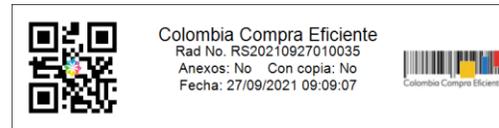


Bogotá, 27 Septiembre 2021



Señor
Lenin Augusto Pardo Porras
Bogotá D.C.

Concepto C – 525 de 2021

Temas: GARANTÍAS – Contratación estatal – Constitución de garantías – Finalidad – Cumplimiento – Obligaciones contractuales / GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance – Finalidad / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍAS BANCARIAS – Requisitos – Entidad financiera autorizada

Radicación: Respuesta a consulta P20210813007236

Estimado Señor Pardo Porras:

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 12 de agosto de 2021.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente consulta: «conforme al artículo 2.2.1.2.3.4.1 del Decreto 1082 de 2015 tengo la siguiente duda tanto las garantías bancarias o las cartas de crédito stand by pueden ser constituidas financieras extranjeras o deben ser entidades financieras establecidas en el país (sic)».

2. Consideraciones



Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) las garantías en la contratación estatal y ii) el otorgamiento de garantías bancarias y cartas de crédito *stand by* en la contratación estatal, en particular, el requisito relacionado con la entidad financiera que puede otorgar la garantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en términos generales de las garantías en la contratación estatal en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2012 y C-080 del 8 de abril de 2021. En lo pertinente, algunas de las consideraciones realizadas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

2.1. Garantías en la contratación estatal

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

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

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

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

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

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la

naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

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

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

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

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

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

Naturalmente, esta garantía de seriedad solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad

precontractual; sin perjuicio de que la garantía sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato y a suscribir la garantía única de cumplimiento, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales¹.

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 Administración².

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

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

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal.



funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados.

2.2. Otorgamiento de garantías bancarias y cartas de crédito *stand by* en la contratación estatal: el requisito relacionado con la entidad financiera que debe otorgar la garantía

Como se mencionó en el acápite anterior, una de las garantías que pueden otorgar los contratistas o proponentes pueden ser las garantías bancarias. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015 establece que la Entidad Estatal puede recibir como garantía de seriedad de la oferta o garantía de cumplimiento, garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, siempre y cuando estas cumplan con las condiciones previstas en dicho artículo³.

Ahora bien, con el fin de centrarnos en el objeto de la consulta y sin perjuicio de que en todo caso se deba verificar el cumplimiento del resto de condiciones previstas, se profundizará en la exigencia del primer numeral del artículo citado en el párrafo anterior: «1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».

Como se observa de dicha condición, para que la garantía bancaria pueda ser recibida por la Entidad Estatal, ya sea como garantía de cumplimiento o de seriedad de la oferta, se requiere que: i) el documento sea expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, y ii) que este se otorgue de conformidad con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

De esta manera, y para responder a su pregunta, resulta imprescindible que la Superintendencia Financiera haya autorizado a la entidad financiera para el otorgamiento de las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, pues de lo contrario, la entidad estatal no podría aceptar dichas garantías al no cumplir con las condiciones previstas en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

³ «ARTÍCULO 2.2.1.2.3.4.1. Garantías bancarias. La Entidad Estatal puede recibir como garantía, en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del presente decreto, garantías bancarias y las cartas de crédito *stand by*, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:

»1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

»2. La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal.

»3. La garantía bancaria debe ser irrevocable.

»4. La garantía bancaria debe ser suficiente en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del presente decreto.

»5. El garante debe haber renunciado al beneficio de excusión».



En cuanto a la posibilidad de que las entidades financieras extranjeras puedan otorgar las garantías mencionadas *ut supra*, es necesario remitirse al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues en esta ley se evidencian varias disposiciones que permiten concluir que los establecimientos bancarios extranjeros pueden ser autorizados por la Superintendencia Financiera para otorgar las garantías, siempre que cuenten con una sucursal en Colombia. En este sentido, a continuación se analizarán las disposiciones que fundamentan la anterior afirmación.

En primer lugar, los literales g. y l. del artículo 7º del EOSF⁴, establecen como operaciones autorizadas de los establecimientos bancarios, la expedición de cartas de crédito y el otorgamiento de garantías, respectivamente. Además, la referida norma establece que solamente los establecimientos bancarios que se organicen de conformidad dicho estatuto estarían facultados para realizar dichas operaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que la entidad financiera se organice de conformidad a lo previsto en el EOSF, pues si no lo hiciera, no podría realizar las operaciones autorizadas mencionadas previamente. De esta manera, el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra un procedimiento para la constitución de las entidades financieras, que al final resulta determinante para que la entidad pueda otorgar, tanto cartas de crédito como garantías bancarias.

En dicho artículo, se evidencia que las sucursales de bancos extranjeros pueden organizarse de conformidad a lo previsto en el Estatuto, pues hay varias disposiciones normativas que se refieren a los requisitos que deben cumplir estas entidades financieras para funcionar en el país. Por ejemplo, dicho artículo establece que i) los bancos y compañías de seguros del exterior que operen en el país por medio de sucursales pueden funcionar bajo la forma jurídica que tengan; ii) para la constitución de sucursales de bancos extranjeros «[...] la Superintendencia Financiera de Colombia podrá subordinar su autorización a que se le acredite que será objeto, directa o indirectamente, con la entidad del exterior, de supervisión consolidada por parte de la autoridad extranjera competente, conforme a los principios generalmente aceptados en esta materia a nivel internacional» y; iii) tratándose de sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, se deberá dar

⁴ «ARTICULO 7o. OPERACIONES.

»1. **Operaciones autorizadas.** Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

[...]

» g. Expedir cartas de crédito;

[...]

» l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia».



cumplimiento a lo previsto en el Código de Comercio para la constitución de sucursales de sociedades extranjeras.

Finalmente, el artículo 45A del EOSF consagra un régimen particular para las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior, en el que se menciona que estas entidades financieras están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, gozan de los mismos derechos y están sujetas a las mismas obligaciones que los bancos y compañías de seguros nacionales, según sea el caso⁵.

De esta manera, se concluye que a la luz de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.4.1 del Decreto 1082 de 2015, en armonía con el EOSF, las entidades financieras extranjeras pueden otorgar garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, siempre y cuando se trate de un establecimiento bancario que haya constituido una sucursal en territorio nacional y la Superintendencia Financiera la autorice para funcionar de conformidad con lo previsto en el EOSF.

3. Respuesta

«conforme al artículo 2.2.1.2.3.4.1 del Decreto 1082 de 2015 tengo la siguiente duda tanto las garantías bancarias o las cartas de crédito *stand by* pueden ser constituidas financieras extranjeras o deben ser entidades financieras establecidas en el país (sic)».

De conformidad con las consideraciones, con fundamento en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.4.1 del Decreto 1082 de 2015, para que una entidad estatal pueda aceptar como

⁵ «ARTÍCULO 45A. RÉGIMEN APLICABLE A LAS SUCURSALES DE BANCOS Y COMPAÑÍAS DE SEGUROS DEL EXTERIOR. Las disposiciones del presente Estatuto, incluyendo las concernientes al régimen patrimonial, son aplicables a las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior.

»Las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior, son entidades financieras, están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, gozan de los mismos derechos y están sujetas a las mismas obligaciones que los bancos y compañías de seguros nacionales, según sea el caso.

»Sin perjuicio de lo previsto en el artículo siguiente del presente Estatuto, el capital asignado a las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior deberá ser efectivamente incorporado en el país y convertido a moneda nacional, de conformidad con las disposiciones que rigen la inversión de capital del exterior y el régimen de cambios internacionales. Las operaciones de las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior estarán limitadas por el capital asignado y efectivamente incorporado en Colombia.

»No pueden entablarse reclamaciones diplomáticas respecto de los negocios y operaciones que efectúen en territorio colombiano, las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior, invocando para ello derechos derivados de su nacionalidad.

»PARÁGRAFO. La inspección y vigilancia de las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior se realizará en los mismos términos y condiciones en que se realiza dicha función respecto de los bancos y las compañías de seguros constituidas en el territorio nacional, respectivamente, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Nacional en la materia».



garantía de seriedad de la oferta o de cumplimiento, cartas de crédito *stand by* o garantías bancarias, se requiere que i) el documento sea expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera y ii) que este sea otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

Bajo ese entendido, es factible que las entidades financieras extranjeras puedan otorgar las garantías referidas, pues el EOSF permite que, por medio de la constitución de sucursales en el país, la Superintendencia Financiera autorice a estas entidades para otorgar cartas de crédito *stand by* o garantías bancarias.

Por ende, el contratista o proponente, según corresponda, deberá verificar que la Superintendencia Financiera haya autorizado a la sucursal de la entidad financiera extranjera para el otorgamiento de garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, pues de lo contrario la entidad estatal no podrá aceptar la garantía al no cumplir con una de las condiciones del artículo 2.2.1.2.3.4.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: David Torres Rojas
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grísales
Gestor T1 Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual

