

80112 –
Bogotá, D.C.,

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 14-01-2013 11:13
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0001508 Fol:3 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
DESTINO JESUS DAVID ESCUDERO SIERRA
ASUNTO PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.
OBS

2013EE0001508



Señor
JESÚS DAVID ESCUDERO SIERRA
Jesus_Escudero@jltcolombia.com

Asunto: Contratos Interadministrativos. Pólizas de Cumplimiento.

Respetado Señor Escudero Sierra:

1. ANTECEDENTE

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió su escrito de fecha 19 de noviembre de 2012 radicado con el número 2012ER0110018, remitido por la Directora de Atención Ciudadana de la CGR el 28 de noviembre de 2012 radicado con el número 2012IE0073177, mediante el cual requiere concepto sobre el siguiente asunto:

“Teniendo en cuenta que con la expedición del Decreto 734 de 2012 se reiteró lo indicado por el inciso 4º del Artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 en lo referente a la obligatoriedad de garantías de cara a los contratos interadministrativos, requiero su colaboración ilustrándonos puntualmente sobre la postura de la entidad que usted representa de cara con la exigencia de garantías que es establecida en este tipo de contratos por algunas entidades estatales.

Lo anterior se requiere con el fin de adoptar una posición acorde con los argumentos que sean por ustedes indicados.”

2. NORMATIVIDAD QUE REGLAMENTA EL TEMA

- Decreto 734 de 2012
- Ley 1150 de 2007

3. DESARROLLO DEL TEMA

Antes de dar respuesta a la solicitud planteada es preciso señalar que, esta Oficina es una dependencia asesora jurídica de la Contraloría General de la República, y no un órgano consultor de carácter general; pues tiene dentro de sus funciones absolver las

consultas que en materia de control fiscal le correspondan al Contralor General de la República.

Requiere en su escrito concepto acerca de la exigencia de garantías en contratos interadministrativos, para ello nos remitiremos a las normas que contemplan la materia:

Ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.”¹ (Subrayado no es del texto)

Decreto 734 de 2012:

“Artículo 5.1.8. Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo. 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 diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual se aplicarán las reglas previstas para la mínima cuantía.

La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta para participar en procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la

¹ Artículo 7 Ley 1150 de 2007

adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.

La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa salvo que en el estudio previo correspondiente se establezca la conveniencia de exigirla atendiendo la naturaleza y cuantía del contrato respectivo.” (Subrayado no es del texto)

Comencemos por mencionar, que la Ley 80 de 1993 en virtud al *principio de economía* de la Contratación Estatal, establecía que los contratistas debían prestar garantía única que avalara el cumplimiento de sus obligaciones, y los proponentes para garantizar la seriedad de su oferta². Ésta disposición fue derogada por la Ley 1150 de 2007 y nuevamente establecida en título primero de dicha norma “*De la eficiencia y la transparencia*” artículo 7º denominado “*Garantías en la Contratación*”.

La norma en cita contempla nuevamente la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y para garantizar la seriedad de los ofrecimientos, pero ahora con ocasión a los principios de *eficiencia y transparencia*.

La constitución de garantías en materia de Contratación Estatal, tiene como fin la cobertura de los riesgos que durante la ejecución del contrato se pueden presentar y afectar el cumplimiento del mismo. Dependerá entonces del tipo de riesgos y del estudio que cada Entidad Pública haga de ellos, para determinar los sucesos y porcentajes que requieran la cobertura.

En cuanto a la excepción contemplada por las normas en cita para el otorgamiento de garantías, se observa claramente la no obligación de constituir las en los contratos a los cuales hacer referencia en su escrito, es decir, en los contratos interadministrativos.

Los contratos interadministrativos constituyen una de las causales de la modalidad de selección de contratación directa establecida en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

La posibilidad de celebrar contratos de manera directa entre entidades públicas, ocurre cuando las obligaciones del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Pero se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública, los cuales deben surtirse por la modalidad señalada para cada uno de ellos.³

² Ley 80 de 1993 artículo 25 numeral 19 – Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

³ Ley 1474 de 2011 artículo 92

La expresión contenida en las normas transcritas en el presente escrito no son imperativas, lo que significa que, si del estudio y análisis de riesgos que se realicen se determina que deben existir garantías para la ejecución de los contratos interadministrativos, visto lo que contemplan las normas puede decirse, que a pesar de no ser obligatoria su constitución, no se prohíben.

Si llegare a celebrarse después del proceso de licitación pública un contrato interadministrativo para la ejecución de una obra, no podría pensarse que dicho contrato en virtud a que no es obligatoria la constitución de sus pólizas no deben ser obtenidas, máxime si se tiene en cuenta que su participación el proceso de licitación pública, permitir la no constitución, determinaría un desigualdad para todos los participantes del proceso.

En resumen, no podemos decir, de manera general que ningún contrato interadministrativos requiere la constitución de pólizas o garantías, dependerá del tipo de riesgo que pueda suceder durante la ejecución del contrato y de la modalidad de contratación que las normas permitan para la celebración de contratos interadministrativos como fue expuesto.

4. CONCLUSIÓN

La constitución o no de garantías en los contratos interadministrativos dependerá del tipo de riesgos a los que se encuentre expuestos la ejecución del objeto del contrato y del cumplimiento de las obligaciones contendidas en el mismo.

Recordamos finalmente que conforme al art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, es la Oficina Jurídica una dependencia asesora, por lo que los conceptos que emite carecen de fuerza vinculante, según el carácter que les atribuye el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Le informamos además que puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

Cordial saludo;

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Johana Milena Valenzuela Pardo
Radicado: 2012ER01100018 y 2012IE0073177