



20118010352481

Bogotá D.C., martes, 28 de junio de 2011

Señora

Monica Martinez Gomez

contratistajur6@envigado.gov.co

Envigado - Antioquia

Asunto: Garantías contractuales en la Urgencia Manifiesta

Respetada Señora:

Por medio de la presenta damos respuesta a su solicitud No. 20116000019162 mediante la cual pregunta el manejo de garantías contractuales en tratándose de la urgencia manifiesta, en particular la de estabilidad y calidad de la obra.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO se pronunciará sobre los aspectos particulares y específicos de su consulta. No obstante lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda.

1. Régimen de Garantías

De forma general, el Régimen de Garantías en la Contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra regulada en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por medio del Decreto 4828 de 2008 y todas sus modificaciones.

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que:

“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.” (Negritas fuera de texto)

De esta manera, se incorporan en materia de garantías para la contratación estatal, una serie de reglas especiales que modifican la regulación ordinaria de las mismas en el derecho común, para establecer diferencias en atención a los intereses que persiguen las entidades estatales en su contratación; y, dotar a las entidades de mecanismos eficientes para hacer efectivos los amparos dados por los contratistas cualquiera que sea el mecanismo de cobertura. Siendo en todo caso competencia del Gobierno Nacional, el señalamiento de los criterios para la exigencia de las garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos en el marco de los contratos, entre otros.

2. Mecanismos de Cobertura del Riesgo

De forma general, el Decreto 4828 de 2008 **con el objetivo de reglamentar el Régimen de Garantías en la Contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, estableció como mecanismos de cobertura del riesgo:

- (i) las pólizas de seguros;
- (ii) la fiducia mercantil en garantía;
- (iii) las garantías bancarias a primer requerimiento;
- (iv) el endoso en garantía de títulos valores; y,
- (v) el depósito de dinero en garantía.

De esta forma, el Decreto busca “en el caso de las garantías bancarias como en el de los mecanismos nuevos referidos [...] que funcionen ‘a primer requerimiento’, de manera que ante el incumplimiento declarado por la entidad estatal acreedora de la garantía ésta sea pagada inmediatamente, sin que el garante pueda oponer las excepciones propias del deudor principal, ni tampoco las de su relación con este”.¹

Así las cosas, la póliza no es el único instrumento para garantizar el contenido obligacional de los contratos estatales, sino que en la actualidad, el reglamento otorga la posibilidad de que el contratista escoja cualquiera otro de los instrumentos de garantía señalados en el decreto 4828 de 2008.

¹ Suárez Beltrán, Gonzalo. *La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis, 2009. Pág.468.

3. Procedimiento para hacer efectivas las garantías

Dicho lo anterior, respecto del procedimiento para hacer efectivas las garantías debe estarse a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008.

Este establece que:

“Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

“14.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

“14.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

“14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro”.

De esta forma, cuando se utilicen pólizas de seguro como mecanismos de cobertura del riesgo en los casos de caducidad y aplicación de multas, el acto administrativo constituye el siniestro; por su parte, en los demás casos de incumplimiento, dicho acto administrativo constituye la reclamación misma. Acto administrativo que, según lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 debe ser notificado al respectivo asegurador para que este tenga la posibilidad de interponer los recursos en la vía gubernativa, tal y como se indicó previamente.

Por su parte, respecto de los demás mecanismos de cobertura, el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008 resulta aplicable, “pero entendiendo que en tal caso no se debe vincular a la actuación administrativa para declarar el incumplimiento al ‘garante’ sino únicamente al garantizado” en atención a la naturaleza misma de las garantías a primer requerimiento.²

Lo anterior, es acorde con las disposiciones previstas de forma particular para la fiducia mercantil (artículo 20.6, Decreto 4828 de 2008); las garantías bancarias (artículos 23.1 y 23.2, Decreto 4828 de 2008); y, el endoso en garantía de títulos valores (artículo 25, Decreto 4828 de 2008).

² Suárez Beltrán, Gonzalo. 2009. Pág. 497

4. Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo

Conforme lo establece el artículo 8º del Decreto 4828 de 2008, las garantías no serán obligatorias en los siguientes contratos:

1. Empréstito,
2. Interadministrativos,
3. Seguro,
4. Contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.
5. Procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes,
6. Procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, y
7. Concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.

En vista de lo anterior, únicamente en estos casos es posible (facultativo) no exigir garantías en materia contractual.

5. Del amparo de estabilidad y calidad de la obra

El artículo 4.2.5 del Decreto 4828 de 2008 establece que el amparo de calidad y estabilidad de la obra es:

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

Sobre la suficiencia y vigencia de dicho amparo, el artículo 7º del mismo decreto Modificado por el art. 1, Decreto 2493 de 2009 señala que:

*“7.6 Estabilidad y calidad de la obra. El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. Su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y **no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.**”*

De esta forma es claro que el reglamento otorga la posibilidad de exigir una vigencia inferior a los 5 años únicamente cuando la entidad lo justifique técnicamente.

6. Urgencia Manifiesta

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece dentro de las modalidades de selección para la escogencia del contratista la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

Por su parte, el literal (a) del numeral 4 de la disposición mencionada, establece como causal para proceder a seleccionar el contratista de forma directa, la urgencia manifiesta.

Dicho lo anterior, cabe señalar que “la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley [...], pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública, [selección abreviada, o concurso de méritos]”³.

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, establece respecto de la urgencia manifiesta que:

“Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

“La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

“PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente”.

Así, es claro que su declaratoria procede única y exclusivamente en los eventos allí indicados, y que su declaratoria se debe realizar por medio de acto administrativo motivado.

Respecto de la contratación que se realice bajo la urgencia manifiesta, se debe tener en cuenta que:

*“Como el carácter o **finalidad principal de dicha declaración de urgencia es conjurar la misma para evitar daños o perjuicios mayores tanto para el Estado como para los administrados**, es deber de los funcionarios competentes celebrar los contratos sin ninguna dilación, de manera que expedido el acto que la declara, se debe proceder a celebrar el contrato sin ninguna dilación distinta del tiempo necesario para perfeccionarlo.*

[...]

*“Así las cosas, **la administración pública está limitada a celebrar los contratos que prescriba en el acto de declaración de urgencia manifiesta, siendo imposible, por lo mismo, que posteriormente a dicha declaración se incluyan nuevos contratos por idénticos motivos de urgencia**; de esta manera, se establece control sobre el ejercicio de la contratación directa que tiene carácter excepcional”⁴.(negritas fuera de texto)*

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expedientes 24.715 y otros. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 24 de marzo de 1995. Radicación número 677. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

De esta forma, el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta debe indicar de forma precisa los contratos cuyo procedimiento para la selección del contratista se realice de forma directa. Así:

*“la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, **en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y su finalidad** (radicación 587/94). Igualmente, que expedido el acto que declara la urgencia, se debe proceder a celebrar el contrato sin ninguna dilación distinta del tiempo necesario para perfeccionarlo (radicación 677/95), si bien con observancia de los requisitos previstos en la ley”⁵. (negritas fuera de texto)*

6. Conclusiones

En la contratación estatal, incluida la de urgencia manifiesta, es necesario amparar el contenido obligacional del contrato con cualquiera de los instrumentos definidos en la Ley y en el reglamento.

Para tal efecto, la póliza no es el único instrumento de amparo de los riesgos derivados del cumplimiento del contrato sino que además existen otros que el reglamento permite utilizar al contratista para amparar los riesgos identificados por la entidad estatal quien deberá determinar además la suficiencia y vigencia de la garantía atendiendo la naturaleza y objeto del riesgo.

Respecto de la garantía de estabilidad y calidad de la obra, el reglamento dispone que ésta debe ampararse mínimo por el término de 5 años **salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior en el estudio previo** según lo dispone el artículo 7º del decreto 4828 de 2008 en concordancia con el numeral 7º del artículo 3º del Decreto 2474 de 2008⁶.

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública
Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación

Proyectó: Jorge Hernán Beltrán Pardo
Revisó: Diana Bernal

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de enero de 1998. Radicación número 1.073. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón

⁶ “7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.”