

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

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – exige, por regla general, en los Procesos de Contratación pública la constitución de garantías ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los Proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

TIPOS DE GARANTÍAS – Póliza de seguro – Garantía bancaria– Fiducia mercantil de garantía

[...] los Proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) *contratos de seguro*, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) *fiducia mercantil de garantía*, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la Entidad Estatal beneficiaria; iii) *garantías bancarias o cartas de crédito stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

GARANTÍAS – Garantía de cumplimiento – Finalidad

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.

GARANTÍAS – Actividad contractual – Constitución de garantías – Tipología prevista en Ley y reglamento – Taxatividad

[...] la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 establecieron tres (3) tipos de garantías: i) póliza, ii) garantía bancaria y iii) patrimonio autónomo. Por lo tanto, la fianza no es posible aceptarla como garantía de cumplimiento, debido a que ni la Ley ni el reglamento la contemplan y, en este campo, no cabe la autonomía de la voluntad como mecanismo



habilitador para que en virtud del mutuo consenso sea incluida una fianza. En este punto, es menester señalar que en los contratos estatales no se pueden pactar garantías diferentes a las establecidas en la ley y el reglamento. En consecuencia, solo se pueden constituir las que la normativa aplicable ha previsto.

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 dispone 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.

Bogotá D.C., 23 de abril de 2024.



Señor

Jhon Alexander Peñalosa Gutierrez

Subgerente de Gestión Contractual y Jurídica

Agencia para la Infraestructura del Meta

Villavicencio, Meta

Concepto C-037 de 2024

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / TIPOS DE GARANTÍAS – Póliza de seguro – Garantía bancaria– Fiducia mercantil de garantía / GARANTÍAS – Garantía de cumplimiento – Finalidad / GARANTÍAS – Actividad contractual – Constitución de garantías – Tipología prevista en Ley y reglamento – Taxatividad / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993

Radicación: Respuesta a consulta P20240307002607

Estimado señor Peñalosa Gutierrez:

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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación 7 de marzo de 2024.

1. Problema planteado

Sobre la constitución de garantías en los Procesos de Contratación, usted formula la siguiente consulta:



“[...]

Seguidamente, me permito solicitar a su despacho concepto referente al siguiente Tema:

1. Implementación y aceptación de garantías, pólizas de cumplimiento de contratos expedidas a favor del beneficiario, por parte del licitante ganador o adjudicatario de una licitación, obra pública por medio de afianzadoras bajo la modalidad de fianza de cumplimiento expedida por una institución afianzadora debidamente autorizada, por un importe que debe definirse dentro del contrato y que deberá entregar en días posteriores a la formalización del contrato y garantizar el cumplimiento del mismo.

El motivo de la consulta, recae o gira en torno en establecer si en virtud de lo preceptuado en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, en especial lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías., tiene cabida el contrato de fianza, aunado a lo anterior el contrato de fianza dentro del contexto de la garantía lleva inmerso el beneficio de exclusión, de conformidad con lo señalado en el artículo 2383 del Código Civil, por lo tanto se quiere establecer y en eso gravita la consulta si esta entidad dentro de los contratos de obra, o de otra naturaleza puede legalmente aceptar fianza de cumplimiento extendida por el contratista tendiente a amparar los posibles riesgos y/o incumplimiento que se deriven de la ejecución contractual, partiendo de los posibles riesgos que implica que las afianzadoras no son vigiladas por la Superintendencia Financiera y que su marco normativo regulatorio es propio del derecho civil”. (SIC).

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones



de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Ahora bien, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Garantías en la contratación estatal como mecanismos de cobertura de riesgos; ii) el contrato de fianza: sus características y la posibilidad de ser aceptado como garantía en un contrato estatal y; iii) aprobación de las garantías como requisito de ejecución del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se ha pronunciado en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal, entre otros, en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C- 567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-583 del 19 de octubre de 2022, C-584 del 26 de septiembre de 2022, C-712 del 13 de octubre de 2022, C-845 del 7 de diciembre de 2022, C-036 del 31 de marzo de 2023, entre otros. En cuanto a la admisión del contrato de fianza como garantía de un contrato estatal, esta Agencia profirió los siguientes conceptos: 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019 y C-425 del 22 de julio de 2020². Las

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>



tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

2.1. Garantías en la contratación estatal. Reiteración de línea.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – exige, por regla general, en los Procesos de Contratación pública la constitución de garantías ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los Proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. La citada norma dispone:

"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 por regla general de estas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de cobertura, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos que Deben cumplir las garantías constituidas por los contratistas ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los Proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) *contratos de seguro*, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) *fiducia mercantil de garantía*, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la Entidad Estatal beneficiaria³; iii) *garantías bancarias o cartas de crédito stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero⁴. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, este tipo de garantías cubren ciertos riesgos identificados por las Entidades Estatales. Por ejemplo, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal debe justificar la necesidad de exigir la constitución de garantías. Con respecto a las demás modalidades de selección, en principio, son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta, a la cual hace referencia en su consulta, y de cumplimiento. La garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos

³ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. “Guía de garantías en procesos de contratación”. Página. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pletigos-tipo/manuales-y-guias>.

⁴ Ibidem. Página. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito stand by, que “El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista”.



de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la Entidad Estatal lo considere necesario.

Teniendo en cuenta este panorama general, se precisa que un tipo de mecanismo de cobertura del riesgo como la garantía bancaria solo puede emplearse para amparar la seriedad de la oferta y el cumplimiento, pues la cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual solamente puede ser amparada con un contrato de seguro, según el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015. Por su parte, las pólizas de seguro pueden constituirse como garantías únicas de cumplimiento, garantías de seriedad de la oferta y garantías de responsabilidad civil extracontractual.

A partir de las fases del Proceso de Contratación, la "Guía de Garantías en los Procesos de Contratación" expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expone los riesgos que deben cubrirse mediante las garantías:

i) *Selección o etapa previa:* el Proponente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos: la no ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses; retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación; la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario y; la no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

ii) *Contratación y ejecución:* en esta fase la garantía debe cubrir los riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos, de acuerdo a las condiciones del contrato: buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. En adición a la garantía de cumplimiento, la Entidad Estatal puede solicitar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para aquellos contratos en los que el desarrollo del objeto implica un riesgo de daños a terceros. En cuanto al amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar las obligaciones laborales y salariales que puedan presentarse por el incumplimiento del deber del pago por parte del contratista.

iii) *Garantías posteriores a la ejecución:* cubren los riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos pueden ser:



estabilidad y calidad de la obra; calidad del servicio; y calidad y correcto funcionamiento de los bienes⁵.

En cada caso, la obligatoriedad de exigir garantías depende de los tipos contractuales y de las modalidades de selección que deban aplicarse, de acuerdo al objeto contenido en los procesos de contratación. Asimismo, los amparos que estarán inmersos en cada garantía dependerán de los riesgos que son propios de cada tipo contractual.

En lo que atañe a la *garantía de cumplimiento*, a la cual hace referencia en su escrito, la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido:

"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 Administración"⁶.

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.

En atención al objeto de la consulta, a continuación, se presentan algunas consideraciones relacionadas con el contrato de fianza y la posibilidad de que este sea admitido como garantía.

2.2. El contrato de fianza: sus características y la posibilidad de ser aceptado como garantía en un contrato estatal

⁵ Ibidem. Página. 5-6.

⁶ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal.



En primer lugar, para desarrollar el tema de consulta, es pertinente realizar una contextualización frente al contrato de fianza. La fianza es un contrato de garantía que “se celebra para responder de una obligación ajena con el patrimonio del fiador; claro está que subsiste, en la mayoría de los casos. El deber prestacional principal del deudor y, por ende, efecto, primordialmente, el patrimonio de este⁷”. En este sentido, su principal objetivo es garantizar el cumplimiento de una obligación *ajena*, en caso de que el deudor no de cumplimiento con sus compromisos con el acreedor. El artículo 2361 del Código Civil Colombiano, lo define de la siguiente manera:

“ARTICULO 2361. CONCEPTO DE FIANZA. La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

De la lectura del citado artículo, se puede establecer que la fianza, denominada como una obligación y no como un contrato⁸, que tiene un carácter de *accesorio*, es decir, su existencia y nacimiento a la vida jurídica depende directamente de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, de tal forma que sin ella no produciría ningún tipo de efecto jurídico. Otra de las características de la fianza radica en que es *consensual*, por lo que se perfecciona con el acuerdo de voluntades, siempre y cuando este sea expreso, pues, según reza el artículo 2373 del Código Civil, la fianza no se presume.

Por otro lado, la fianza es un contrato *unilateral*, lo que se traduce en que solamente el fiador se obliga a cancelar la obligación a cargo del deudor en caso de que este no cumpla, permitiéndose se persiga el patrimonio del fiador, en ausencia de cumplimiento del deudor principal y es *transmisible*, es decir, los derechos y obligaciones del fiador se traspasan a sus herederos.

En segundo lugar, tal y como se expuso en el numeral 2.1 de este concepto, de la lectura del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se extrae que el legislador amplió las garantías permitiendo no solo las pólizas y las garantías bancarias, sino también

⁷ Bonivento Fernandez, J.A, [1992] *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II*, Bogotá Colombia, p.3.

⁸ Esta definición ha sido criticada por cuanto habla de “obligación” y no de contrato, cuando, en verdad surge de un concierto de voluntades, solo que es accesorio. (Bonivento, 1992, p.4).



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 2019 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos.

Así las cosas, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 establecieron tres (3) tipos de garantías: i) póliza, ii) garantía bancaria y iii) patrimonio autónomo. Por lo tanto, la fianza no es posible aceptarla como garantía de cumplimiento, debido a que ni la Ley ni el reglamento la contemplan y, en este campo, no cabe la autonomía de la voluntad como mecanismo habilitador para que en virtud del mutuo consenso sea incluida una fianza. En este punto, es menester señalar que en los contratos estatales no se pueden pactar garantías diferentes a las establecidas en la ley y el reglamento. En consecuencia, solo se pueden constituir las que la normativa aplicable ha previsto.

Por último, la Superintendencia Financiera, a través de comunicado de prensa del 06 de septiembre de 2016⁹, reiteró que los contratos de fianza no pueden aceptarse como garantías de cumplimiento en contratación pública, pues las sociedades afianzadoras no se encuentran sometidas a su vigilancia y control; por lo tanto, no se encuentran autorizadas para expedir contratos de seguro.

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

Frente a su observación sobre la necesidad de constituir garantías para la ejecución de contratos, es importante señalar 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 1993¹⁰.

⁹ El comunicado de prensa emitido por la Superintendencia Financiera el 6 de septiembre de 2016 referenciado con el título "Superfinanciera reitera nuevamente que los contratos de fianza no pueden aceptarse como garantías de cumplimiento en contratación pública" puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10086464/superfinanciera-reitera-nuevamente-que-los-contratos-de-fianza-no-pueden-aceptarse-como-garantias-de-cumplimiento-en-contratacion-publica-10086464/>

¹⁰ Ley 80 de 1993. "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

En efecto, el referido artículo dispone 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.

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.

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. [...]”.



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 condiciona”¹¹.

De esta manera, para proceder a ejecutar el 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 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 extracontractual¹².

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”*¹³.

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*

¹¹ 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 Díaz Del Castillo.

¹² 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”.

¹³ 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.



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”¹⁴.

Al respecto, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente 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:

“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 CUFE, 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.

¹⁴ 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.



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.

Ahora bien, 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 II¹⁵. La plataforma SECOP II es totalmente transaccional, por lo que el trámite se realiza en línea y la publicidad de las actuaciones es concomitante, según transcurran cada una de las etapas del procedimiento, lo que descarta, en principio, la necesidad cargar documentación alguna que acredite la aprobación de las garantías por parte de la Entidad Estatal, sin perjuicio de incluir la constancia de verificación que se expuso en párrafos precedentes.

Para tales efectos, el literal “B. Requisitos de ejecución” de la “Guía de Gestión Contractual en el SECOP II”¹⁶, 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 SECOP II - Gestión contractual para entidades estatales”¹⁷, también expedida por esta entidad, detalla en el numeral “4. Requisitos de 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

¹⁵ Mediante Circular Externa No. 005 de 2022, esta Agencia amplió el término de obligatoriedad de uso del SECOP II a las entidad relacionadas en el Anexo 1, con el propósito de que cumplan con las adecuaciones técnicas necesarias para operar la plataforma. Estas entidades deberán gestionar todos sus procesos de contratación en el SECOP II, a partir de las fechas relacionadas en el Anexo No. 1 de dicha Circular. Este documento puede consultarse en el siguiente link <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>

¹⁶ Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-01provpcgestioncontractual07-09-2020_0.pdf

¹⁷ Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/20190821quiagcgestioncontractualentidadestatalv2.pdf



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 el proceso se trámite mediante esta plataforma.

3. Respuesta

"1.[...] Implementación y aceptación de garantías, pólizas de cumplimiento de contratos expedidas a favor del beneficiario, por parte del licitante ganador o adjudicatario de una licitación, obra pública por medio de afianzadoras bajo la modalidad de fianza de cumplimiento expedida por una institución afianzadora debidamente autorizada, por un importe que debe definirse dentro del contrato y que deberá entregar en días posteriores a la formalización del contrato y garantizar el cumplimiento del mismo.

El motivo de la consulta, recae o gira en torno en establecer si en virtud de lo preceptuado en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015, en especial lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías., tiene cabida el contrato de fianza, aunado a lo anterior el contrato de fianza dentro del contexto de la garantía lleva inmerso el beneficio de exclusión, de conformidad con lo señalado en el artículo 2383 del Código Civil, por lo tanto se quiere establecer y en eso gravita la consulta si esta entidad dentro de los contratos de obra, o de otra naturaleza puede legalmente aceptar fianza de cumplimiento extendida por el contratista tendiente a amparar los posibles riesgos y/o incumplimiento que se deriven de la ejecución contractual, partiendo de los posibles riesgos que implica que las afianzadoras no son vigiladas por la Superintendencia Financiera y que su marco normativo regulatorio es propio del derecho civil". (SIC). [...]" (SIC).

Conforme lo expuesto en el presente concepto, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 señala que 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. En virtud de la disposición antes citada, el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015 reiteró las garantías previstas en la Ley 1150 de 2007 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos.

Así las cosas, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 establecieron tres



(3) tipos de garantías: i) póliza, ii) garantía bancaria y iii) patrimonio autónomo. Por lo tanto, la fianza no es posible aceptarla como garantía de cumplimiento, debido a que ni la Ley ni el reglamento la contemplan y, en este campo, no cabe la autonomía de la voluntad como mecanismo habilitador para que en virtud del mutuo consenso sea incluida una fianza. En este punto, es menester señalar que en los contratos estatales no se pueden pactar garantías diferentes a las establecidas en la ley y el reglamento. En consecuencia, solo se pueden constituir las que la normativa aplicable ha previsto.

Por último, la Superintendencia Financiera, a través de comunicado de prensa del 06 de septiembre de 2016, reiteró que los contratos de fianza no pueden aceptarse como garantías de cumplimiento en contratación pública, pues las sociedades afianzadoras no se encuentran sometidas a su vigilancia y control; por lo tanto, no se encuentran autorizadas para expedir contratos de seguro.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Diana Lucia Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Adriana Katherine Lopez Rodríguez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

Anexo: Comunicado de prensa de la Superintendencia Financiera de Colombia:
"Superfinanciera reitera nuevamente que los contratos de fianza no pueden aceptarse como garantías de cumplimiento en contratación pública". Fecha 6 de septiembre