

GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: RÉGIMEN DEROGATORIO DEL DERECHO COMÚN¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El texto formula una caracterización sucinta del régimen de garantías en la contratación estatal, mediante la identificación de sus elementos definitorios. Con este objetivo, reflexiona sobre los criterios para la identificación del derecho administrativo en clave de su carácter *derogatorio* del derecho común, «en más» y «en menos». Como restricciones respecto al derecho de los particulares identifica la obligación general de garantizar los contratos y el límite legal de las modalidades para cumplir con este deber —póliza, aval bancario y patrimonio autónomo—; mientras que, como reglas excepcionales en favor de la Administración, explica la irrevocabilidad de las garantías, la no terminación automática del contrato de seguro ante la mora en el pago de la prima y la autotutela declarativa del siniestro. Finalmente, propone que existen características del régimen que solo es posible calificar como derogatorias «en más» o «en menos» en el caso concreto, como la reglamentación minuciosa de los mínimos en los contratos de seguro o la indivisibilidad de la garantía.

Introducción

El estudio del régimen de garantías en la contratación estatal supone alta relevancia para los funcionarios públicos, jueces, docentes y estudiantes con énfasis en derecho administrativo, específicamente, en los convenios de la Administración pública. Además del interés pragmático, se trata de un conjunto de normas que garantizan el cumplimiento de los fines del Estado y la protección del erario. Este análisis se enriquece con el seguimiento histórico al desarrollo del régimen en Colombia, pues el ánimo de garantizar la ejecución de los contratos no es una novedad legislativa; por el contrario, doctrina no muy reciente reconoce tres funciones principales e intemporales de la cláusula: *i)* un fin conminador o

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 16 de septiembre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Garantías, dirigida por el Profesor —Investigador Principal— Richard S. Ramírez Grisales, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

compulsivo respecto al cumplimiento de las obligaciones; *ii*) la tasación anticipada de perjuicios; y *iii*) el aval de resarcimiento de eventuales daños³.

Anteriormente, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— caracterizó las «las garantías» como uno de los múltiples mecanismos y estrategias de identificación, prevención y cobertura del riesgo. En esta sesión se identifican los elementos definitorios del régimen de garantías en la contratación estatal, asunto que, sin duda, implica determinar con precisión cuáles son las diferencias entre el régimen de los particulares y el de las entidades estatales. En el fondo, esta es una reformulación por el clásico cuestionamiento sobre el criterio de identificación del derecho administrativo. Al respecto, Rivero enseña que este no puede definirse sino a partir del derecho común, esto es, en los asuntos en los que se distingue, lo excede o lo deroga⁴. Parte de la idea de que el *servicio público* es un criterio derogado y examina otras posibilidades.

Por una parte, se ha propuesto que el derecho administrativo es el que persigue la *utilidad pública* o el interés general; sin embargo, los Estados contemporáneos le han confiado este asunto al derecho privado y basta con revisar el régimen de los servicios públicos domiciliarios para confirmar el enunciado. El autor propone que el interés colectivo de los asociados no es un fin exclusivo del derecho administrativo, sino un principio general del derecho, por lo que no solo es un criterio infalible, sino inapropiado. Por otra parte, se ha planteado el *poder público* —entendido como prerrogativa o desigualdad subjetiva— como concepto clave y distintivo. También descarta esta posibilidad, pues identifica que el derecho del Estado no solo incluye facultades que lo superponen a los ciudadanos; sino que también existen límites para la Administración que protegen la esfera privada de los particulares y que atan de manos al *leviatán*. Como ejemplo, distingue entre la noción de capacidad, asociada a la libertad positiva de los ciudadanos, y el principio de la competencia, como concepto de restricción y obligación de los servidores.

Rivero concluye que la búsqueda por un único criterio de identificación del derecho administrativo es un problema de investigación viciado desde su planteamiento, pues niega la posibilidad de que no sea uno sino varios los parámetros para distinguir esta rama del derecho. Es decir, equivale a proponer una pregunta parcialmente satisfecha. A su juicio, «[...] las reglas del derecho administrativo se caracterizan por las derogatorias al derecho común que exige el interés público, sea en el sentido de un aumento en provecho de las personas públicas, de los derechos reconocidos a los particulares en sus relaciones, sea en

³ HERRERA, Benjamín. *Contratos Públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004. p. 328.

⁴ RIVERO, Jean. *Páginas de derecho administrativo: libro homenaje*. Bogotá: Editorial Temis S.A. & Universidad del Rosario, 2002. p. 42.

el sentido de una reducción de esos derechos»⁵. En otras palabras, el derecho administrativo se conforma por aquellas normas que, *en más* o *en menos*, derogan, superan o modifican el derecho común, aquel que rige las relaciones privadas. De allí que el presente texto, que cuestiona la identidad y autonomía del régimen de garantías en la contratación estatal, propone distinguir esos asuntos *derogatorios* del derecho común, entre los que favorecen al Estado y aquellos que lo limitan.

1. Derogatorias «en menos»

Según el acápite introductorio, el derecho administrativo se identifica con fundamento en derogatorias o excepciones al derecho de los particulares. A continuación, se proponen tres diferencias del régimen de garantías en la contratación estatal que limitan a las entidades estatales respecto a «potestades» que, en principio, se presumen de todos los operadores jurídicos. Se advierte que, pese a ser derogatorias restrictivas o limitativas de la actuación del Estado, no necesariamente son «desfavorables».

1.1. Obligación de garantizar el contrato: regla general

El artículo 55 del Decreto Ley 150 de 1976 dispuso que, en todo contrato estatal, se pactaría expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones. En otras palabras, dispuso que la regla general sería la inclusión de una cláusula de garantías y añadió dos excepciones: los contratos de arrendamiento y los de empréstito. Posteriormente, el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983 ordenó que la cláusula de garantías fuera obligatoria en todo contrato, deber que reforzó en el artículo 68, según el cual, «el hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las». En síntesis, la cláusula de garantías se calificó como *presunta*. El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 conservó la línea histórica: previó la constitución de garantía *única* de cumplimiento como una regla general, exceptuada en los contratos de empréstito, seguro e interadministrativos.

Finalmente, la Ley 1150 de 2007 modificó el tratamiento de los riesgos en la contratación estatal. El artículo 4 previó que, desde la etapa de planeación, las entidades deberían incluir en los documentos precontractuales la estimación, tipificación y *asignación* de los riesgos. De allí que, más que el deber de garantizar el contrato, la reforma amplió el panorama sobre el estudio del riesgo en la estructuración de los proyectos o contratos públicos; sin embargo, el artículo 7 *ejusdem* conservó la preceptiva, según la cual, todos los contratos deben ser garantizados. A las excepciones que previó la Ley 80, añadió la de los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad; no obstante, la

⁵ Ibid., p. 41.

regla general es tan relevante que, en estos casos, la entidad debe estudiar la necesidad de exigir garantía, según sea el objeto del contrato y la forma de pago, análisis que deberá constar en los documentos precontractuales⁶.

Sobre esta excepción, Pino Ricci sostiene que entre los particulares es frecuente la constitución de garantías para el cumplimiento de las prestaciones, por lo que la obligación de garantizar el contrato no corresponde a una facultad excepcional y, por consiguiente, «[...] su interpretación debe hacerse a la luz del derecho común, de acuerdo con el principio establecido en el artículo 13 E.C.; y, en consecuencia, al no incorporarla, las entidades estatales no estarán renunciando al ejercicio de una prerrogativa de naturaleza excepcional, sino absteniéndose, como cualquier particular, de incluir una exigencia que puede resultar inconveniente»⁷.

Se destaca el planteamiento del doctrinante, especialmente porque conlleva que, como es común asegurar el cumplimiento en el mercado de los particulares, entonces el deber de hacerlo en la contratación estatal no es una regla «excepcional» o derogatoria del derecho común. Al respecto, se identifica con claridad que Pino Ricci adopta un criterio de *poder público* para identificar el derecho administrativo, esto es, aquel que se concentra en la prerrogativa o asimetría en las relaciones jurídicas.

Sin perjuicio de las críticas a que haya lugar, se sostiene que el deber *general* de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— sí es una característica derogatoria del derecho común, pues, pese a que los particulares recurran frecuentemente a este mecanismo de cobertura del riesgo, estos no se encuentran, como la Administración, *obligados* a hacerlo. De allí que el carácter *derogatorio* proviene de las obligaciones normativas que el orden jurídico impone al sujeto, y no de regularidad con la que este decide, por conveniencia o utilidad, tomar una u otra decisión. No se identifica una regla en el derecho privado que obligue a los particulares a garantizar el cumplimiento de todos sus contratos.

Se propone como una derogatoria *en menos* o restrictiva toda vez que impone un deber que, en principio, nadie está en la obligación de cumplir. Además, en caso de que un particular decida garantizar la ejecución de un contrato, estará en plena libertad de hacerlo, por lo que no se trata de un *privilegio* o beneficio exclusivo del

⁶ Esta excepción legal cuenta con un precedente reglamentario en el parágrafo del artículo 8 del Decreto 855 de 1994, que ordenaba: «En los contratos de menor cuantía y que no requieran de formalidades plenas, la entidad estatal determinará la necesidad de exigir la garantía única prevista por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la naturaleza y forma de ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, y podrá prescindir de ella cuando no exista riesgo para la entidad estatal».

⁷ PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 385.

Estado. Por último, la constitución de algunas garantías puede elevar los costos del contrato, como el pago de una prima de aseguramiento. Este valor es prescindible para los particulares que decidan asumir el riesgo, facultad que no tienen las entidades estatales, salvo en escenarios exceptivos, como los contratos interadministrativos, el empréstito, aquellos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía y el propio contrato de seguro.

1.2. Formas limitadas de garantizar el contrato

Las garantías pueden ser reales o personales⁸. Entre las primeras se encuentran las garantías mobiliarias, la hipoteca, el derecho de retención, el depósito de metálico o de valores; en cuanto a algunos ejemplos de las segundas, se identifica la fianza, el aval y la póliza de seguro⁹. De antaño, y con mayor razón en la actualidad, existe un amplio margen de posibilidades jurídicas para constituir una garantía; sin embargo, el régimen de la contratación estatal se ha caracterizado por *limitar* las formas de garantizar el contrato a dos o tres modalidades.

El artículo 58 del Decreto Ley 150 de 1976 dispuso que, en el marco de los contratos estatales, las garantías consistirían en «fianzas de compañías de seguros o de bancos» y, a su vez, las «pólizas matrices debían ser aprobadas por la Contraloría General de la República», redacción que permaneció incólume con la reforma del artículo 70 del Decreto Ley 222 de 1983. Por su parte, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 definió que las garantías consistirían en «pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en *garantías bancarias*» (énfasis fuera de texto). A propósito de esta restricción, y mientras estuvo vigente el numeral 19 del artículo 25, Benjamín Herrera criticó la decisión legislativa pues, a su juicio, se trató de un régimen caprichoso que desconocía la protección del interés general. En sus palabras:

«Nuestro derecho aparentemente limita las posibilidades sin razón a las dos últimas —el aval y las póliza—, limitando el aval bancario. Ello lo decimos porque en realidad se hace retención sobre certificaciones de

⁸ Aunque se trate de una distinción básica, se precisa que, según las orientaciones generales del Código Civil, los derechos reales recaen sobre cosas y los personales, sobre personas. Así: «Artículo 665. Derecho Real. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

»Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda* y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

«Artículo 666. Derechos personales o créditos. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales».

⁹ Herrera. Op. cit., p. 328.

obra que constituyen igualmente una garantía de la correcta ejecución de la misma, con independencia que sirva para regularizar posibles errores que se cometan en los pagos parciales.

Paréntesis aparte, y a sabiendas que la afirmación golpea intereses poderosos, el contenido *sui generis*, de nuestra legislación al punto, es un instrumento legal muy eficaz para trasladar recursos del sector público al privado nacional y de este al exterior vía reaseguros»¹⁰.

En principio, la expedición de la Ley 1150 de 2007 parecía brindar una oportunidad para ampliar el espectro de posibilidades en cuanto a las modalidades de garantías. El inciso segundo del artículo 7 preceptuó que «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*» (énfasis fuera de texto). El legislador descargó en el Gobierno Nacional la responsabilidad de identificar y definir cualquier otro «mecanismo de cobertura del riesgo» válido en la contratación estatal.

En cumplimiento del mandato legal, se expidió el Decreto 4828 de 2008 o «régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública», que, en el artículo 3 definió las siguientes garantías posibles: *i)* póliza de seguro; *ii)* fiducia mercantil en garantía; *iii)* garantía bancaria a primer requerimiento; *iv)* endoso de títulos valores y *v)* depósito de dinero en garantía¹¹. Si bien este reglamento fue derogado por el Decreto 734 de 2012, conservó dicha redacción en el artículo 5.1.3. Palacio Hincapié destaca el acierto de dicha regulación, pues solucionó un problema pragmático a nivel nacional: la cobertura del riesgo cuando las compañías de seguros se negaban a emitir las respectivas pólizas¹².

No obstante, esta reglamentación relativamente amplia fue derogada por el Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, que en el artículo 111 – 2.2.1.2.3.1.2– recortó el listado a tres garantías: el contrato de seguro contenido en póliza, el patrimonio autónomo y la garantía bancaria. De allí que la oportunidad normativa que significó la Ley 1150 de 2007, puede concluirse, se redujo a la inclusión del patrimonio autónomo como modalidad de cobertura del riesgo, pues la constitución de pólizas y avales bancarios, como quedó expuesto, no es una novedad.

¹⁰ Herrera. Op. cit., p. 329.

¹¹ Se precisa que, en vigencia del antecitado decreto, y aún hoy, en virtud del Decreto 1082 de 2015 –art. 2.2.1.2.3.1.5–, la responsabilidad civil extracontractual solo es objeto de garantía por medio de póliza de seguro.

¹² PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 651; PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 392.

Se propone que los límites en cuanto al método para garantizar el contrato constituyen una derogatoria *en menos*, pues reduce considerablemente el número de posibilidades que el Estado tiene para amparar los riesgos, mientras que los particulares pueden hacer uso de otras muchas modalidades e instrumentos jurídicos, que podrían, o no, resultar más convenientes frente a determinados contratos.

2. Derogatorias «en más»

Superado el análisis de las derogatorias *en menos*, o restrictivas, a continuación se estudian aquellas modificaciones al régimen de los particulares que, con fundamento en la protección y salvaguarda del interés general, implican una facultad excepcional favorable para las entidades estatales en el régimen de las garantías del EGCAP.

2.1. Irrevocabilidad en el contrato de seguro

El artículo 1071 del Código de Comercio dispone que el contrato de seguro puede ser revocado unilateralmente por cualquiera de las partes contratantes. En caso de que la revocatoria provenga del asegurador, el asegurado —tomador— puede recuperar la prima «no devengada», es decir, el valor equivalente al tiempo desde la revocatoria hasta el vencimiento del contrato.

A su vez, dicha restitución procede cuando la terminación es de común acuerdo. La doctrina del derecho privado califica esta facultad de revocabilidad unilateral como un principio general, que encuentra excepciones en el seguro de vida, de transporte y, claro, la garantía de cumplimiento en los contratos estatales. No obstante, también se indica que, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha aceptado que la irrevocabilidad tampoco es aplicable en las pólizas de seguros de cumplimiento entre particulares¹³.

Esta no es una aseveración baladí pues, de aceptarse, podría concluirse que la denominada irrevocabilidad de la garantía en los contratos estatales no es una característica derogatoria del derecho común. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta regla general se inaplica cuando el objeto del seguro así lo exige, como es el caso del cumplimiento de un contrato. Incluso, hace referencia al régimen contractual del Estado en los siguientes términos:

«La singularidad de tal seguro también tiene, por otra parte, sus proyecciones en punto de su irrevocabilidad. Porque es bien conocido que en el seguro en general, es admisible que las partes puedan ponerle

¹³ ORDOÑEZ, ORDOÑEZ, Andrés E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. pp. 162-164.

término en forma unilateral; pero excepcionalmente hay seguros que rechazan tal idea, entre los que destaca el de cumplimiento que aquí se analiza, toda vez que la especialidad del riesgo objeto de cobertura, cual es, itérase, garantizar el cumplimiento de una obligación, repudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótase, analógicamente, cómo en punto de contratación administrativa ya fue explícita la ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran “por revocación unilateral” (artículo 25, numeral 19)¹⁴.

Ahora bien, en el Código de Comercio no se encuentra una norma como la dispuesta en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, según la cual, «Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o *por revocatoria unilateral*» (énfasis fuera de texto)¹⁵. En otras palabras, sin perjuicio de las consideraciones de la doctrina o la jurisprudencia, lo cierto es que el derecho común no exceptúa expresamente la irrevocabilidad del contrato de seguro cuando el objeto es garantizar el cumplimiento de un contrato, como sí lo hace, desde hace un buen tiempo, el régimen de las garantías en la contratación estatal. En cualquier caso, determinar si esta característica se consolida como una *derogatoria* o, aun más difícil, una *derogatoria en más*, queda a merced del intérprete. Con fundamento en un criterio estricto de legalidad, pues la jurisprudencia nacional se comporta como un *péndulo*, se sostendrá que el EGCAP sí deroga el Código de Comercio en el asunto que se discute.

De la norma transcrita de la Ley 1150 también se deriva que la ausencia de pago de la prima no supone la terminación automática del contrato de seguro en el régimen público. Esta disposición, sin duda, exceptúa la regla general del artículo 1068 del Código de Comercio en favor del interés general, con el ánimo de salvaguardar los recursos públicos del incumplimiento en las obligaciones entre los contratistas u oferentes y las compañías aseguradoras¹⁶. A diferencia del principio de irrevocabilidad unilateral de las garantías, se admite sin disputa que esta regla configura una *derogatoria en más*, pues preserva la existencia del

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Exp. 6.785. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

¹⁵ Reiterada en el artículo 2.2.1.2.3.2.5. del Decreto 1082 de 2015, según el cual: «Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro. La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente».

¹⁶ La regla de derecho privado dispone: «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima. La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato».

contrato de seguro ante el incumplimiento de una de sus obligaciones elementales, pues la prima es un elemento esencial de este convenio¹⁷.

2.2. Autotutela declarativa

El artículo 1072 del Código de Comercio define el siniestro como la realización del riesgo asegurado y, en los términos del artículo 1075 *ejusdem*, el asegurado o el beneficiario deben informar la noticia al asegurador, mínimo, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la ocurrencia. Este escrito equivale a presentar una reclamación para la efectividad de la garantía. Ahora bien, una vez se tiene conocimiento de los hechos, la aseguradora puede formular objeciones en el mes siguiente —artículo 1053—, escenario que implica la pérdida de fuerza ejecutoria de la póliza, y el beneficiario debe acudir ante el juez para determinar la responsabilidad del asegurador y hacer efectivas las obligaciones¹⁸. En conclusión, el derecho común admite que la aseguradora discuta la ocurrencia del siniestro y, finalmente, quien define esta situación es el juez del contrato.

No obstante, en el régimen de la contratación estatal se reconoce, desde hace varios años, la facultad de la Administración para declarar la ocurrencia del siniestro en un acto administrativo. De allí que el numeral 4 del artículo 68 del Decreto 1 de 1984, o Código Contencioso Administrativo, reconocera el mérito ejecutivo y la jurisdicción coactiva de «las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas» así como la resolución que decreta la caducidad o terminación del contrato.

Actualmente, el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 prescribe que «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». Benavides comenta que esta es una de aquellas facultades que ponen en evidencia la relación asimétrica con el Estado en las relaciones contractuales, pues si bien no se incluye como una prerrogativa excepcional en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se trata de un poder que supera con creces la dinámica propia de los particulares¹⁹.

¹⁷ ORDOÑEZ. Op. Cit., p. 13.

¹⁸ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 421.

¹⁹ Ibid., p. 425. Para explicar la autotutela declarativa, Benavides referencia jurisprudencia del Consejo de Estado en el siguiente sentido: «De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares —siempre para la satisfacción del interés público— actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la *lex contractus*, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público —art.

3. Elementos definitorios en «zona de penumbra»

El texto propuso la autonomía y caracterización del régimen de garantías en clave de sus derogatorias al derecho común, las cuales se han clasificado como derogatorias «en menos» cuando suponen una restricción para la Administración respecto a lo que pueden hacer los particulares, y derogatorias «en más», cuando establecen facultades excepcionales en favor del Estado y suponen una protección reforzada del interés general. Sin embargo, esta es tan solo una entre muchas formas posibles de clasificar los elementos *distintivos* del régimen de garantías que, entre otros asuntos, no equivale a una fórmula infalible. Por el contrario, se pone de presente que existen algunas derogaciones que difícilmente podrían clasificarse como *en más* o *en menos*, determinación que puede variar según las circunstancias particulares del contexto, incluso del mercado.

En este sentido, se identifican por lo menos dos ejemplos. El primero es el principio de indivisibilidad de la garantía, reglamentado en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015. Según este, se debe respaldar el cumplimiento del contrato por medio de una garantía *única*, lo que supone que, en principio, solo es posible presentar una póliza, un aval o un patrimonio autónomo, y no asegurar el contrato de forma fraccionada, como bien podría hacerse por medio de varios agentes aseguradores, en distribución de los riesgos o en división del proyecto por etapas. Esta regla encuentra excepción en el reglamento, especialmente, para aquellos contratos que, por su cuantía, difícilmente podrían ser garantizados por una sola entidad.

Este es el caso de los contratos de concesión o las mega obras de infraestructura vial. Bien podría decirse que el principio supera el derecho común en beneficio de la Administración, verbigracia, porque se facilita la forma de hacer efectiva la garantía tratándose de una sola. Piénsese en la distribución de riesgos entre varias aseguradoras y el consecuente conflicto para determinar qué siniestro debe ser asumido por esta o aquella. También podría calificarse como una derogación *en menos*, pues restringe el margen de acción comercial que tienen las entidades estatales.

El segundo ejemplo se relaciona con la regulación exhaustiva del reglamento en cuanto a los «mínimos» en el contrato de seguro, esto es, la determinación precisa de los amparos, las vigencias y la *suficiencia* de cada póliza. En cada caso

3° ley 80 de 1993— *tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato*» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2001. Exp. 13.598. C.P. Ricardo Hoyos Duque).

concreto, el anticipo a la voluntad de cada entidad puede ser conveniente o no. Al respecto, se destaca que son normas de orden reglamentario las que *derogan* el Código de Comercio, es decir, la ley. De allí que sea importante cuestionarse si esto representa o no un problema de fuentes, problemática compleja si se tiene en cuenta la autorización general del legislador en la Ley 1150 de 2007: «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».

Bibliografía

Doctrina

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 505 p.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

HERRERA, Benjamín. Contratos Públicos. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004. 481 p.

ORDOÑEZ, ORDOÑEZ, Andrés E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 169 p.

PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8º ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 481.

RIVERO, Jean. Páginas de derecho administrativo: libro homenaje. Bogotá: Editorial Temis S.A. & Universidad del Rosario, 2002. p. 264.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Exp. 6.785. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2001. Exp. 13.598. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

