de 2021, impartieron instrucciones sobre los mecanismos para fortalecer la debida diligencia de los beneficiarios de pólizas de seguros, garantías y avales bancarios, y patrimonios autónomos. Su finalidad es implementar mecanismos adicionales de verificación y recordar la debida diligencia que les asiste a las entidades estatales en la validación del origen e integridad de los documentos que soportan las garantías y avales bancarios, contratos de seguro de cumplimiento y los patrimonios autónomos, sin perjuicio de la importancia del recto obrar de los proponentes y contratistas del Estado en estos asuntos. Sobre el particular, esta circular señaló lo siguiente:

⁶ De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015 «La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro».

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de junio del 2019. Radicación número: 11001 03 26 000 2009 00047 00 (36860). C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 25 de enero del 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00489-00(1924-11). C.P: Gabriel Valbuena Hernandez

PRIMERA: Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deberán ajustar los procedimientos actualmente existentes para facilitar a los beneficiarios e interesados, la confirmación del origen, características y elementos relevantes de las garantías bancarias, los contratos de seguro de cumplimiento y los patrimonios autónomos otorgados como garantías, los cuales deben ser expedidos a través de documentos electrónicos integrales con valor legal y técnicamente asegurados mediante firmado digital y estampado cronológico, además de poseer mecanismos tecnológicos como pueden ser códigos QR, hash, alfanuméricos o CUFÉ, entre otros, que permitan la verificación en línea, por Internet o a través de aplicaciones móviles. Lo anterior, con el propósito de garantizar su validez, integridad y completitud.

Adicionalmente, deberán disponer de un punto de contacto telefónico o virtual para que las entidades del Estado puedan solicitar cualquier requerimiento orientado a absolver las consultas que sobre el particular sean pertinentes.

Asimismo, las Entidades Públicas deberán acudir a los mecanismos de verificación en línea que se encuentran previstos en el presente artículo, con el propósito de verificar la validez, idoneidad y suficiencia de los documentos que se entregan como soporte de las garantías que amparan los contratos estatales.

Esta verificación deberá realizarse de manera previa a que las entidades públicas aprueben o rechacen las garantías. Del mencionado acto de consulta, se dejará constancia expresa en el expediente contractual.
[...]

De acuerdo con lo anterior, las entidades públicas deberán acudir a los mecanismos de verificación en línea que se encuentran previstos en esa circular, con el propósito de verificar la validez, idoneidad y suficiencia de los documentos que se entregan como soporte de las garantías que amparan los contratos estatales. Esta verificación deberá realizarse de manera previa a que las entidades públicas aprueben o rechacen las garantías y deberá dejarse constancia expresa en el expediente contractual de la consulta realizada.

El proceso mediante el cual los contratistas presentan estas garantías a la entidad estatal para su verificación y su consecuente aprobación o rechazo es realizado a través del SECOP II, tratándose de entidades que llevan su gestión contractual por medio de dicha plataforma. Para tales efectos, el literal «B. Requisitos de ejecución» de la «Guía de Gestión Contractual en el SECOP II»⁹, expedida por esta Agencia, explica el paso a paso que deben seguir los contratistas para presentar las garantías para la aprobación del contratante. Por su parte, la «Guía para hacer la gestión contractual en el SECOP II»¹⁰, también expedida

⁹ Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-01provpcgestioncontractual07-09-2020_0.pdf

por esta entidad, detalla en su literal «B. Requisitos para la ejecución del contrato» el procedimiento a seguir por parte de la entidad contratante para aprobar a través del SECOP II las garantías presentadas por el contratista. Si bien estos instrumentos solo se refieren a aspectos propios del uso del SECOP II como herramienta tecnológica para la gestión contractual, las indicaciones brindadas respecto de los procesos de presentación y aprobación de garantías constituyen insumos de valiosa importancia dado el carácter transaccional de dicha plataforma. En este sentido, una vez verificada la validez de las garantías y determinado el cumplimiento de estas con sujeción al contrato, la entidad debe aprobarlas a través del SECOP II, cuando aplique.

De este modo, con la aprobación de las garantías la entidad estatal estará acreditando el cumplimiento de la obligación del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y entonces el contrato podrá ser ejecutado, siempre que se cumplan los demás requisitos de ejecución que establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, revisadas las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, al igual que el Decreto 1082 de 2015 y demás normas integrantes del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se advierte la obligación de comunicar o notificar la aprobación de las garantías a la compañía aseguradora. Esto no implica de ninguna manera que las garantías no produzcan sus efectos jurídicos de asegurar el contrato, ni afecta la validez o eficacia de las mismas, puesto que la comunicación de dicha aprobación no es un requisito exigido en materia de contratación estatal para cubrir los riesgos amparados por el contrato. En armonía con lo anterior, el artículo 1036 del Código de Comercio, señala que el contrato de seguro es un contrato «consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva», por lo que se perfecciona con el acuerdo entre las partes. En tal sentido, el contrato de seguros existe y es válido desde el momento de su perfeccionamiento, sin necesidad de ningún otro acto adicional, siendo la póliza la prueba de la celebración de este contrato¹¹.

10

Disponible

en:

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/20190821quiagcgestioncontractualentidadestatalv2.pdf

¹¹ «Artículo 1046. Prueba del Contrato De Seguro - Póliza. [Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:] El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

»Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

»La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

»Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza».



De esta manera, con la aprobación de las garantías la entidad estatal acepta que estas fueron previamente expedidas por las compañías autorizadas y que se encuentran ajustadas al contrato y, por ende, se entiende cumplido el requisito de ejecución del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, el acto de aprobación de la entidad es una validación del contenido de la garantía cuya existencia se reputa con anterioridad a dicha aprobación. En este sentido, no es necesaria la comunicación de la aprobación de las garantías a la compañía aseguradora para que esta surta sus efectos jurídicos.

En todo caso, las entidades, conforme a lo señalado en la Circular Conjunta 001 de 2021, previo a la aprobación de las garantías como requisito de ejecución, deben verificar la validez, idoneidad y suficiencia de los documentos que se entregan como soporte de las garantías que amparan los contratos estatales, en los términos establecidos en dicha circular.

2.2. Diferencia entre la vigencia de la garantía y la fecha de expedición

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. Según el 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015¹², la garantía única de

¹² 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.

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, entre otros.

A su vez, cada uno de los amparos que conforman la garantía única de cumplimiento tienen términos de vigencia diferentes indicados en los respectivos artículos del Decreto 1082 de 2015 que los reglamenta. 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. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del citado Decreto señala que «[l]a garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato», sin indicar el momento de inicio de dicha vigencia.

Dado que la consulta se refiere a la constitución de las pólizas de seguro para la garantía única de cumplimiento, conviene tener en cuenta la regulación que establece el Código de Comercio respecto del contrato de seguro. En tal sentido, el artículo 1036 lo define como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, cuyas partes, de acuerdo con el artículo 1037 son: «1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y // 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos».

Ahora bien, la prueba del contrato de seguro que se celebra es la póliza, así lo señala el artículo 1046 que indica que «Con fines *exclusivamente probatorios*, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, *el cual se denomina póliza*, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador». (Cursivas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 1047 establece las condiciones que debe contener la póliza, dentro de las cuales es pertinente destacar, por su relevancia para el tema objeto de análisis, las indicadas en los numerales 5, 6 y 10 las cuales determinan que la póliza debe expresar:

Artículo 1047. [Condiciones de la póliza]. La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

-
- »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».

[...]

5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;

6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de *iniciación* y *vencimiento*, o el modo de determinar unas y otras; (Negritas fuera del texto).

[...]

10) La *fecha en que se extiende* y la firma del asegurador, (Cursivas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, es preciso distinguir dos conceptos del ámbito temporal de la garantía de cumplimiento. Estos son, de un lado, la vigencia de la garantía de que trata el numeral 6 del artículo citado, y, de otro, la fecha de expedición de la garantía indicada en el numeral 10. Si bien el Decreto 1082 de 2015 para la suficiencia de la garantía de cumplimiento no establece expresamente un momento de inicio de la garantía sino de finalización, al determinar que esta debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato, el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio sí exige que la póliza contenga la vigencia del contrato de seguro indicando claramente la fecha de *inicio* y de finalización.

Conviene tener en cuenta que la vigencia de la garantía de cumplimiento comprende el lapso en el que el garante asume el riesgo que se le traslada en virtud de un contrato de seguro, mientras que la fecha de expedición es el momento en el cual el garante extiende la prueba del contrato de seguro que es la póliza. Sobre la vigencia del contrato de seguro, el Consejo de Estado resaltó la importancia de la determinación del momento exacto de la iniciación de la vigencia, es decir, del momento en que el garante asume el riesgo que le traslada el contratista, 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 temporales¹³.

Por consiguiente, resulta claro que el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro; es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias. Conviene mencionar que, 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. Es por esto que la garantía única de cumplimiento es uno de los requisitos de ejecución del contrato estatal, tal como lo determina el artículo 41

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 19 de junio de 2013. Exp. 25472. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

de la Ley 80 de 1993, que exige que esta garantía debe encontrarse aprobada por la entidad contratante antes del inicio de la ejecución del contrato. Es decir, que sin la garantía única de cumplimiento no se puede dar inicio a la ejecución del contrato, puesto que se estaría dejando desprotegido el patrimonio de la entidad estatal ante los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista durante el lapso de la ejecución que no estuviese amparado.

No obstante, no se puede confundir la vigencia del seguro que ampara el cumplimiento con la fecha de expedición de la póliza que es la prueba de ese seguro, pues, es posible que transcurran algunos días entre la firma del contrato estatal y la expedición de la póliza sin que esto afecte la vigencia del contrato de seguro que recae sobre el contrato estatal celebrado y sobre el cual se otorga la garantía de cumplimiento. Esto en razón de que después de la firma del contrato estatal, generalmente las entidades estatales otorgan un tiempo prudencial previamente establecido en los documentos del proceso, con el fin de que el contratista pueda adelantar el respectivo trámite ante el garante y posteriormente presentar la garantía de cumplimiento para su aprobación ante la entidad estatal. Para ello, se requiere que el contrato estatal suscrito entre el contratista y la entidad estatal con el fin de que el garante pueda conocer las condiciones definitivas que serán aseguradas, de modo que, la fecha de expedición de la póliza no necesariamente debe ser igual a la fecha de vigencia del seguro.

Cabe recordar que el numeral 5 del artículo 1047 del Código de Comercio exige la identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro, que en materia de contratación pública corresponde al contrato estatal con su respectiva vigencia. El acto de aprobación de las garantías por parte de la entidad estatal implica la aceptación de que estas fueron previamente expedidas por las compañías autorizadas y que se encuentran ajustadas al contrato estatal celebrado, cuya descripción y características deben coincidir en la póliza, dado que, el numeral 5 citado, exige la identificación precisa del contrato estatal objeto de aseguramiento, por lo que es lógico que la vigencia de la garantía comprenda la vigencia del contrato estatal amparado, independientemente de la fecha de expedición de la póliza.

3. Respuesta

«En atención a lo establecido en los artículos 110 al 128 del Decreto 1510 de 2013 y los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, en los cuales se reglamenta todo lo concerniente a las garantías de cumplimiento que amparan la ejecución de los contratos estatales, se requiere saber si para el caso de la constitución de las pólizas que amparan la ejecución de los contratos estatales, es necesario para su validez, que la fecha de la expedición de las mismas sea igual a la vigencia o inicio de la cobertura del riesgo asegurado o si es posible, que las garantías, sean expedidas con fecha previa al inicio de la ejecución del contrato, es decir desde la fecha de suscripción del contrato o desde el momento en que el contratista conozca el documento por el

traslado que se realiza del mismo para su firma y por ende resulta previa al inicio de la cobertura o amparo teniendo en cuenta la fecha en que se inicia la ejecución del contrato, sin que esto afecte la validez o represente un riesgo contractual.

La anterior consulta se formula, teniendo en cuenta que en los artículos 110 al 128 del Decreto 1510 de 2013 y los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, no se establece cual es la fecha pertinente en la cual se deben expedir las garantías que ampararán la ejecución de los contratos estatales, pues únicamente se desarrolla todo lo concerniente a la suficiencia de cada uno de los amparos sin que estas normas, expresen de manera clara cuál es la fecha en la cual los contratistas deben adquirir dichas garantías».

La vigencia de la garantía de cumplimiento comprende el lapso en el que el garante asume el riesgo que se le traslada en virtud de un contrato de seguro; de otro lado, la fecha de expedición es el momento en el cual el garante extiende la prueba del contrato de seguro que es la póliza.

La fecha de expedición de la garantía de cumplimiento no necesariamente debe ser igual a la fecha de suscripción del contrato estatal porque el garante que expide la garantía de cumplimiento requiere contar con el contrato perfeccionado –suscrito por las partes–, con el fin de conocer las condiciones definitivas que serán aseguradas. Para esto, el contratista que toma la garantía debe remitir el contrato estatal suscrito al garante, con la finalidad de que se expida la garantía de cumplimiento. Por lo anterior, normalmente transcurren algunos días entre la firma del contrato y la expedición de la póliza que prueba la garantía de cumplimiento mediante un contrato de seguro.

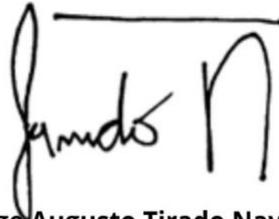
Por ello, la fecha de expedición corresponde al momento en que la aseguradora extiende la póliza con fines probatorios del contrato de seguro celebrado con el contratista, el cual, recae sobre el contrato estatal celebrado entre el contratista y la entidad estatal, de modo que la descripción y características del contrato amparado, como su vigencia, deben coincidir con la garantía otorgada, en atención a lo establecido en los numerales 5 y 6 del artículo 1047 del Código de Comercio que exigen la identificación precisa del contrato estatal objeto de aseguramiento en la póliza, así como la iniciación y vencimiento de la asunción del riesgo. Por lo anterior, es lógico que la vigencia de la garantía, es decir, el momento exacto a partir del cual el garante asume el riesgo que le es trasladado y el momento en que este finaliza, comprenda la vigencia del contrato estatal amparado, independientemente de la fecha de expedición de la prueba de ese contrato de seguro que es la póliza.

Por la relevancia que las garantías tienen para la protección del patrimonio público, no se puede dar inicio a la ejecución del contrato si estas no se encuentran aprobadas, verificando que el inicio de la vigencia de la garantía corresponda a la fecha desde la cual se asume la eventual ocurrencia de los riesgos, pues el riesgo que se traslada al garante

solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro; es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias.

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

Atentamente,



Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector Gestión Contractual ANCP - CCE

Elaboró: Guillermo Escolar Flórez
Contratista 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