

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

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. [...] En virtud del artículo 2.2.1.2.3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los oferentes y/o contratistas a favor de la entidad estatal o de terceros, en razón a: "(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas".

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Garantías – Póliza – Normativa

En efecto, el artículo 2.2.1.2.3.1.5 del Decreto 1082 de 2015, establece, respecto de la cobertura, que la responsabilidad civil extracontractual proveniente de hechos, acciones u omisiones del contratista o subcontratista, únicamente puede ser amparada con un contrato de seguro [...] Así mismo, el artículo 2.2.1.2.3.1.17, determina el valor que debe ser asegurado con el contrato de seguro teniendo en cuenta el valor en salarios mínimos mensuales legales vigentes del contrato [...] Finalmente, el artículo 2.2.1.2.3.2.9. establece los requisitos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, los cuales, al ser esenciales deben estar presentes en todo contrato de seguro contenido en una póliza que cubra lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual.

Bogotá, D.C.

Señor
Álvaro Esteban Báez Correa
Bogotá D.C.

Concepto C – 754 de 2021

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Garantías – Póliza – Normativa

Radicación: Respuesta a consulta P20211227011772 y P20220112000184

Estimado Señor Báez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de diciembre de 2021.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente consulta: «respetuosamente me confirmen mediante la emisión de su concepto la posibilidad de presentar ante las diferentes Entidades Estatales una póliza global de Responsabilidad Civil Extracontractual dentro de los diferentes procesos de selección. Lo anterior, ya que si bien la Ley es clara al decir que debe ser amparada por un contrato de seguro el cual debe cubrir los amparos descritos en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto 1082 de 2015, esta no excluye la posibilidad de endosar a la Entidad Pública una póliza global que ampare y cumpla los requisitos legalmente establecidos [...]».

2. Consideraciones

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) las garantías en la contratación estatal y ii) la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2012, C-080 del 8 de abril de 2021, C-078 del 17 de marzo de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021 y C-749 del 2 de febrero de 2022. 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.

En virtud del artículo 2.2.1.2.3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los oferentes y/o contratistas en favor de la entidad estatal o de terceros, en razón a: «(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas».

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los contratistas u oferentes pueden constituir las siguientes clases de garantías: i) contratos de seguro contenido en una póliza, ii) patrimonio autónomo o iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by¹. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.17 del Decreto 1082 de 2015.

De la lectura del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se precisa que el legislador amplió las garantías permitiendo no solo las pólizas y las garantías bancarias, sino también los demás mecanismos de cobertura del riesgo que el reglamento establezca, es decir, las contempladas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015. Este decreto reiteró las garantías previstas en la Ley 1150 de 2007 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía de garantías en Procesos de Contratación», allí señaló que las garantías «son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación», por

¹ Decreto 1082 de 2015. «Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:

- »1. Contrato de seguro contenido en una póliza.
- »2. Patrimonio autónomo.
- »3. Garantía Bancaria».



lo cual las entidades estatales, desde la etapa de planeación del proceso, deberán identificar las garantías a solicitar, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato. Adicionalmente, establece que en la contratación directa y los procesos de mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal justificará la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. En armonía con lo anterior, el inciso final del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «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». En los demás contratos la garantía de seriedad de la oferta y cumplimiento, en principio, son obligatorias. Teniendo en cuenta que las garantías se relacionan con el cubrimiento de la seriedad de la oferta y el 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, 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 contractuales².

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.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 27 de marzo de 2014, expresó que las garantías contractuales son necesarias para asegurar el cumplimiento de los contratos estatales, destacando su importancia y su obligatoriedad cuando el ordenamiento jurídico las exige:

La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya.

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.



Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

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 interpretación 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.

Analizado el régimen general de las garantías en los contratos estatales, a continuación se profundizará en la garantía asociada a la responsabilidad extracontractual, que podría generarse con ocasión de la ejecución de los contratos estatales. En tal sentido, teniendo en cuenta las preguntas del peticionario se analizará el régimen jurídico de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

2.2. Póliza de responsabilidad civil extracontractual

Como se mencionó en el acápite anterior, los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los oferentes y/o contratistas a favor de la entidad estatal o de terceros. Además, en relación con ciertos riesgos que pueden surgir durante la ejecución del contrato, se estableció un amparo relacionado con la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de los contratistas y subcontratistas.

En efecto, el artículo 2.2.1.2.3.1.5⁴ del Decreto 1082 de 2015 establece, respecto de la cobertura, que la responsabilidad civil extracontractual proveniente de hechos, acciones

⁴ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.5. *Cobertura del Riesgo de responsabilidad civil extracontractual*. La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones,



u omisiones⁵ del contratista o subcontratista, únicamente puede ser amparada mediante un contrato de seguro.

Así mismo, el artículo 2.2.1.2.3.1.17 determina el valor que debe ser asegurado con el contrato de seguro, teniendo en cuenta el valor en salarios mínimos mensuales legales vigentes del contrato, tal como se cita a continuación:

Artículo 2.2.1.2.3.1.17. Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual. El valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:

1. Doscientos (200) SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) SMMLV.
2. Trescientos (300) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1.500) SMMLV e inferior o igual a dos mil quinientos (2.500) SMMLV.
3. Cuatrocientos (400) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2.500) SMMLV e inferior o igual a cinco mil (5.000) SMMLV.
4. Quinientos (500) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) SMMLV e inferior o igual a diez mil (10.000) SMMLV.
5. El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) SMMLV, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) SMMLV.

La vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.3.2.9. establece los requisitos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, los cuales, al ser esenciales deben estar presentes

hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro».

⁵ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.8. *Cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual*. La Entidad Estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

»La Entidad Estatal debe exigir que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra también los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro propio con el mismo objeto y que la Entidad Estatal sea el asegurado».

en todo contrato de seguro contenido en una póliza que cubra lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual. Los requisitos se transcriben a continuación:

1. Modalidad de ocurrencia. La compañía de seguros debe expedir el amparo en la modalidad de ocurrencia. En consecuencia, el contrato de seguro no puede establecer términos para presentar la reclamación, inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente.

2. Intervinientes. La Entidad Estatal y el contratista deben tener la calidad de asegurado respecto de los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la Entidad Estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o sus subcontratistas.

3. Amparos. El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe contener además de la cobertura básica de predios, labores y operaciones, mínimo los siguientes amparos:

3.1. Cobertura expresa de perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

3.2. Cobertura expresa de perjuicios extrapatriomoniales.

3.3. Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos⁶.

3.4. Cobertura expresa de amparo patronal.

3.5. Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.

Ahora, sin perjuicio de que en todo caso se deba verificar en cada caso concreto el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en la norma transcrita, es importante resaltar el requisito contenido en el numeral 2, que exige que la entidad estatal contratante tenga la calidad de asegurado y beneficiario. En ese sentido, en la póliza deberá relacionarse la entidad correspondiente y el contrato objeto de amparo, de allí, que en un análisis particular y concreto de la póliza presentada por el contratista, en todo caso, debe

⁶ En relación con esta exigencia, el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.3.1.8. establece que: «La Entidad Estatal debe exigir que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra también los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro propio con el mismo objeto y que la Entidad Estatal sea el asegurado».

ser posible verificar que su alcance cumpla, especialmente, con este criterio, además de los demás prescritos en la normativa referida.

Así las cosas, teniendo en cuenta la pregunta formulada, son las entidades estatales las que, en cada caso particular, deberán analizar el cumplimiento estricto de los requisitos contemplados en el artículo 2.2.1.2.3.2.9., de forma tal que la póliza presentada resulte acorde con las exigencias que impone el reglamento. En ese sentido, si la póliza endosada cumple con los requisitos del Decreto 1082 de 2015 y lo establecido en el contrato podrá ser tomada como válida por la entidad estatal.

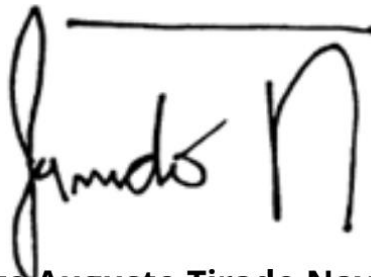
3. Respuesta

«respetuosamente me confirmen mediante la emisión de su concepto la posibilidad de presentar ante las diferentes Entidades Estatales una póliza global de Responsabilidad Civil Extracontractual dentro de los diferentes procesos de selección. Lo anterior, ya que si bien la Ley es clara al decir que debe ser amparada por un contrato de seguro el cual debe cubrir los amparos descritos en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto 1082 de 2015, esta no excluye la posibilidad de endosar a la Entidad Pública una póliza global que ampare y cumpla los requisitos legalmente establecidos [...]».

Sin perjuicio de las consideraciones realizadas en este concepto, son las entidades estatales que hacen parte del contrato las que, en cada caso particular y teniendo en cuenta las condiciones de la póliza presentada por el contratista, quienes deben analizar el cumplimiento estricto de los requisitos contemplados en el artículo 2.2.1.2.3.2.9. del Decreto 1082 de 2015, de manera que resulte acorde con los requisitos que impone el reglamento. En ese sentido, si la póliza endosada cumple con todos los requisitos del Decreto 1082 de 2015 y lo pactado en el contrato podrá ser tomada como válida por la entidad estatal.

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: Nathalia Urrego J.
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

