

Guía de garantías en Procesos de Contratación

I.	Tabla de contenido	
II.	Introducción	2
III.	Aspectos generales de las garantías en contratación pública	2
A.	Tipos de garantías y cobertura	2
B.	¿Todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía?	2
C.	¿Cuáles Riesgos se deben cubrir mediante garantías en los Procesos de Contratación?	3
D.	¿Cómo se hacen efectivas las garantías?	4
IV.	Contrato de seguro	4
A.	Partes y beneficiario	4
B.	Características del contrato de seguro en Procesos de Contratación	5
C.	Condiciones generales del contrato de seguro	6
D.	Prescripción del contrato de seguro	6
E.	Responsabilidad civil extracontractual	7
(i)	Condiciones de la póliza de responsabilidad civil extracontractual	7
V.	Patrimonio autónomo	8
A.	¿Qué es el contrato de fiducia mercantil en garantía?	8
B.	¿Qué condición deben tener los bienes o derechos que se transfieran al patrimonio autónomo que sirve de garantía?	9
C.	¿Qué son los fondos de inversión colectiva?	9
(i)	¿Cuáles son los valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva?	10
(ii)	¿Qué se entiende por participaciones en fondos de inversión colectiva?	10
D.	Inmuebles en fiducias en garantía	10
E.	Aspectos que debe incluir el contrato fiduciario de garantía	11
F.	Registro del contrato de fiducia de garantía	12
G.	¿Qué es el certificado de garantía?	12
VI.	Garantías bancarias y cartas de crédito <i>stand by</i>	12
A.	¿Cuáles requisitos deben cumplir las garantías bancarias?	13
B.	¿Cómo se debe cobrar una garantía bancaria o carta de crédito <i>stand by</i> ?	13
C.	Prórrogas y pagos parciales	14

II. Introducción

Uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del Riesgo. El artículo 17 del Decreto 1510 de 2013 dispone que la Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos.

Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación. El objetivo de la presente guía es definir lineamientos y orientar a las Entidades Estatales en las características de cada una de las clases de garantía previstas en las normas de contratación, sus diferencias y los aspectos a considerar en los Procesos de Contratación sujetos al Decreto 1510 de 2013.

Las expresiones utilizadas en el presente documento con mayúscula inicial deben ser entendidas de acuerdo con la definición contenida en el Decreto 1510 de 2013 y se emplean en singular o plural según sea exigido en el contexto. Los términos no definidos deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio.

III. Aspectos generales de las garantías en contratación pública

En la planeación del Proceso de Contratación, la Entidad Estatal debe identificar las garantías a solicitar de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato.

A. Tipos de garantías y cobertura

Los proponentes o contratistas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en Procesos de Contratación pueden otorgar, a su elección, cualquiera de las siguientes garantías: (i) contratos de seguro, (ii) fiducia mercantil de garantía o (iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*.

La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 118 a 125 del Decreto 1510 de 2013.

B. ¿Todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía?

Ciertos Riesgos identificados por las Entidades Estatales pueden cubrirse a través de cualquiera de los instrumentos de garantía antes descritos.

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 o no la constitución de garantías.

En las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y 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, con ocasión de los Riesgos del contrato.



C. ¿Cuáles Riesgos se deben cubrir mediante garantías en los Procesos de Contratación?

En función de las fases del Proceso de Contratación, los Riesgos que se deben cubrir mediante garantías son:

1. Selección: El oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos:

- 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.
- No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

2. 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 según las condiciones del objeto 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 el caso del amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar la indemnización de estos perjuicios en la medida que se afecte el patrimonio de la Entidad Estatal asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados del contratista no han acudido a reclamar a la Entidad Estatal.

3. Obligaciones posteriores a la ejecución: En esta fase se cubren los Riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos son:

- Estabilidad y calidad de la obra.
- Calidad del servicio.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

El amparo de calidad del servicio tiene por objeto cubrir los perjuicios derivados de la prestación deficiente del servicio contratado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes eventos: mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de servicios y mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato. Si la falta de calidad se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo que debe afectarse no es éste sino el de cumplimiento.

El amparo de calidad del servicio es aplicable tanto en contratos de ejecución sucesiva, por ejemplo en contratos de aseo y cafetería, como de ejecución instantánea, por ejemplo contratos para la realización de los diseños. Este amparo opera una vez concluida la vigencia del amparo de cumplimiento.

La garantía de calidad y correcto funcionamiento de bienes tiene por objeto cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la Entidad Estatal recibe en cumplimiento de un contrato. Son ejemplos de eventos que pueden dar lugar a afectar este amparo la mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.

D. ¿Cómo se hacen efectivas las garantías?

De acuerdo con el Decreto 1510 de 2013 las garantías que respaldan el cumplimiento de un contrato pueden hacerse efectivas cuando se presenta un incumplimiento atribuible al contratista en las obligaciones pactadas que dan lugar a la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal.

Si existe incumplimiento, la Entidad Estatal debe expedir un acto administrativo que lo declare. En los procedimientos administrativos sancionatorios o conminatorios la Entidad Estatal debe vincular al contratista y al asegurador del contrato. Cuando la garantía es un patrimonio autónomo, garantía bancaria o carta de crédito *stand by* no es necesario que la Entidad Estatal vincule a la fiduciaria o al emisor al procedimiento sancionatorio o conminatorio.

Cuando se trata de oferentes plurales como consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura, la garantía debe cubrir a todos sus integrantes. Igualmente, la notificación del incumplimiento debe vincular a todos sus miembros.

IV. Contrato de seguro

El contrato de seguro contenido en una póliza solo puede ser suscrito por compañías aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera. En consecuencia no son contratos de seguro las fianzas u otros instrumentos expedidos por compañías de fianzas generales y demás entidades no sujetas a dicha inspección y vigilancia.

La Entidad Estatal debe verificar que en la póliza y sus cláusulas generales no aparezcan exclusiones o limitaciones de responsabilidad que no sean aceptables y que los amparos, cobertura, vigencia y valor asegurado sean los exigidos.

A. Partes y beneficiario

Las partes del contrato de seguro en los Procesos de Contratación son:

1. Tomador/Garantizado: es el oferente y/o contratista cuyas obligaciones se garantizan con ocasión de la presentación de la oferta y/o celebración de un contrato con una Entidad Estatal.
2. Aseguradora: es la entidad aseguradora vigilada por la Superintendencia Financiera a quien el oferente y/o contratista traslada el Riesgo. Cuando varias aseguradoras asumen

conjuntamente un mismo Riesgo a favor de un mismo asegurado, todas las entidades asumen la posición contractual de aseguradora¹.

La Entidad Estatal es el asegurado y beneficiario, pero no tiene el carácter de parte.

B. Características del contrato de seguro en Procesos de Contratación

1. Principio indemnizatorio: el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para la Entidad Estatal, puesto que solo sirve para reparar los daños causados. No obstante, en el caso del amparo de seriedad de la propuesta, la Entidad Estatal puede cobrar el valor asegurado total sin que existan perjuicios de la misma proporción.
2. Independencia de los amparos: los amparos de la póliza son independientes y autónomos en el Riesgo que cubren y en el valor asegurado. El asegurador no puede utilizar el valor de uno de los amparos para cubrir o indemnizar un Riesgo diferente.
3. Exclusiones: La Entidad Estatal solo puede admitir las siguientes exclusiones, de pactarse otras diferentes no producirán efectos.
 - Causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
 - Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.
 - Uso indebido o inadecuado, o falta de mantenimiento preventivo, al que está obligado la Entidad Estatal.
 - El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.
4. Irrevocabilidad y no terminación por mora en el pago de la prima: La terminación automática por no pago de la prima y su revocatoria no es aplicable a las pólizas de seguro en contratos estatales.
5. Inoponibilidad de las excepciones: Las aseguradoras no pueden oponerse o defenderse de las reclamaciones que presenten las Entidades Estatales alegando la conducta del tomador, como es el caso de las inexactitudes o reticencia en la información en la contratación del seguro.
6. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad: la cláusula de proporcionalidad es aquella en virtud de la cual la aseguradora sólo paga por completo el valor asegurado en los eventos en que haya siniestro total; de forma que sólo se paga una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial. Esta cláusula no puede incluirse en contratos de seguro para contratos estatales y de incluirse no produce efecto alguno.

¹ La coaseguradora responde únicamente por la parte que asumió del riesgo; en otras palabras no hay solidaridad entre las coaseguradoras. Por lo anterior, en un escenario de coaseguro, el asegurado o beneficiario que desee hacer efectiva la garantía debe notificar a todas las aseguradoras involucradas y reclamarle a cada una su parte de la indemnización.

Como ejemplo: en un contrato estatal amparado con un valor asegurado de 100 millones de pesos, si hay cláusula de proporcionalidad y ocurre un siniestro parcial correspondiente a un incumplimiento del 70% del contrato, la aseguradora sólo está obligada a pagar una indemnización máxima de 70 millones, valor proporcional al siniestro. Esta cláusula no es aplicable en contratos de seguro para contratos estatales.

7. Cesión del contrato: cuando el contratista ha incumplido el contrato puede cederlo a la aseguradora para que ella cumpla con el objeto contratado como alternativa al pago de la indemnización de los perjuicios. En este evento, el garante puede continuar con la ejecución del contrato en calidad de cesionario del mismo para lo cual es indispensable que constituya las garantías previstas en el contrato.

C. Condiciones generales del contrato de seguro

Las condiciones generales del contrato de seguro contenido en una póliza son las siguientes:

- La razón o denominación social del asegurador.
- El nombre del tomador: es la persona que celebra el contrato de seguro con la aseguradora.
- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.
- La identificación precisa de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se contrata el seguro.
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de inicio y vencimiento, o el modo de determinarlas.
- La suma asegurada o el modo de precizarla.
- La prima o el modo de calcularla y la forma de pago.
- Los Riesgos que el asegurador toma a su cargo.
- La fecha en que se expide y la firma del asegurador.
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.
- La solicitud del seguro firmada por el tomador.
- Anexos, exclusiones, definiciones y en general todos aquellos condiciones generales que hayan sido pactadas en el contrato de seguro.

Cuando las anteriores condiciones no aparezcan de manera expresa en el contrato de seguro contenido en una póliza, las condiciones aplicables al contrato son las que la compañía aseguradora haya depositado ante la Superintendencia Financiera para el ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

D. Prescripción del contrato de seguro

El acto administrativo que declara incumplimiento debe estar en firme antes del término de prescripción de la acción del contrato de seguro. La prescripción es ordinaria o extraordinaria. La ordinaria es de dos (2) años y se cuenta a partir del momento en que la Entidad Estatal tiene o debe tener conocimiento del hecho. La extraordinaria es de cinco (5) años, que se cuentan desde la ocurrencia del siniestro.

E. Responsabilidad civil extracontractual

Esta garantía cubre los perjuicios que puede sufrir la Entidad Estatal derivados de la responsabilidad civil extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista o de los subcontratistas. Este Riesgo solo puede cubrirse mediante pólizas de seguro.

Las Entidades Estatales deben exigir en los contratos de obra y en aquellos que por su objeto o naturaleza sea necesario, el otorgamiento de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

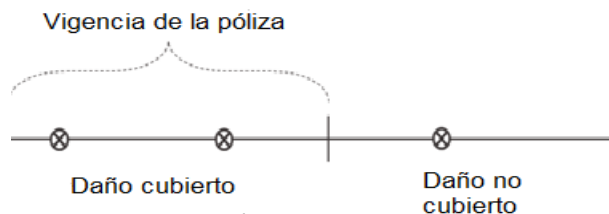
El Decreto 1510 de 2013 exige una serie de requisitos que deben reunir los seguros de responsabilidad civil extracontractual a favor de Entidades Estatales:

- Cobertura básica de predios, labores y operaciones.
- Daño emergente y el lucro cesante.
- Perjuicios extrapatrimoniales².
- Responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad civil extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.
- Cobertura expresa de amparo patronal, que cubre los perjuicios causados por accidentes de trabajo que sufran los empleados al servicio del contratista en desarrollo de sus actividades.
- Cobertura expresa de vehículos propios y no propios, que cubre daños materiales, las lesiones personales y/o la muerte que se ocasionen a terceros con vehículos propios y no propios que estén al servicio de la entidad asegurada en el giro normal de sus actividades.

(i) Condiciones de la póliza de responsabilidad civil extracontractual

- a. La Entidad Estatal debe aparecer en la póliza como asegurada y beneficiaria. Esta doble calidad le permite a la entidad tener protección cuando un tercero presenta una reclamación por responsabilidad en su contrato (asegurada) o cuando la misma entidad sufra un daño por un hecho, conducta u omisión del contratista y deba reclamar como víctima la indemnización correspondiente (beneficiaria).
- b. El Decreto 1510 de 2013 dispone que el seguro de responsabilidad civil extracontractual a favor de Entidades Estatales debe otorgarse bajo la modalidad de ocurrencia, por tanto el daño que sufra la víctima debe ocurrir durante la vigencia de la póliza, aunque la reclamación sea posterior siempre que no haya ocurrido la prescripción.

Gráfico 1. Seguros por ocurrencia



² Son aquellos que afectan la esfera interna y personal de la víctima.

- c. El seguro de responsabilidad civil extracontractual debe estar vigente durante todo el periodo de ejecución del contrato. La prescripción de los derechos del asegurado corre desde el momento en que la víctima le reclame judicial o extrajudicialmente la indemnización; a partir de ese momento el asegurado tiene dos (2) años para reclamarle a la aseguradora.
- d. No es procedente pactar franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que implique la asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada. La franquicia es un límite fijo por debajo del cual responde exclusivamente el asegurado.
- e. El deducible es un valor o porcentaje de participación del asegurado en la pérdida que sufra. El Decreto 1510 de 2013 establece que no pueden pactarse deducibles mayores al 10% del valor de cada pérdida y en ningún caso puede ser superior a 2.000 SMMLV.
- f. La constitución de seguros obligatorios por parte del contratista como los relacionados con la administración de riesgos laborales, no exime al contratista de constituir la póliza de responsabilidad civil extracontractual; para este caso en el amparo patronal.

V. Patrimonio autónomo

A. ¿Qué es el contrato de fiducia mercantil en garantía?

Es un contrato que celebra 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, a fin de garantizar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la Entidad Estatal beneficiaria. En el patrimonio autónomo los bienes o derechos se mantienen separados de los de la sociedad fiduciaria y de otros negocios fiduciarios para que sirvan de garantía.

Cuando se presenta un incumplimiento del oferente o contratista la Entidad Estatal debe declararlo, para lo cual debe seguir el procedimiento que la ley establece. Una vez la Entidad Estatal lleve a cabo este procedimiento procede al cobro de la garantía a través del mecanismo de ejecución de la garantía que se prevé en el mismo contrato de fiducia mercantil.

Son partes en el contrato de fiducia mercantil en garantía:

1. El fideicomitente, quien suscribe el contrato de fiducia con una sociedad fiduciaria y en virtud de dicho contrato transfiere o entrega el bien o el derecho para que se constituya el patrimonio autónomo que sirve como garantía para el acreedor, es decir la Entidad Estatal. Tratándose de contratos de fiducia en garantía a favor de una Entidad Estatal, el fideicomitente es el oferente en la etapa de selección o el contratista con el cual la Entidad Estatal ha celebrado un contrato y cuyas obligaciones se garantizan con la fiducia en garantía. Un tercero puede también aportar activos como fideicomitente a un patrimonio autónomo para garantizar las obligaciones del oferente o contratista.



2. La fiduciaria es la sociedad de servicios financieros autorizada por la Superintendencia Financiera y sujeta a su inspección y vigilancia, quien actúa como vocera del patrimonio autónomo.

El acreedor garantizado o beneficiario en el contrato de fiducia mercantil en garantía es la Entidad Estatal, en cuyo favor se celebra.

B. ¿Qué condición deben tener los bienes o derechos que se transfieran al patrimonio autónomo que sirve de garantía?

Los bienes o derechos que se transfieren al patrimonio autónomo deben ofrecer a la Entidad Estatal un respaldo idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas, por lo cual la Entidad Estatal y la fiduciaria deben revisar las condiciones jurídicas y comerciales de los bienes o derechos ofrecidos conforme a lo previsto en el artículo 141 del Decreto 1510 de 2013.

Solamente son aceptables como garantía a favor de una Entidad Estatal los patrimonios autónomos conformados con los siguientes bienes y derechos:

1. Valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva, o la participación individual del contratista en los fondos. La Entidad Estatal reconoce para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores.
2. Inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a 2.000 SMMLV, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al 0,75% mensual del precio de realización según avalúo realizado por un experto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el 70% del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos.

C. ¿Qué son los fondos de inversión colectiva?

Son mecanismos o vehículos de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrados con el aporte de un número plural de personas determinables, recursos que son gestionados de manera colectiva por una sociedad fiduciaria para obtener resultados económicos también colectivos.

Estos fondos son de dos tipos dependiendo de la forma de redención de las inversiones (participaciones) de las personas en ellos:

- Abiertos: Son aquellos en los que las participaciones se pueden redimir en cualquier momento, sin perjuicio de que en su reglamento se acuerden pactos de permanencia mínima.
- Cerrados: Son aquellos en los que solamente es posible redimir la totalidad de las participaciones al final del plazo previsto para la duración del fondo.



(i) ¿Cuáles son los valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva?

Son los valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva del mercado monetario de acuerdo con el artículo 3.2.1.1.1 del Decreto 1242 de 2013, es decir:

i) Valores de contenido crediticio, es decir, que contienen obligaciones de pagar dinero en moneda nacional o unidades representativas de moneda nacional, inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores –RNVE–, calificados por una sociedad legalmente habilitada para el efecto, con mínimo grado de inversión; o,

ii) Títulos de deuda pública, emitidos o garantizados por la Nación, Banco de la República o por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN–, los cuales no requieren calificación.

Para establecer la cuantía de la garantía sobre estos activos la Entidad Estatal y la fiduciaria deben valorar estas inversiones teniendo en cuenta el riesgo del emisor, del activo, su plazo, vencimiento, volatilidad y demás condiciones que permiten establecer su valor a precios de mercado.

(ii) ¿Qué se entiende por participaciones en fondos de inversión colectiva?

Las participaciones son los aportes que tiene una persona en fondos de inversión colectiva representados en derechos de participación.

El valor de las participaciones del inversionista depende de la valoración de los títulos que componen el portafolio del fondo de inversión colectiva, por lo cual, para conocer el valor de la participación, se debe establecer el valor del fondo de acuerdo con la metodología que establece la Superintendencia Financiera. La Entidad Estatal debe solicitar a la sociedad fiduciaria administradora del fondo de inversión la información del valor del portafolio del fondo de inversión y de la participación del garante para poder constituir la garantía.

Las participaciones que pueden aportarse al patrimonio autónomo de una fiducia mercantil en garantía para amparar obligaciones de oferentes o contratista de una Entidad Estatal son las correspondientes a fondos de inversión colectiva del mercado monetario, antes descritos.

D. Inmuebles en fiducias en garantía

De acuerdo con el artículo 656 del Código Civil, inmuebles o fincas o bienes raíces, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieran permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las sociedades fiduciarias deben ordenar con cargo al fideicomiso el avalúo de los inmuebles y sus actualizaciones, bajo el criterio de valor de realización a corto plazo. La Entidad Estatal puede reconocer hasta el 70% del valor de los inmuebles para tomar la garantía.

La renta es el rendimiento, la ganancia, el beneficio o la utilidad que se deriva del bien inmueble. En este concepto quedan comprendidos las rentas o beneficios provenientes de contratos de arrendamiento, arrendamientos por escritura pública, usufructos, ingresos por producción y concesiones de espacio.



Las rentas en contratos de fiducia mercantil en garantía para contratos estatales deben cumplir las siguientes condiciones:

- Provenir de bienes inmuebles.
- No estar a cargo del oferente o contratista garantizado.
- Hacer parte del patrimonio autónomo.
- Generar rentas en un año por valor mayor al 0,75% mensual del precio de realización del avalúo.

E. Aspectos que debe incluir el contrato fiduciario de garantía

1. El fideicomitente debe ser el oferente o contratista o un tercero que esté dispuesto a garantizar las obligaciones del oferente o contratista y tenga la facultad para hacerlo.
2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el acreedor garantizado beneficiario del patrimonio autónomo.
3. La obligación de la sociedad fiduciaria de realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitados, o la adopción de las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.
4. El deber de la sociedad fiduciaria de hacer periódicamente u ordenar las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía.

El oferente o contratista es el obligado a pagar el costo de los avalúos, sin perjuicio de las retenciones que realice la fiduciaria sobre las rentas periódicas que produzcan los bienes hasta por el tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor, en la proporción y para los fines de que trata el artículo 145 del Decreto 1510 de 2013.

5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas y exigir al fideicomitente el reemplazo o aumento de los bienes fideicomitados para la suficiencia de la garantía.
6. La obligación del fideicomitente de reemplazar o aumentar los bienes fideicomitados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria.
7. El procedimiento a seguir para el reemplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo.
8. El procedimiento a seguir para hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas.
9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria, incluyendo las de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos.
10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitados, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitados. La



Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado, sin perjuicio de que persiga el pago del perjuicio que no haya sido integralmente pagado.

F. Registro del contrato de fiducia de garantía

El contrato de fiducia en garantía se sujeta al registro de que trata la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias en la Confederación de Cámaras de Comercio, únicamente cuando el activo subyacente del patrimonio autónomo esté integrado por participaciones en los fondos de inversión colectiva. El acreedor garantizado debe realizar la inscripción que corresponda de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la citada ley.

Cuando el patrimonio autónomo está integrado por valores de los que pueden conformar los fondos de inversión colectiva del mercado monetario, el contrato de fiducia en garantía debe registrarse únicamente ante la cámara de comercio.

Igualmente, cuando el patrimonio autónomo está integrado por bienes inmuebles, se requiere registrar el contrato de fiducia en garantía en la cámara de comercio, además del registro en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados que corresponde por la naturaleza del bien.

G. ¿Qué es el certificado de garantía?

Es el certificado que la sociedad fiduciaria expide a nombre de la Entidad Estatal en el cual consta:

1. La suficiencia de la garantía.
2. Los estados financieros del patrimonio autónomo.
3. El procedimiento en caso de hacerse exigible la garantía.
4. Los riesgos garantizados.
5. La prelación de la Entidad Estatal para el pago.
6. Los mecanismos con los cuales la sociedad fiduciaria puede hacer efectiva la garantía sin afectar su suficiencia.

VI. Garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*

Las garantías bancarias y las cartas de crédito *stand by* son compromisos irrevocables e incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero.

La entidad financiera emisora no puede incluir en este tipo de garantías condiciones, procedimientos judiciales previos o excepciones para el pago que tengan como fundamento la relación contractual entre la Entidad Estatal y el contratista.

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.



A. ¿Cuáles requisitos deben cumplir las garantías bancarias?

1. Una entidad financiera autorizada debe expedir la garantía. En Colombia están facultados a emitir garantías bancarias las siguientes entidades financieras habilitadas por la Superintendencia Financiera: a) los bancos³, b) las corporaciones financieras⁴ y c) las compañías de financiamiento⁵. Por otra parte, únicamente los bancos y las corporaciones financieras están autorizados a emitir cartas de crédito *stand by*⁶.
2. La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal.
3. La garantía debe cumplir las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas reglamentarias⁷. La entidad financiera emisora es el principal responsable de verificar el cumplimiento de estas condiciones.
4. La garantía debe ser irrevocable. Las cláusulas que indican de cualquier forma que la garantía se puede revocar no son aceptables. Si la garantía no indica que se puede revocar, se entiende que es irrevocable.
5. La garantía debe ser suficiente, es decir, cubrir los valores mínimos de que tratan los artículos 118 a 125 del Decreto 1510 de 2013.
6. El emisor debe haber renunciado al beneficio de excusión que es el beneficio que tienen los garantes para que se le cobre en primer lugar al deudor principal y después al garante⁸. Para que opere esta renuncia solo es necesario que la garantía indique que el emisor renuncia al beneficio de excusión.

B. ¿Cómo se debe cobrar una garantía bancaria o carta de crédito *stand by*?

La Entidad Estatal debe cobrar la garantía mediante una comunicación dirigida al emisor en la que manifiesta que el oferente o contratista incumplió y que solicita el pago correspondiente, acompañada del acto administrativo ejecutoriado que declara el incumplimiento. Para el cobro no es necesario aportar el documento original en que consta la garantía.

La Entidad Estatal debe revisar que la forma en que solicita el pago cumple el procedimiento previsto en el texto de la garantía y anexar si es necesario, los documentos que requiere el cobro tales como aquellos en que se acredita la representación legal de la Entidad Estatal.

El cobro de la garantía debe efectuarse dentro del plazo de vigencia establecido. En este tipo de instrumentos son usuales las cláusulas que indican que el vencimiento de la vigencia de la garantía también implica el vencimiento de la oportunidad para cobrar. En consecuencia, la Entidad Estatal debe

3 Literal I, numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

4 Literal k del artículo 12 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

5 Literal g del artículo 24 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

6 Decreto 923 de 1997.

7 El Artículo 2.1.12.1.1 del Decreto 2555 de 2010 establece las obligaciones que pueden ampararse mediante garantías bancarias y algunas excepciones que no aplican a los contratos estatales.

8 Artículo 2.383 del Código Civil.



verificar que el cobro se hace oportunamente dentro del término previsto por el emisor. Si la garantía no se cobra dentro del término previsto, la obligación del emisor o garante se extingue.

C. Prórrogas y pagos parciales

La Entidad Estatal debe verificar en el texto de la garantía que se admiten las prórrogas y la forma en que dichas prórrogas operan. Si la garantía o carta de crédito *stand by* no indica que se puede prorrogar, la garantía termina a su vencimiento, a menos que el emisor acepte expresamente la prórroga.

Por otra parte, en este tipo de garantías es posible incluir cláusulas que señalan que la garantía queda prorrogada a menos que el emisor comunique al beneficiario su intención de no prorrogarla con antelación. En este caso, si el emisor comunica a la Entidad Estatal que no opera la prórroga, la garantía queda vencida y la Entidad Estatal debe solicitar al contratista que recomponga la garantía.

Las garantías bancarias o cartas de crédito *stand by* no deben incluir limitaciones para solicitar pagos parciales. Colombia Compra Eficiente recomienda a las Entidades Estatales exigir que el texto de las garantías permita hacer el cobro parcial o total según lo requiera la Entidad Estatal. Si el documento de garantía no tiene limitaciones para el pago parcial, la Entidad Estatal puede cobrar el valor total o parcial de la garantía en cualquier evento de incumplimiento.

