

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.

PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Noción – Alcance

[...] por regla general, un contrato estatal debe estar amparado mediante una sola garantía, sin perjuicio de algunas excepciones, como la que se deriva de la norma analizada. En efecto, en los contratos cuyo plazo de ejecución sea mayor a cinco (5) años se podrá dividir la garantía, tal como lo prevé el Decreto 1082 de 2015: “La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato”.

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

Conforme a lo anterior, si la Entidad Estatal celebra un contrato cuyo plazo de ejecución es mayor a cinco (5) años, puede pactar en el contrato que las garantías cubran los riesgos de cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional, caso en el cual el pliego de condiciones regulará las garantías teniendo en cuenta lo siguiente: i) se identificará la

garantía que ampara los riesgos para cada etapa del contrato o periodo contractual, pero, además, la vigencia que rige para cada uno –que en todo caso no puede ser menor al plazo de ejecución definido para cada etapa del contrato o periodo contractual–, y ii) el monto de los amparos se calculará tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada etapa del contrato o periodo contractual, y además, regirán las reglas de suficiencia definidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9. al 2.2.1.2.3.1.17. del Decreto 1082 de 2015.

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

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

[...]

Al respecto, es importante destacar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 regula lo que ocurre cuando el garante de una etapa del contrato o periodo contractual decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente. En efecto, establece que el garante de la etapa del contrato o periodo contractual asume la obligación de informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. En todo caso, es importante aclarar que este aviso no afecta la garantía de la etapa del contrato o periodo contractual en ejecución. Ahora bien, si en estos casos el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente.



Bogotá D.C., 27 de mayo de 2024.



Señora
María Camila Ruiz Galvis
Bogotá D.C.

Concepto C-069 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 / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Noción – Alcance / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Requisitos – Pliego de condiciones / PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA – Obligación del garante – Decisión de no continuar garantizando – Etapa del contrato subsiguiente

Radicación: Respuesta a consulta P20240411003758

Estimada señora Ruiz Galvis:

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 Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de abril de 2024.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

“¿Cuál es el efecto jurídico de no renovar o extender las garantías de cumplimiento, amparos de pago de salarios y prestaciones sociales, RCE,



Daño contra Todo Riesgo de un contrato estatal durante la ejecución de este cuando este está sujeto a etapas o fases?

¿La falta de renovación o extensión de las garantías antes mencionadas constituye una situación que paraliza la ejecución del contrato estatal?

¿Qué acciones puede o debe tomar la entidad estatal ante la falta de renovación o extensión de garantías durante la ejecución del contrato o una de sus fases?"

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

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”.



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.

En atención de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –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) las garantías en la contratación estatal y; ii) el principio de indivisibilidad de la garantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se 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 y C-036 del 31 de marzo de 2023. Así mismo, se refirió a la invisibilidad de la garantía en el concepto C-036 de 28 de febrero de 2022². Las 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 como mecanismos de cobertura de riesgos. 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

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>

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 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, las 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 y de cumplimiento. La garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos 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

³ Colombia Compra Eficiente. Guía de garantías en procesos de contratación. Página. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-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".



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

⁵ Ibidem. Página. 5-6.



estarán inmersos en cada garantía dependerán de los riesgos que son propios de cada tipo contractual.

2.2 Principio de indivisibilidad de las garantías

Explicado el contexto general de las garantías en la contratación estatal, a continuación, se analizará lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, que regula la *indivisibilidad* de la garantía. En relación con esta exigencia es importante mencionar que, por regla general, un contrato estatal debe estar amparado mediante una sola garantía, sin perjuicio de algunas excepciones, como la que se deriva de la norma analizada. En efecto, en los contratos cuyo plazo de ejecución sea mayor a cinco (5) años se podrá dividir la garantía, tal como lo prevé el Decreto 1082 de 2015: “La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato”.

Ahora bien, el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que la Entidad Estatal en el pliego de condiciones debe indicar las garantías que exige en cada etapa del contrato o periodo contractual, de acuerdo con las siguientes reglas⁶:

- i) La Entidad Estatal solicitará una garantía independiente para cada etapa del contrato o cada periodo contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público-Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la etapa del contrato o periodo contractual respectivo.
- ii) La entidad calculará el valor asegurado para cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del

⁶ “Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía.

[...]

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

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

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



contratista para cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia que establece el Decreto 1082 de 2015 frente a los diferentes amparos de las garantías.

Conforme a lo anterior, si la Entidad Estatal celebra un contrato cuyo plazo de ejecución es mayor a cinco (5) años, puede pactar en el contrato que las garantías cubran los riesgos de cada *etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional*, caso en el cual el pliego de condiciones regulará las garantías teniendo en cuenta lo siguiente: i) se identificará la garantía que ampara los riesgos para cada etapa del contrato o periodo contractual, pero, además, la vigencia que rige para cada uno –que en todo caso no puede ser menor al plazo de ejecución definido para cada etapa del contrato o periodo contractual–, y ii) el monto de los amparos se calculará tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada etapa del contrato o periodo contractual, y además, regirán las reglas de suficiencia definidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9. al 2.2.1.2.3.1.17. del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, definidas las reglas para solicitar las garantías en el pliego de condiciones, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles obligaciones asume el contratista para amparar los riesgos de cada etapa del contrato o periodo contractual? Atendiendo el mandato previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, antes del vencimiento de cada etapa del contrato o cada periodo contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa del contrato o periodo contractual siguiente⁷. Esto significa que antes del vencimiento de la etapa del contrato que se está ejecutando, el contratista debe contar con la nueva garantía para amparar los riesgos de la siguiente etapa.

⁷ "ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía.

[...]

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

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



Teniendo en cuenta la consulta planteada, debe señalarse que, en caso de que el contratista no cuente con la nueva garantía antes del vencimiento de cada etapa o periodo contractual aplicarán las reglas de restablecimiento de la garantía definidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.18. del Decreto 1082 de 2015, el cual señala:

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

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

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

Es decir que la Entidad Estatal debe prever, en el pliego de condiciones, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 regula lo que ocurre cuando el garante de una etapa del contrato o periodo contractual decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente. En efecto, establece que el garante de la etapa del contrato o periodo contractual asume la obligación de informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. En todo caso, es importante aclarar que este aviso no afecta la garantía de la etapa del contrato o periodo contractual en ejecución. Ahora bien, si en estos casos el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente.

Ahora, en relación con la obligación que tiene a cargo el garante, esta Agencia ha resuelto la siguiente pregunta: ¿Es necesario que el garante justifique su decisión de no continuar garantizando el contrato? En los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015, si el garante decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, asume la



obligación de informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Esto quiere decir que son dos (2) requisitos los que establece la norma: i) avisar con un tiempo de antelación de seis (6) meses antes de la fecha de vencimiento del plazo de la garantía e ii) informar por escrito a la entidad; es decir, que no se tendrán en cuenta las manifestaciones verbales. Frente a la inquietud particular si el garante tiene el deber de justificar su decisión de no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, esta Agencia resaltó en el concepto C-036 de 2022 que el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015 no establece este requisito. En efecto, la exigencia de justificar la decisión de no continuar garantizando el contrato no es un requisito que se derive del Decreto 1082 de 2015; por el contrario, la norma citada establece que cuando el garante decide no continuar garantizando la etapa o periodo contractual siguiente "debe informar su decisión por escrito", esto es, que basta con comunicar dicha decisión, sin que se establezcan requisitos adicionales o que tal decisión se someta a una justificación o razón particular. En tal sentido, la exigencia de una justificación específica, al no originarse en el ordenamiento jurídico afectaría la libertad contractual del garante de decidir si desea celebrar un nuevo negocio jurídico para amparar los riesgos de la etapa del contrato subsiguiente. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el contratista de contar con la nueva garantía que ampare la siguiente etapa o periodo contractual.

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

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



obligación de justificar las razones por las cuales no quiere asumir los riesgos de la etapa o periodo contractual subsiguiente.

Finalmente, es importante resaltar que si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía queda obligado a garantizar la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente. Lo anterior, como una medida que establece el Decreto 1082 de 2015 –artículo 2.2.1.2.3.1.3.– para garantizar que la etapa contractual subsiguiente no quede desamparada.

3. Respuesta

“¿Cuál es el efecto jurídico de no renovar o extender las garantías de cumplimiento, amparos de pago de salarios y prestaciones sociales, RCE, Daño contra Todo Riesgo de un contrato estatal durante la ejecución de este cuando este está sujeto a etapas o fases?”

¿La falta de renovación o extensión de las garantías antes mencionadas constituye una situación que paraliza la ejecución del contrato estatal?

¿Qué acciones puede o debe tomar la entidad estatal ante la falta de renovación o extensión de garantías durante la ejecución del contrato o una de sus fases?” (SIC).

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías sobre casos puntuales.

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



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

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

Teniendo en cuenta la consulta planteada, debe señalarse que, en caso de que el contratista no cuente con la nueva garantía antes del vencimiento de cada etapa o periodo contractual aplicarán las reglas de restablecimiento de la garantía definidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.18. del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que, la Entidad Estatal debe prever, en el pliego de condiciones, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015 regula lo que ocurre cuando el garante de una etapa del contrato o periodo contractual decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente. En efecto, establece que el garante de la etapa del contrato o periodo contractual asume la obligación de informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. En todo caso, es importante aclarar que este aviso no afecta la garantía de la etapa del contrato o periodo contractual en ejecución. Ahora bien, si en estos casos el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente.

Como se explicó antes, es importante tener en cuenta que el supuesto de dividir la garantía en diferentes etapas contractuales involucra que se cuente con una garantía independiente para cada etapa del contrato o periodo contractual. Esto implica que para cada etapa o periodo se contará con una garantía

independiente que ampara riesgos distintos, y que, además, el valor asegurado también tendrá modificaciones.

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

Finalmente, es importante resaltar que si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía queda obligado a garantizar la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente. Lo anterior, como una medida que establece el Decreto 1082 de 2015 –artículo 2.2.1.2.3.1.3.– para garantizar que la etapa contractual subsiguiente no quede desamparada.

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: Juan David Cardenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

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

