

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
SEGURO DE CUMPLIMIENTO
POTESTAD DE LAS ASEGURADORAS DE ASUMIR LOS RIESGOS

Presentado por:
CAMILO ANDRES MENDOZA GAITAN

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO DE
SEGUROS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
BOGOTÁ D.C.
2019

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN DOCTRINARIA	
2. ANALISIS JURIDSPRUDENCIAL	
2.1.SENTENCIA T-769/2015. CORTE CONSTITUCIONAL - SALA SEPTIMA DE REVISION, EXPEDIENTE T-5.136.712. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ IGNACIO PRETEL CHALJUB	3
2.2. EVALUACIÓN CRÍTICA.....	11
2.3.SENTENCIA T-117/2016. CORTE CONSTITUCIONAL - SALA OCTAVA DE REVISION, EXPEDIENTE T-5.200.719. MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO ROJAS RIOS.....	15
2.4. EVALUACIÓN CRÍTICA.....	21
2.5.SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C. RADICACION: 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138). CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.....	22
2.6.EVALUACIÓN CRÍTICA.....	29

**CORTE CONSTITUCIONAL
SALA SEPTIMA DE REVISIÓN
SENTENCIA T-769 de 2015
Expediente T -5.136.712
Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
16 de diciembre de 2015**

Accionante: Wilson Hernán Barrios Nieto

Accionados: La Previsora SA y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

HECHOS:

1. El señor Wilson Hernán Barrios Nieto hace parte de un grupo significativo de ciudadanos denominado RENOVACION MUNICIPAL.
2. El día 25 de junio de 2015 solicito ante La Previsora Compañía de Seguros S.A. sucursal Villavicencio, una Póliza de Seriedad de Candidatura, conforme a la Resolución 0299 del 4 de marzo de 2015¹, proferida por el Consejo Nacional Electoral y la Carta Circular 29 del 17 de marzo de 2015², expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.
3. Con el propósito de que se les expidiera de manera oportuna dicha póliza de cumplimiento, allegó Acta 02 de 2015 emitida por la Registraduría Municipal de Puerto López – Meta.
4. El 01 de julio de 2015, La Previsora S.A., informó que, para otorgar la póliza de seriedad de la candidatura, debían constituir un CDT endosado a dicha aseguradora por el 100% del valor asegurado.
5. Ante la negativa el candidato presenta acción de tutela al considerar la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, participación política y ser elegido.
6. También, señala el accionante que con la expedición de la Resolución 0299 del Consejo Nacional Electoral, se les prohibió a las aseguradoras exigir a los candidatos y/o grupos de ciudadanos, garantías reales, depósitos, fiducias o títulos a su favor, de acuerdo con el artículo 6³ de la resolución.

¹Resolución por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral fija el valor de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales que inscriban candidatos a gobernaciones, asambleas departamentales y alcaldías, concejos municipales y distritales y a juntas administradoras locales, para las elecciones que se realizarán en el año 2015.

(<https://seguimientoelectoral.com/uploads/leyes/RES%20299-15-POLIZAS%20DE%20SERIEDAD%20GSC.PDF>)

²Mediante la cual se notificó e informó a las aseguradoras de la anterior Resolución.

³“ARTÍCULO SEXTO. Exhortase a las compañías de seguros y/o a las entidades financieras que expidan estas pólizas o garantías bancarias a que se abstengan de exigir a los candidatos y/o grupos significativos de ciudadanos que los postulen, la

7. En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera en Carta Circular 29 de 2015⁴.

PROBLEMA JURIDICO:

¿Al exigir las aseguradoras la constitución de una contragarantía, para poder expedir una póliza de seriedad de candidatura viola los derechos a la igualdad y a la participación política (elegir y ser elegido)?

DECISION DE INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto López Meta, mediante sentencia de única instancia del veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015), negó el amparo solicitado al no encontrarse violación de derechos fundamentales del accionante; considerando que no existe discriminación ni trato desigual al exigir la constitución de la contragarantía, pues esta exigencia está basada en una facultad legalmente atribuida a la compañía de seguros en desarrollo de la voluntad contractual.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

CARENCIA ACTUAL DEL OBJETO

La Corte Constitucional ha sostenido que al presentarse alteración o desaparecimiento de las circunstancias que dan origen a la vulneración de los derechos fundamentales, el amparo solicitado pierde su eficacia y fundamento; pues al desaparecer el objeto jurídico sobre el cual eventualmente recaería la decisión, el mecanismo accionado se tornaría improcedente; pues no surtiría esta decisión ningún efecto.

Este fenómeno se presente generalmente a partir de dos eventos:

1. El hecho superado:

Se presenta cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo, se ha satisfecho completamente lo que se pretendía por el accionante, originando entonces que cualquier decisión de juez de tutela resultaría innecesaria, es decir que aquello que se pretendía lograr ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.

constitución de depósitos, fiducias o títulos en su favor equivalentes al monto del valor asegurado o a exigir garantías reales que se hagan efectivas en caso de configurarse el siniestro asegurado, o a que el precio de la prima sea equivalente al valor asegurado o cercano a este”.

⁴Carta Circular 29 de 2015 de la Superintendencia Financiera. “El Consejo Nacional Electoral destaca la baja siniestralidad de estas pólizas en el pasado y exhorta a las entidades aseguradoras a abstenerse de (i) exigir a los candidatos y/o grupos significativos de ciudadanos que se postulen, la constitución de depósitos, fiducias o títulos significativos en su favor equivalentes al monto del valor asegurado; (ii) exigir garantías reales que se hagan efectivas en caso de configurarse el siniestro asegurado; o (iii) fijar el precio de la prima por un monto equivalente o similar al valor asegurado”.

En estos casos, se debe demostrar que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto por hecho superado y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

2. El daño consumado:

Se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar, procediendo entonces únicamente el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho. Resultando entonces que cualquier orden judicial resultaría inocua.

Esta figura puede ocurrir en dos supuestos: cuando al momento de interponer la acción de tutela el daño ya está consumado, caso para el cual es improcedente la misma, pues la acción de tutela tiene carácter preventivo mas no indemnizatorio, así que el juez de tutela deberá hacer un análisis en la parte motiva de la sentencia, en la que analizar la improcedencia de la acción sin hacer un análisis de fondo.

Por otra parte, el segundo supuesto para declarar la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la afectación definitiva se presenta en el trascurso del trámite, caso en el cual la jurisprudencia ha indicado que, si bien no resulta viable emitir la orden de protección, es obligatorio que tanto el juez constitucional, realicen las siguientes precisiones:

- Se pronuncien de fondo sobre la presencia de este supuesto y analicen en la parte motiva si existió o no la vulneración de los derechos, incluyendo entonces si el amparo ha debido ser o no concedido.
- Hagan una advertencia a la autoridad indicando que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron merito a la acción.
- Informen a la parte actora sobre las acciones jurídicas para que acudan a la reparación del daño.
- Y, por último, y si es el caso compulsen copias a las autoridades competentes de investigar las conductas de los demandados que causaron el daño.

Se puede entonces concluir, que la carencia actual de objeto, por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden que se pretende con la tutela, no impide pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales, excepto en el evento de daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES, ESPECIFICAMENTE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y COMPAÑIAS ASEGURADORAS.

La acción de tutela procede según el artículo 86 se señala contra particulares que presten servicios públicos o que cuya actuación afecte grave y directamente el interés colectivo.

Por lo anterior, la acción de tutela procede en los siguientes casos:

- Cuando se tenga a cargo la prestación del servicio público de educación o salud,
- Se ejerza la prestación de servicios públicos domiciliarios,
- O cuando se solicite para proteger derechos de quien se encuentra en situación de subordinación o indefensión respecto del particular accionado.

Teniendo en cuenta el último caso enunciado donde es procedente la acción de tutela debe indicarse que la subordinación existe por una relación jurídica de dependencia, y se ve reflejada cuando existe una posición dominante de una de las partes; y por otro lado el estado de indefensión se configura cuando una persona se encuentra frente a otra en estado de debilidad manifiesta y no le es posible defenderse ni física ni jurídicamente, lo que pone en riesgo sus derechos fundamentales, es decir, que no tiene posibilidades para reaccionar y defender sus intereses.

Por lo anterior, la Corte Constitucional considera que al gozar las entidades del sector financiero de una posición dominante frente a sus usuarios puede existir la configuración de una situación de indefensión; razón por la cual procede la acción de tutela debido a que pueden ser amenazados o vulnerados los derechos fundamentales de los clientes.

Concluyendo entonces que, respecto de las compañías de seguros, el juez natural es la jurisdicción ordinaria teniendo en cuenta su carácter contractual, razón por la cual la acción de tutela debe considerarse como un mecanismo subsidiario, que se torna procedente contra particulares como entidades del sistema asegurador y bancario, cuando se presenta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los clientes o usuarios.

REGISTRO DE CANDIDATOS NO INSCRITOS A PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLITICOS.

El estatuto que básico de los partidos y movimientos políticos, es la Ley 130 de 1994, en la que para el caso en concreto, señala en su artículo 9 los requisitos para que los candidatos que no están inscritos por partidos políticos o movimientos puedan postularse a cargos de elección popular, entre las cuales indica que la obligación de otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura, la cual se hará efectiva si el candidato o la lista no obtienen la votación requerida para tener el derecho a la reposición de los gastos.

En sentencia C-089 de 1994, la Corte Constitucional hizo control automático a la mencionada ley, considerando que el legislador tiene la facultad de establecer los requisitos que considere necesarios para garantizar la seriedad de las candidaturas.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE SEGURO.

La Constitución Política en su artículo 335 prevé que las actividades del sector financiero, bursátil y asegurador son de interés público y solo pueden ser ejercidas con autorización del Estado; reconociendo entonces la libertad contractual y la autonomía privada las cuales deben enmarcarse en los límites del interés público⁵.

Por lo anterior, la relación que nace entre el usuario y la compañía aseguradora surge como consecuencia de un contrato de seguro que se rige por las normas de derecho civil y comercial.

⁵Sentencia T-490 de 2009

En la Sentencia C-269 de 1999, la Corte Constitucional, definió el contrato de seguro como:

“...aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona –el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización efectiva’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)

Marco Legal de los elementos esenciales del contrato de seguro.

Artículo 1045 del Código de Comercio, señala como elementos del contrato de seguro:

1. El interés asegurable, es el objeto del contrato de seguro;
2. El riesgo asegurable, en donde debe coexistir la calidad de futuro e incierto.
3. La prima o precio del seguro, es la suma por la cual el asegurador acepta el traslado de los riesgos;
4. La obligación condicional del asegurador es aquella por la que el asegurador asume el riesgo, mediante el pago de la prima, sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro.

Indicando que, en defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Artículo 1039 del Código de Comercio, señala las partes⁶ que intervienen en el contrato de seguro, en primer lugar, las partes contratantes (tomador- asegurador), y, en segundo lugar, las personas interesadas en sus efectos económicos (asegurado- beneficiario)

Por su parte el artículo 1047 del Código de Comercio dispuso que el contrato de seguro debe establecer, además de las condiciones generales, debe indicar:

- “1) La razón o denominación social del asegurador;*
- 2) El nombre del tomador;*
- 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;*
- 4) La calidad en que actúe el tomador del seguro;*
- 5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;*
- 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*

⁶Sentencia C-269 de 1999

- 7) *La suma aseguradora o el modo de precizarla;*
- 8) *La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;*
- 9) *Los riesgos que el asegurador toma su cargo;*
- 10) *La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*
- 11) *Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.”*

Sobre las condiciones de los contratos de seguro, la Sentencia T-751 de 2012, señaló que existen dos clases; i) las condiciones generales, es decir, las cláusulas aplicables a todos los contratos de un mismo tipo, las cuales deben ser depositadas en la Superintendencia Financiera⁷; ii) las condiciones particulares, las cuales definen el alcance de la cobertura frente a cada caso en concreto.

EL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

Siendo un mecanismo de mitigación de los riesgos propios de la contratación estatal se considera como una garantía única de cumplimiento; la cual se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial, según lo prevé el artículo 1082 del Código de Comercio.

Esta garantía puede ser de tres tipos: i) póliza de cumplimiento, ii) garantía bancaria y iii) fiducia en garantía.

La póliza de cumplimiento tiene como objetivo proteger al asegurado, en este caso, la entidad estatal y su patrimonio, de las sanciones o perjuicios que se deriven de un incumplimiento contractual.

Existen varios tipos de amparos en el seguro de cumplimiento en los cuales se encuentra aquel que ampara la seriedad de la candidatura cuyo objeto es el de cubrir al asegurado (entidad estatal) de las sanciones o los perjuicios que se deriven de la no obtención de al menos de la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de campaña.⁸

En el seguro de cumplimiento se establece el derecho de subrogación, el cual está previsto en el artículo 1096 del Código de Comercio, y numeral 3 artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, respecto del concepto de contragarantía, es un aspecto del contrato de seguro de cumplimiento que no está definido legalmente, pues ésta simplemente obedece a las políticas internas y criterios que ha fijado el asegurador teniendo en cuenta su experiencia y los parámetros que considere necesarios para la suscripción del contrato.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

EXAMEN DE PROCEDENCIA

Legitimación en la causa por activa.

⁷Numeral 1 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁸Artículo 13 de la Ley 130 de 1994

En el caso examinado se observa que el señor Wilson Hernán Barrios Nieto, titular de la acción, es quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y a elegir y ser elegido.

Legitimación por pasiva.

En el presente caso se tiene que el actor demandó a La Previsora S.A. Compañía de Seguros y a la Registraduría Nacional del Estado Civil por no expedir la póliza de seriedad de candidaturas necesaria para poder inscribir la lista del grupo de ciudadanos denominado Renovación Municipal al Concejo Municipal de Puerto López, Meta.

Se trata específicamente de atacar la actuación desplegada por La Previsora S.A., compañía ante la cual, el actor y el grupo de ciudadanos al que pertenece, tramitaron y solicitaron la expedición de la póliza de cumplimiento que garantiza la seriedad de una candidatura.

Examen de inmediatez.

Respecto este requisito, se observa que el mismo sí se cumplió. En efecto, entre la fecha de la negativa de la compañía de seguros accionada, de expedir la póliza solicitada y la fecha de la interposición de la tutela.

Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad.

En el caso bajo estudio, el actor solicita la expedición de una póliza de seriedad de candidatura por parte de La Previsora S.A., sin que se le exija la constitución de una contragarantía.

En principio, la litis presentada estaría dentro de la órbita de lo contractual, pero, atendiendo la jurisprudencia de la Corte en lo relativo a la posibilidad que existe de que en la relación entre una Compañía de Seguros y un particular se amenacen o vulneren derechos fundamentales, y en razón a una posición de indefensión del particular teniendo en cuenta que le es imposible negociar las condiciones que considera vulneradoras de sus garantías constitucionales, la acción de tutela puede proceder como mecanismo idóneo para la protección de sus derechos.

Aunado a lo anterior, se considera que se está frente a un inminente perjuicio irremediable teniendo en cuenta que la fecha límite de inscripción de las listas.

Así las cosas, la acción de tutela se torna procedente ya sea como mecanismo transitorio en tanto se dilucida la controversia y para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, o como mecanismo definitivo en cuanto a la protección de los derechos fundamentales invocados si se llegare a evidenciar una vulneración a los mismos.

PRESUNTA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El señor Wilson Hernán Barrios Nieto interpuso acción de tutela contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros por considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y a elegir y ser elegido, al exigir la constitución de un CDT endosado a la compañía como contragarantía para otorgar una póliza de seriedad de candidatura, la cual es requisito para la inscripción de candidatos ante la Registraduría Nacional.

Teniendo en cuenta que las pretensiones del actor estaban encaminadas a la expedición de la póliza que le permitiera inscribir su candidatura al Concejo de Puerto López Meta; debe

indicarse que las elecciones ya habían ocurrido en el momento del estudio del caso; razón por la cual, se debe declarar la carencia actual del objeto por cuanto aquello que se pretendía lograr con el juez de tutela, la expedición de la póliza acaeció antes que este Despacho emitiera orden alguna.

Ahora bien, es un requisito legal el otorgamiento de una póliza de seriedad de la candidatura al momento de la inscripción, como se expuso en la Ley 130 de 1994, lo cual permite concluir como primera medida, que las Registradurías Nacional del Estado Civil y Departamental, no han vulnerado derecho alguno del actor en la medida que estas entidades están exigiendo que otorgue una póliza de seriedad, tal como lo indica la norma.

En la misma Ley 130 de 1994, se le otorga al Consejo Nacional Electoral la facultad de determinar la cuantía de la póliza de seriedad; esta facultad la desplegó claramente expidiendo la [Resolución 299 de 2015](#) la cual fija la cuantía de dichas pólizas para participar en las elecciones de octubre de 2015.

Aclarando que en la mencionada resolución se exhorto a las compañías aseguradoras a que no exigieran la constitución de contragarantías para expedir las pólizas de seriedad, lo cual se hizo como sugerencia la cual no tiene carácter vinculante.

En rango superior a la Resolución 299 de 2015, se encuentra la ley, la cual no ha desarrollado el tema de la exigencia de la constitución de contragarantías; por el contrario, por medio del [Código de Comercio](#), se ha exaltado la autonomía de la voluntad en los contratos de seguros, en donde el asegurador puede o no asumir total o parcialmente los riesgos que se pretenden asegurar, exigiendo el cumplimiento de unos requisitos, y el tomador puede aceptarlo o rechazarlo.

Por lo anterior, se le imposibilita al juez constitucional ordenar o determinar las condiciones o forma de un contrato, más si se tiene en cuenta que como características esenciales del contrato de seguros es la consensualidad y la bilateralidad.

Así las cosas, La Previsora S.A. al exigir la constitución de un CDT para expedir la póliza de seriedad de una candidatura, está ejerciendo la autonomía de la voluntad que le otorga el Código de Comercio, facultándola a realizar el estudio previo y según su experiencia decidir sobre el negocio, definiendo las condiciones especiales del caso para el otorgamiento de dicho seguro.

Por lo anterior, la Corte concluye que la exigencia de La Previsora S.A no vulnera derecho fundamental alguno, sino que su actuación está enmarcada en la autonomía de la voluntad señalada en el artículo 1056 del [Código de Comercio](#).

CONCLUSIONES.

Esta Sala declarará la existencia de carencia actual de objeto ya que la pretensión de la expedición de la póliza se materializó antes de que el juez constitucional se pronunciara, lo cual se constató con el actor quien manifestó haber constituido voluntariamente la contragarantía pedida por La Previsora S.A. para otorgar dicho seguro.

Además, no se configuró el perjuicio irremediable que se pretendía evitar con la interposición de la presente acción de tutela, el cual era el no poder participar en las elecciones del pasado octubre pues, de igual manera, se constató con el accionante que pudieron participar con su lista en las elecciones para Concejo Municipal de Puerto López Meta.

EVALUACION CRÍTICA:

En efecto, en el caso particular se encuentra plenamente ajustada la decisión de la Corte Constitucional frente a la interpretación y aplicación de la norma sustancial que rige la actividad aseguradora, pese a determinar que había operado la carencia actual del objeto que tornaba innecesario pronunciarse frente al hecho que generaba la presunta violación de los derechos fundamentales del actor; el accionante inscribió su candidatura, dando cumplimiento a los requisitos establecidos para tal efecto, al constituir la garantía de cumplimiento finalmente y aportarla con la inscripción. Sin embargo, decide pronunciarse sobre el problema jurídico planteado.

Se considera que en el caso en particular se hallaron dos disposiciones normativas que se contraponen al momento de la solicitud del seguro, teniendo en cuenta que al considerar la aplicación directa de la Resolución emitida por el Consejo Nacional Electoral de alguna manera compromete la autonomía contractual de la Aseguradora, como pretendió hacer el tutelante con la acción emprendida, partiendo de una falsa premisa que desconoce la ley mercantil.

Encontramos que la Resolución 0299 del 4 de marzo de 2015 proferida por el Consejo Nacional Electoral arremete contundentemente con la autonomía de la voluntad contractual concedida por la ley civil y especialmente por el artículo 1056 del Código de Comercio, que establece que las compañías de seguros pueden asumir a su arbitrio todos o parte de los riesgos intrínsecos al interés asegurable, así como llegar a abstenerse de asumir el mismo o condicionar la celebración del negocio.

Así entonces, es importante precisar el alcance de la polémica Resolución 0299 de 2015 que evidentemente no tiene fuerza vinculante, para las compañías de seguros de lo que en ella se dispuso, en principio, porque la concepción misma de su fuerza vinculante dentro del ordenamiento legal se encuentra en el rango mayormente inferior de su estructura preponderante, de manera tal, que su contenido no puede obviar una disposición del Ordenamiento Legal Mercantil como en efecto se podría haber generado al conceder su pedimento promovido mediante acción de tutela, circunstancia que no se llegó a consolidar gracias a que el tomador del seguro constituyó la contragarantía y a la adecuada interpretación y aplicación normativa por parte de la Alta Corte que pese a no ser necesario el pronunciamiento decidió resolver el problema jurídico planteado.

Adicionalmente, no puede llegar a considerarse que el alcance del artículo sexto de la Resolución emitida por el Consejo Nacional Electoral pueda aplicarse de forma preponderante a una disposición legal, siquiera con la juiciosa aplicación del alcance semántico de sus palabras, en la medida que el verbo rector del citado artículo sexto es *exhortar* a las compañías de seguros, encontrando aun, que ni siquiera imparte una obligación para contemplar su acatamiento; pero indubitablemente prima el imperio de la ley sustancial.

Se encuentra sobre el particular estudiado, que la Superintendencia Financiera ha efectuado sendos pronunciamientos frente a la aplicación del artículo 1056 del Código de Comercio, que confirma la legitimación del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, como en el siguiente concepto:

“3. Libertad contractual

Dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que solo en el evento en que se presenten dichos presupuestos deberá cumplir con su obligación de indemnizar.

De igual forma, adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que, aún siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo, no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones. De conformidad con lo anterior, las compañías aseguradoras son autónomas para otorgar o no determinados amparos, de acuerdo con sus políticas internas de selección de riesgos.

Como una limitación a esta autonomía, las compañías aseguradoras tienen el deber de celebrar el contrato y consecuentemente brindar la cobertura del caso, si se trata de un seguro de naturaleza obligatoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los cuales las entidades aseguradoras que tengan autorizado el ramo correspondiente están en la obligación de otorgar la cobertura en los términos que la ley prevea, sin posibilidad de negar la asunción del riesgo.”

Aunado a lo anterior mediante el concepto N.º 1999001812-2 del 2 de marzo de 1999, concluyó:

“Con base en lo expuesto podemos concluir que las compañías aseguradoras autorizadas para la explotación de los ramos de cumplimiento no se encuentran obligadas, por este simple hecho, a expedir el seguro aludido pues, como ya se mencionó, no se trata de un seguro obligatorio toda vez que no existe una disposición expresa que así lo consagre.

Por otra parte, teniendo en cuenta lo dispuesto en las normas relativas a garantías en el régimen de contratación estatal y a las propias de la actividad aseguradora, especialmente aquellas que tienen que ver con su estabilidad económica y margen de solvencia, las compañías de seguros que decidan amparar este tipo de riesgos deberán

ceñirse a los instructivos reseñados. Lo contrario sería poner en peligro la misma subsistencia de tales entidades”. (Negrilla propia).

Como si fuera poco, nutre aun más la legitimidad del ejercicio de la asunción voluntaria de los riesgos que rodean el interés asegurable, la jurisprudencia producida por las altas cortes, que sobre el particular han establecido criterios claros para su ejercicio, y han puesto en evidencia la prerrogativa inquebrantable que ostentan las compañías de seguros, como en efecto se expresó en la sentencia del Consejo de Estado del 24 de julio de 2013, expediente 27.505 con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez, donde igualmente se trae a colación el concepto dado por la Superintendencia Financiera antes citado, de la siguiente manera:

“Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica⁹ si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”¹⁰.

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no lo póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo¹¹ y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que como consecuencia de su decisión voluntaria y libre de asumir un riesgo y de la expedición de la póliza respectiva, se le impone la obligación primordial de indemnizar al asegurado, mediante el pago de las sumas estipuladas -o la reposición o reconstrucción

⁹ “La única excepción a este principio la constituyen los seguros obligatorios creados solamente por ley, de conformidad con lo estipulado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los cuales las entidades aseguradoras que tengan autorizado el ramo correspondiente están en la obligación de otorgar la cobertura en los términos que la ley lo prevea, sin posibilidad de negar la asunción del riesgo.” Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. marzo 2 de 1999.

¹⁰ En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2008025265-001 del 9 de junio de 2008.

¹¹ Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. marzo 2 de 1999. Intendente de Seguros y Reaseguros. “En este sentido, si la aseguradora decide asumir la cobertura relativa al cambio de milenio, es necesario obtener y comprobar toda la información pertinente del riesgo, con el propósito de determinar el estado de compatibilidad de los sistemas de información de tomadores y/o asegurados con el cambio de milenio, a más de contar con el respaldo de reaseguradores inscritos en el registro de esta Superintendencia, máxime si tenemos en cuenta que la expedición de pólizas de seguro respecto de las cuales la sociedad no haya logrado obtener, mediante el empleo de contratos de reaseguro, colocación en firme del respectivo riesgo, constituye práctica insegura y no autorizada, conforme lo establece el literal d, subnumeral 3.2, numeral 3, Capítulo Segundo del Título Sexto de la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996.”

de la cosa asegurada en su caso- sien que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza.

Tratándose de seguros de manejo o de cumplimiento, la compañía aseguradora por el hecho de pagar el siniestro se subroga en los derechos de la entidad asegurada contra el contratista cuyo cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios, según lo dispone artículo 203, numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por lo cual se deduce también la carga de la compañía aseguradora en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, práctica que debe desplegar cuidadosamente antes de expedir la póliza, con el fin de establecer además del alcance del riesgo asegurado, los mecanismos de contragarantía o recuperación en caso de que la compañía aseguradora se vea en la obligación de pagar la indemnización.

Por otra parte, se ha indicado que de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero corresponde a la compañía aseguradora la decisión de elegir los ramos de aseguramiento en los cuales presta el servicio y la definición de los formatos de las pólizas que diligencia ella misma en el momento en que las expide, con la identificación del objeto y riesgo asegurado en el caso de la póliza de cumplimiento y por lo tanto se concluye –también por esta vía- que la aseguradora tiene la carga obvia de conocer el objeto y las obligaciones del contrato y evaluar el alcance y el riesgo de cumplimiento del mismo antes de expedir la póliza, lo cual resulta especialmente importante en cuanto el contrato asegurado haya sido celebrado con una entidad estatal, toda vez que además de ser la actividad aseguradora de interés público por disposición del artículo 355 de la Constitución Política, en el caso del seguro de cumplimiento de los contratos estatales debe tener presente que con su ejecución se persigue la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en cada uno de tales contratos.

En conclusión, se considera que la compañía aseguradora falta a su deber legal cuando expide una póliza de cumplimiento sin conocer y evaluar con detalle el objeto del contrato asegurado y el estado del riesgo que asume, circunstancia suficiente para que no pueda alegar a su favor la ambigüedad del objeto del contrato asegurado y menos pueda ampararse en la falta de claridad o precisión de las cláusulas del contrato de seguro que han sido dictadas o elaboradas por ella misma.”

Así las cosas, es un rotundo acierto en primera medida del Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto López Meta al decidir en sentencia del veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015), y por supuesto de la Corte Constitucional que en el ejercicio de su facultad de revisión consideraran que no existe discriminación ni trato desigual al exigir la constitución de la contragarantía, pues esta exigencia está basada en una facultad legalmente atribuida a las compañías de seguros en desarrollo de la voluntad contractual, que legítimamente ejerció La Previsora Compañía de Seguros S.A.

**CORTE CONSTITUCIONAL
SALA OCTAVA DE REVISIÓN**

Expediente T -5.200.719

Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

4 de marzo de 2016

Accionante: Nelson Arturo Delgado, Samuel Torres y Yoany González.

Accionados: Compañía de Seguros la Previsora y Registradora Municipal de Puerto López.

HECHOS:

1. Los accionantes son representantes de un grupo significativo de ciudadanos denominado RENOVACION MUNICIPAL, aspiraban a preinscribir una lista al Concejo Municipal de Puerto López - Meta, para los comicios de octubre de 2015.
2. El 25 de junio de 2015 los accionantes solicitaron a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. una póliza de seriedad de candidatura, de conformidad con la resolución 0299 de 2015 del Consejo Nacional Electoral¹², y la carta circular 29 de 2015, suscrita por la Superintendencia Financiera de Colombia¹³.
3. El 1 de julio de 2015, La Previsora S.A. informó a los accionantes de la necesidad de constituir un CDT por el 100% del valor de la garantía para expedir la póliza solicitada.
4. Ante la negativa el candidato presenta acción de tutela al considerar la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, participación política y ser elegido.
5. Adicionalmente, los accionantes argumentan que el requisito exigido para expedir la póliza solicitada contraría el artículo 6 de la Resolución 0299 de 2015
6. En el mismo sentido se propone la vulneración del pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en Carta Circular 29 de 2015.
7. También, señala el accionante que con la expedición de la Resolución 0299 del Consejo Nacional Electoral, se les prohibió a las aseguradoras exigir a los candidatos y/o grupos de ciudadanos, garantías reales, depósitos, fiducias o títulos a su favor, de acuerdo con el artículo 6¹⁴ de la resolución.

¹² Resolución por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral fija el valor de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales que inscriban candidatos a gobernaciones, asambleas departamentales y alcaldías, concejos municipales y distritales y a juntas administradoras locales, para las elecciones que se realizarán en el año 2015.

(<https://seguimientoelectoral.com/uploads/leyes/RES%20299-15-POLIZAS%20DE%20SERIEDAD%20GSC.PDF>)

¹³ Mediante la cual se notificó e informó a las aseguradoras de la anterior Resolución.

¹⁴“ARTÍCULO SEXTO. Exhortase a las compañías de seguros y/o a las entidades financieras que expidan estas pólizas o garantías bancarias a que se abstengan de exigir a los candidatos y/o grupos significativos de ciudadanos que los postulen, la constitución de depósitos, fiducias o títulos en su favor equivalentes al monto del valor asegurado o a exigir garantías reales que

PROBLEMA JURIDICO

¿Al exigir las aseguradoras la constitución de una contragarantía, para poder expedir una póliza de seriedad de candidatura viola los derechos a la igualdad y a la participación política (elegir y ser elegido)?

DECISION DE INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo del Circuito¹⁵ de Puerto López Meta, mediante fallo del 23 de julio de 2015 negó el amparo constitucional solicitado al no encontrarse violación de derechos fundamentales del accionante; considerando que está dentro de la órbita de los negocios de la compañía aseguradora la potestad de asumir o no, todos o algunos de los riesgos, o a exigir contragarantías para la asunción de los riesgos; y no es procedente la intromisión de un juez constitucional en la libertad contractual que tienen los particulares.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Procedencia de la acción de tutela contra entidades financieras y aseguradoras.

La acción de tutela es un mecanismo sumario y preferente¹⁶, que busca la protección de los derechos fundamentales cuando se vulneren o amenace por autoridad pública o por particulares, en el ultimo evento siempre y cuando: *“i) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público; ii) la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo; o iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular”*

Sobre el estado de subordinación, la jurisprudencia ha afirmado que se trata de una relación jurídica de dependencia, que se ve reflejada en los grupos en que unos individuos tienen posición dominante sobre los otros.

Por lo anterior, la acción de tutela procede en contra de las entidades del sistema asegurador y financiero¹⁷ toda vez que:

1. Puede encontrarse derechos fundamentales amenazados o vulnerados.
2. Se desarrollan actividades de interés general y se presta un servicio público.
3. Los usuarios se encuentran en estado de indefensión.

se hagan efectivas en caso de configurarse el siniestro asegurado, o a que el precio de la prima sea equivalente al valor asegurado o cercano a este”.

¹⁵ “está dentro de la órbita de los negocios de la compañía demandada, la opción de asumir o no, todos o algunos de los riesgos a que eventualmente pueda estar expuesto el interés o la cosa a asegurar o a exigir contragarantías para la expedición de pólizas, en virtud del riesgo asumido, sin que sea procedente la intromisión de un juez constitucional direccionando o alterando los portafolios de negocios que dentro de la libertad contractual tienen los particulares o quienes ejercen como particulares en el devenir de sus negocios.”

¹⁶Artículo 86 de la Constitución Política

¹⁷Sentencia T-222 de 2014, T-007 de 2015.

Naturaleza de los derechos políticos.

Los derechos políticos¹⁸ se consideran como derechos fundamentales y están consagrados de forma constitucional, los cuales permiten a los ciudadanos participar en la conformación, ejercicio y control del poder político,

Este se materializa además de la facultad de elegir y ser elegido en los mecanismos de participación directa, como las votaciones, referendos, consultas entre otros.

Además de estar consagrados en la norma superior, los derechos políticos son reconocidos por tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Dada la importancia de los derechos políticos, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental de estos derechos.

Constitucionalidad de los requisitos para la inscripción de candidaturas.

El Consejo Nacional Electoral, a través del Reglamento 01 de 2003, regulo el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 del 3 de julio de 2013, el cual a su vez modifico el artículo 263 de la Constitución Política.

Estableciendo en el artículo 4, los requisitos para la inscripción de candidaturas:

***“ARTÍCULO 4o. REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURAS.** La inscripción de listas o de candidatos deberá realizarse ante los Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, ante los Registradores Distritales, Especiales, Municipales o Auxiliares, según el caso, previo el cumplimiento de los requisitos previstos en Ley.*

(...)

Los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales también podrán inscribir candidatos a corporaciones públicas y cargos uninominales, en cuyo caso deberán acreditar el número de firmas señalado en el parágrafo 1° de este artículo, que respaldarán la totalidad de la lista inscrita y prestar caución, póliza de seriedad o garantía bancaria, las cuales serán presentadas y otorgadas por los inscriptores o candidatos, que no serán inferiores en ningún caso a tres (3) ...”

La Corte declaró constitucional el artículo 4 del Reglamento, pues la exigencia hecha a los grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales para la inscripción de candidatos, relacionada con la adquisición de cauciones, pólizas de seriedad o garantías bancarias, es constitucional toda vez que son para garantizar la seriedad de la inscripción de candidatos.

¹⁸ Artículo 40 de la Constitución Política.

¹⁹ Artículo 23 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La actividad aseguradora y la protección de derechos fundamentales.

Límites constitucionales a la libertad contractual en el ejercicio de las actividades que involucren un interés público.

La Constitución Nacional, dispone que el ejercicio de la libertad económica²⁰ debe desarrollarse dentro de los límites del bien común, en atención al principio del interés general sobre el privado.

Aunque las actividades financieras por mandato constitucional no son consideradas un servicio público, si conllevan a un interés público orientado a la materialización del bienestar general.

Por lo anterior, las actividades financieras y aseguradoras involucran un interés público y su ejercicio conlleva a limitar su libertad contractual por los valores y principio consagrados constitucionalmente.

Marco Legal y Doctrinario del Riesgo Asegurable como elemento esencial del contrato de seguro.

El Código de Comercio, es el estatuto normativo que regula el contrato de seguro.

Artículo 1045 del Código de Comercio, establece como elementos del contrato de seguro:

1. El interés asegurable, es el objeto del contrato de seguro;
2. El riesgo asegurable, en donde debe coexistir la calidad de futuro e incierto.
3. La prima o precio del seguro, es la suma por la cual el asegurador acepta el traslado de los riesgos;
4. La obligación condicional del asegurador es aquella por la que el asegurador asume el riesgo, mediante el pago de la prima, sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro.

Indicando que, en defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro sería ineficaz de pleno derecho.

Artículo 1054 del Código de Comercio, define el riesgo como: *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*.

El riesgo asegurable como elemento esencial en el contrato de seguro, incluye dos características para poder considerarse como tal, las cuales son que debe ser futuro e incierto.

Al constituirse como un elemento esencial del contrato de seguro, el riesgo asegurable debe ser:

1. Factible, que se pueda considerar posible.
2. Incierto, que no haya ocurrido.

²⁰ Artículo 335 de la Constitución.

3. Ajeno a la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario.

La constitución de un CDT, endosado a la entidad aseguradora, como requisito para expedir una póliza de seguridad de candidatura.

Para la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, la facultad que tienen las compañías aseguradoras de exigir la constitución de un CDT para expedir la póliza de seriedad de la candidatura vulnera los derechos fundamentales a elegir y ser elegido y a la igualdad.

Lo anterior, toda vez que la autonomía de la voluntad que otorga el Código de Comercio a las aseguradoras no es absoluta; pues las actividades realizadas por dichas entidades conllevan a un interés público; razón por la cual, su ejercicio tiene límites.

Al respecto, manifiesta la Corte que, aunque constitucionalmente no se estableció que las actividades de las entidades aseguradoras fueran un servicio público; si se determinó que conllevan a un interés público, razón por la cual el ejercicio de estas actividades tiene límites.

Es así como para la Sala Octava de Revisión de la Corte, el ejercicio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1056 del Código de Comercio al prevalecer sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, estaría desconociendo la jurisprudencia; ya que las aseguradoras no pueden exigir para la expedición de las pólizas de seriedad de candidatura una contragarantía pues impondría una barrera de acceso, barrera que desnaturalizaría el contrato de seguros.

Efectos de la carencia actual de objeto

En el numeral 4 del artículo 6²¹ del Decreto 2591 de 1991, se estableció que la acción de tutela es improcedente cuando desaparece el objeto jurídico sobre el cual recaería la decisión del juez de tutela, y en consecuencia sería inocua la intervención del juez.

La carencia actual de objeto como causal de improcedencia se presenta en dos hipótesis:

1. Cuando existe hecho superado, el cual se presenta cuando la acción u omisión se supera antes de proferirse el fallo de tutela, es decir, desaparece la causa que origina la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

En este evento, es deber de la Corte, pronunciarse sobre los hechos del caso, llamar la atención sobre la vulneración de los derechos fundamentales y advertir la inconveniencia de repetir dicha situación.

2. Cuando se presenta daño consumado, es decir, cuando no se reparó la vulneración del derecho y por el contrario se ha producido el daño que se buscaba evitar existiendo un perjuicio irreversible, razón por la cual resultaría inocua cualquier decisión pues no se podría impedir la violación de los derechos reclamados.

²¹ Art. 6, Núm. 4 “*Cuando sea evidente que la violación del derecho originó daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho*”

ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Los señores Nelson Delgado, Samuel Torres y Yoany González interpusieron acción de tutela en contra de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., y la Registraduría Municipal del Estado Civil de Puerto López, al considerar que la compañía de seguros vulnero los derechos fundamentales de la igualdad, de la participación política al exigir la constitución de un CDT endosado a su favor para expedir la póliza de seriedad de la candidatura.

Antes de proferirse el fallo por la Sala de Revisión, los accionantes ya habían constituido la contragarantía para la expedición de la póliza, ya que la decisión de primera instancia había sido desfavorable a las pretensiones de la acción de tutela.

Por lo anterior, se concluye que operó el fenómeno de la carencia actual del objeto por hecho superado, debido a que la póliza fue expedida antes del vencimiento para la inscripción de candidatos.

Sin embargo, considera la Sala que, si existió la vulneración de los derechos fundamentales incoados, razón por la cual la Corte se pronunciara sobre el alcance de los derechos fundamentales vulnerados.

Según la jurisprudencia de esta Corte, se ha sostenido que la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio se encuentra limitada por el interés público, exhortando a las compañías aseguradoras a desarrollar su actividad en observancia de los valores y preceptos de la Constitución.

Considera la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, que, al exigir la contragarantía por parte de La Previsora para la expedición de la póliza de seriedad de la candidatura, impone una barrera al acceso del ejercicio del derecho fundamental de participación política, obstáculo que desnaturaliza el contrato de seguro; ya que no se brindó otra alternativa, situación que es desproporcionada e irrazonable.

La exigencia de La Previsora S.A., de constituir un CDT por el 100% del valor asegurado es un requisito desproporcionado, pues no cumple con el fin de velar por el interés general; situación que por el contrario pone en riesgo los derechos fundamentales de la participación política, ya que al exigir a las personas que fungen como tomadores la constitución de una contragarantía por el 100% desnaturaliza el contrato de seguro debido a que el riesgo nunca saldrá de la esfera de responsabilidad del contratante, en la medida que el mismo tomador es quien terminaría respondiendo por el supuesto riesgo.

Lo anterior, debido a que el riesgo nunca se trasladará al asegurador y por ende el riesgo asegurable no habría, y, en consecuencia, el negocio jurídico sería ineficaz conforme al artículo 1045 del Código de Comercio.

CONCLUSIONES.

Esta Sala **revocará** el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para en su lugar, **DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.**

Exhortando a la Superintendencia Financiera para que emita circular en la advierta a las asegurados que se abstengan de exigir como requisito para expedir las pólizas de seriedad de la candidatura la constitución de contragarantía.

Teniendo como argumentos que, aunque se configuro la carencia actual del objeto por hecho superado, ya que la Previsora S.A., expidió la póliza. Sin embargo, considera la Corte que la entidad vulnero los derechos fundamentales de los accionantes, en cuanto impuso una barrera para el ejercicio de los derechos políticos, al requerir la constitución de un CDT a su favor por el 100% del valor asegurado, con el fin de otorgar la póliza requerida para la inscripción en las elecciones.

EVALUACION CRÍTICA

Es preciso indicar en este punto, que desafortunadamente se tuvo un análisis completamente impreciso acerca de la autonomía de la voluntad contractual que les asiste como prerrogativa a las compañías aseguradoras de elegir los riesgos que a su arbitrio escojan.

Tal situación, no solo tiene un fundamento legal, sino desarrollo jurisprudencial por las altas cortes y reglamentación por la autoridad que inspecciona y vigila la actividad de los seguros (Superintendencia Financiera de Colombia). Contrario a lo que se expuso en la evaluación crítica que antecede, la sala de Revisión de la Corte Constitucional hace mal al desconocer que la actividad aseguraticia tiene un componente técnico actuarial que hace sostenible la operación de las aseguradoras frente a la asunción de los riesgos, encontrando que la constitución de contragarantías mantiene la exposición de las compañías aseguradoras que hace sustentable la actividad misma.

Así las cosas, con el análisis que realiza la Corte Constitucional aparte de contravenir la citada disposición del artículo 1056 del Código de Comercio, deja a un lado también que, por la naturaleza del seguro, amén de la voluntad contractual, es que plenamente puede ejercer la exigencia de la contragarantía, pues al ser un seguro de cumplimiento la Ley Mercantil le concede al asegurador el derecho de subrogación de conformidad con el artículo 1096²² del mismo Código, que resulta ser una herramienta efectiva y de mínimo desgaste jurisdiccional para hacer efectivo su derecho en caso de siniestrarse la póliza.

Adicionalmente, de forma expresa el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece la subrogación en el seguro de manejo y cumplimiento así:

*"ARTÍCULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO.
(...)*

*3.Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada **contra la***

²² "ARTÍCULO 1096. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, **en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro/.../** (subrayado y negrilla fuera del texto).

persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios” (subraya y negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, la exposición planteada por la Corte Constitucional a juicio personal es completamente errada, teniendo en cuenta que la exigencia de la contragarantía como requisito para otorgar el seguro, no es una barrera, sino una simple condición que depende de la calificación del riesgo que se haga en ejercicio de la voluntad contractual para celebrar el convenio asegurativo, que aumenta su rigurosidad dependiendo de la gravedad del riesgo. No puede entonces, llegarse a contemplar como válido que el hecho de exhortar a las compañías de seguros para la emisión de esta clase de seguros genere la aceptación de los riesgos sin reparo alguno, mas aun, cuando las exigencias para emitir el seguro tienen asidero legal y técnico de la actividad aseguradora.

Como ya se mencionó en la exposición crítica de la sentencia anterior, la facultad habilitante para ejercer autónomamente la voluntad de contratar, se encuentra desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado que confirma la errada concepción de la Sala Octava del la Corte Constitucional que restringe la autonomía de contratar o no a las compañías de seguros, al instar a que estas emitan las pólizas de seguros sin exigencia de las contragarantías oficiando a la Superintendencia Financiera de Colombia a regular este aspecto con base en el caso particular. Lo que resulta ser una imposición y genera prácticamente una obligación peligrosa para las compañías aseguradoras suscribir seguros pese a que el negocio pueda ser técnicamente inviable que para fortuna no ha sucedido.

Aunado a lo anterior, lo que genera mayor gravedad es el hecho que la autonomía otorgada por el ordenamiento legal resulta siendo nula en la medida que se constriñe la decisión de contratar pues la simple negación de emitir el seguro, según la Corte, podría constituir una afectación al interés público, pero tal situación sería inadmisibles porque contraviene uno de los principios fundamentales del régimen de contratación, teniendo en cuenta que se volvería una obligación aceptar el riesgo sin importar el ejercicio de la voluntad contractual y el componente técnico asegurador que ello implica.

Por lo tanto, el desacuerdo con la postura de la corte es tajante.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA

Expediente 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138)

Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

1 de abril de 2016.

Accionante: Compañía Aseguradora de Fianzas- Confianza S.A.

Accionados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional y otros.

HECHOS:

1. El 24 de diciembre de 2009, se celebró entre el demandado y la Unión Temporal Teseo II un contrato de compraventa No. 1732-CEITE-DINTR-2009, cuyo objeto era el montaje, instalación y puesta en funcionamiento de maquinaria industrial para la planta de zapatería del Batallón de Intendencia No. 1 “*Las Juanas*”.
2. Dentro de las obligaciones contractuales se encontraba la de constituir una garantía única por medio de la cual se garantizarán, entre otros, el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por el 50% del valor del total del contrato, que ascendía a la suma de \$3.090.075.892; con una vigencia de dos años desde el acta de recibo a satisfacción de los bienes.
3. La Unión Temporal Teseo II constituyo con Confianza S.A., la garantía única de cumplimiento No. 31GU075569, que incluyó el amparo de calidad de suministros y una vigencia inicial del 24 de septiembre de 2009 hasta el 24 de diciembre de 2011; dicha garantía fue prorrogada a través de certificados de modificatorios.
4. El 6 de octubre de 2010 el accionado recibió a satisfacción los bienes objeto del contrato.
5. El 25 de octubre de 2011, el Ejercito citó al garante Seguros Confianza S.A., para llevar a cabo audiencia sancionatoria por el presunto incumplimiento en que incurrió el contratista al suministrar los bienes con fallas técnicas que impidió la entrada en funcionamiento de la “Planta de Zapatería”.
6. El 9 de noviembre de 2011, se remitió la tasación de los perjuicios correspondientes al daño emergente en la suma de \$295.006.067 y lucro cesante en la suma de \$1.194.529.950, derivados del incumplimiento del contrato.
7. La Compañía aseguradora se negó a cancelar la suma correspondiente al lucro cesante, argumentando que la garantía no cubría los perjuicios ocasionados por este concepto, pues su cobertura debía estipularse expresamente de acuerdo al precepto normativo contenido en el artículo 1088 del Código de Comercio.

8. Mediante Resolución No. 422 del 19 diciembre de 2011 el Ejército Nacional declaró el incumplimiento del contrato celebrado con la Unión Temporal Teseo II, la ocurrencia del siniestro y ordenó hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento en su amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes Suministrados.
9. Seguros Confianza S.A., interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, el cual fue resuelto modificando el monto de la sanción impuesta.
10. El 12 de abril de 2012, Confianza S.A., pagó a favor del Ejército la suma correspondiente a la indemnización de los perjuicios por concepto de daño emergente.
11. Seguros Confianza S.A. citó a audiencia de conciliación prejudicial a La Nación – Ejército Nacional. La diligencia que fue realizada el 23 de mayo de 2012 se declaró fallida.

DERECHOS QUE SOLICITAN SEAN AMPARADOS:

Debido proceso y principio de legalidad.

PROBLEMA JURIDICO:

¿Con la expedición de los actos administrativos impugnados²³ resulta trasgredido el Carácter Indemnizatorio del Contrato de Seguros y la autonomía contractual de las aseguradoras?

DECISION DE INSTANCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues declaró la nulidad de los artículos segundo y tercero de las Resoluciones impugnadas y condenó en costas a la parte vencida.

Como argumentos el Tribunal indicó que los perjuicios por lucro cesante en realidad constituían un daño emergente, pues las maquinas objeto del contrato habían sido adquiridas para satisfacer la demanda interna de suministro del calzado más no para generar un lucro con dicha actividad productiva

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Régimen de Garantías en los contratos Estatales – Finalidad y objeto de protección.

La actividad del Estado, según la Constitución Política, está dirigida entre otros aspectos a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, artículo 365 del ordenamiento superior²⁴.

²³ Resoluciones Nos. 422 del 19 de diciembre de 2011 y 035 del 24 de febrero de 2012.

²⁴ARTICULO 365 DE LA CONSTITUCION. “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*”

La normatividad que regula la contratación estatal se desarrolla a partir del precepto normativo contenido en el ordenamiento superior y en especial en el Estatuto General de la Contratación Administrativa Pública, al establecer que tanto los servidores públicos como los particulares siempre deben buscar la concreción del interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, lo que resulta siendo los fines de la contratación estatal²⁵.

Razón por la cual se tiene, que el contrato público es una de las herramientas jurídicas con las que cuenta el Estado para poder cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.

De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado.

Por lo que para atender la importancia del contrato como instrumento que persigue el cumplimiento de las finalidades estatales, se estructuro de igual forma un régimen de garantías a favor de las entidades Estatales en ejercicio de su actividad contractual, el cual busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas y entrar a reparar la totalidad de los perjuicios o los eventuales detrimentos en el patrimonio público de la Nación con ocasión de su incumplimiento.

En efecto, los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones derivadas del contrato estatal son una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues este procura garantizar los perjuicios del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración, amparar la ejecución del objeto contractual, y, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales²⁶.

Por ser los contratos de seguros a favor de entidades estatales una tipología especial del contrato de seguro, no solo le es aplicable las disposiciones previstas en el Código de Comercio que regulan de forma general estos contratos, sino también aquellas que lo regulan de forma especial sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5° de la ley 80 de 1993; 7° de la Ley 1150 de 2007, así como también en el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008 vigente para la época.

De esta forma, para proteger el patrimonio público de eventuales detrimentos, se le exige a los particulares que contraten con el Estado, la constitución de una garantía única por medio de la

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

²⁵ ARTICULO 3° LEY 80 DE 1993: *“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”*

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 24.609.

cual se asegure los posibles siniestros que se lleguen a generar durante cualquier etapa del contrato Estatal. Teniendo entonces, como objeto primordial de las garantías únicas de cumplimiento, la protección del patrimonio público en procura de asegurar los posibles riesgos que se puedan presentar y que generen un menoscabo en el patrimonio público de la Nación, obteniendo una compensación de dichos daños a través de la indemnización de perjuicios que se produzcan.

2. Garantía única de cumplimiento. Decreto No. 4828 de 2008.

Para el momento de la celebración del contrato estatal, estaba vigente el Decreto 4828 de 2008²⁷, en el cual define los mecanismos de cobertura como aquellos otorgados por los contratistas con la finalidad de garantizar a la Entidad Estatal contratante la seriedad de los ofrecimientos, el cumplimiento de las obligaciones y la liquidación del contrato, la responsabilidad civil extracontractual que pueda surgir, así como los demás riesgos que se originen durante la ejecución del mismo.

Dentro de los riesgos derivados de la ejecución contractual se encuentra “*el riesgo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados*”²⁸, el cual asegura los perjuicios imputables al contratista, derivado de la mala calidad o deficiencia técnica presentada en los bienes y equipos suministrados conforme a las especificaciones contractuales o técnicas.

2.1. Exclusiones de cobertura de las Pólizas de Seguro constituidas para garantizar las obligaciones a cargo del contratista.

En el numeral 15.2 del Decreto 4828 de 2008, se establecieron cuales exclusiones resultaban admisibles en la cobertura de las Pólizas de Seguro, como:

“15.2.1 Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

15.2.2 Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este.

15.2.3 El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

15.2.4 El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno”.

²⁷Artículo 2°. Mecanismos de cobertura del riesgo. Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

²⁸4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo transcrito se deduce que las exclusiones previstas son de carácter taxativo, razón por la cual, no es posible a las partes del contrato de seguro, establecer nuevas exclusiones de cobertura diferente a las ya mencionadas, pues cualquier estipulación en contra no producirá efecto.

3. Nociones generales del daño emergente y el lucro cesante como perjuicios cubiertos por las Pólizas de garantías constituidas a favor de las Entidades Estatales.

Los daños o perjuicios materiales son las pérdidas económicas patrimoniales que sufre un sujeto de derecho, por la disminución efectiva que produjo o que seguramente se producirá, por el menoscabo de sus bienes.

A su vez, los daños materiales se dividen en dos tipos de daño que son:

3.1. Daño Emergente o “*dammun emergens*”

Se define como la pérdida o disminución efectiva de los bienes económicos patrimoniales cuya causación supone que un bien del contratante salió o saldrá, se deterioró o se deteriorará con ocasión del incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista o de su cumplimiento tardío o imperfecto.

3.2. Lucro cesante o “*lucrum cessans*”

Es la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no haberse producido el daño, habría ingresado al patrimonio del contratante; este debe acreditarse en su cuantía y causación.

Una vez acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y la generación de un perjuicio, el obligado, como deudor, deberá reparar los perjuicios causados en sus dos modalidades según como se causen, tanto en la pérdida²⁹ o disminución de peculio, como frente a las ganancias dejadas de percibir³⁰, salvo en excepciones taxativamente previstas en el ordenamiento jurídico.

4. Ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones contractuales.

La ineficacia de pleno derecho es una sanción que impone el ordenamiento jurídico legal a las estipulaciones contractuales que contravienen las normas imperativas de orden público y/o las buenas costumbres, consistente en invalidar estas para que no produzcan efectos legales, es decir, que los elimina automáticamente de la realidad jurídica.

La ineficacia de pleno derecho, opera de forma inmediata y no necesita ser declarada judicialmente, pues la misma persigue eliminar de la vida jurídica únicamente la cláusula que contraviene el ordenamiento jurídico manteniendo el negocio jurídico sin afectar sus demás partes.

²⁹ Daño emergente.

³⁰ Lucro cesante.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Se concluye que la Unión Temporal Teseo II incumplió el Contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009, en la medida que entregó las máquinas con fallas técnicas que impidieron su entrada en funcionamiento, impidiendo la elaboración del calzado destinado a los miembros de la Fuerzas Militares, lo cual fue acreditado con los informes técnicos.

Teniendo en cuenta el incumplimiento del contratista, la entidad contratante accionada expidió los actos administrativos declarando la ocurrencia del siniestro en el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes Suministrados, ordenando hacer efectiva la póliza expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., ordenando el pago de una indemnización por los perjuicios que le fueron ocasionados a título daño emergente por las fallas presentadas en la maquinaria, equivalente a \$247.039.940, y por los perjuicios atribuidos a lucro cesante por las sumas que dejadas de percibir por la no producción del calzado, en cuantía de \$1.194.529.950.

Seguros Confianza S.A., estableció en el artículo 1 del anexo de las garantías únicas Ley 80 de 1993, que para que la cobertura de las Pólizas expedidas a favor de las Entidades Estatales incluyese la indemnización del lucro cesante este debería ser objeto de acuerdo expreso, teniendo en cuenta que el Decreto 4828 de 2008³¹ no establece en las causales de exclusión de la cobertura este tipo de indemnizaciones y que dichas causales son de carácter taxativo, conllevando entonces, a que esta estipulación es ineficaz de pleno derecho pues está creando una nueva exclusión diferente a las previstas en el Decreto referido.

Desconociendo el anexo de garantías únicas que el artículo 15.2 del Decreto 4828 de 2008, es claro al señalar que cualquier estipulación de las partes que cree nuevas causales de exclusión o de modificar las ya previstas, es ineficaz de pleno derecho, y como consecuencia no producirá ningún efecto.

Al no encontrarse la indemnización del lucro cesante como una de las causales de la exclusión del Decreto No. 4828 de 2008, es evidente entonces que para el caso en concreto las partes no están en la obligación de pactarlo expresamente para que este concepto se entendiera incluido en la Póliza otorgada por la compañía aseguradora; por lo tanto, no podía negarse a cubrir la indemnización por lucro cesante basándose en una disposición que es ineficaz.

Por lo expuesto, no es cierto lo que afirma el accionante al indicar que los actos administrativos se expedieron vulnerando los artículos 1088³² y 1077³³ del Código de Comercio, y el derecho fundamental al debido proceso, pues según se pasa a explicar:

³¹ Artículo 15 “Condiciones generales de las pólizas que garantizan el cumplimiento de obligaciones. De conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, la póliza única de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes condiciones generales, aplicables según el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto:

15.2. Exclusiones: En la póliza única de cumplimiento expedida en favor de entidades públicas solamente se admitirán las siguientes exclusiones: (...)

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno.”

³²ARTÍCULO 1088 CODIGO DE COMERCIO. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente

No le asiste razón al accionante que las resoluciones impugnadas hayan vulnerado los preceptos del Código de Comercio, pues corresponde a un análisis subjetivo de la norma, al indicar que para que se incluya la cobertura de indemnización del lucro cesante en los contratos de seguro debe ser objeto de acuerdo expreso; en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, se encuentra probado que el hoy accionado demostró tanto la ocurrencia del siniestro como su cuantía, esta última teniendo como sustento los estudios técnicos soportados.

Tampoco se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el contratista y la compañía accionante participaron en audiencias en donde ejercieron sus derechos de defensa y contradicción, en las cuales controvertieron pruebas con estudios técnicos sobre cuantía del siniestro, donde finalmente considera el juzgador la entidad accionada demostró los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.

El Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error al afirmar que las sumas solicitadas por el aquí accionado por concepto de lucro cesante corresponden a un daño emergente, pues es claro que el lucro cesante³⁴ solicitado corresponde a las sumas que dejaron de ingresar en su patrimonio por la producción del calzado como consecuencias de las fallas presentadas en las maquinas objeto del contrato.

CONCLUSIONES.

La Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resuelve revocar la sentencia apelada, negando las pretensiones de la demanda.

EVALUACION CRÍTICA.

Frente a la situación controversial planteada por el Consejo de Estado mediante la hipótesis sostenida en la decisión de instancia que revocó la sentencia del Tribunal, se considera que el fallo adoptado por la alta corte lastimosamente termina trasgrediendo el Principio Indemnizatorio del Contrato de Seguros contenido en el artículo 1088 de la Ley Mercantil y de contera la autonomía de la voluntad contractual, al dar por incluidos conceptos que no fueron previstos al momento de la celebración del contrato de seguros.

La autonomía de la voluntad contractual con la que cuentan las compañías de seguros se ve vulnerada por la decisión del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que al momento de que la Compañía aseguradora a su arbitrio asumió los riesgos que consideró admisibles en los términos del artículo 1056 de la misma Ley, no asumió el riesgo asociado a la generación de perjuicios por concepto de lucro cesante, cobertura que debe constar mediante pacto expreso según el artículo 1088 del Código de Comercio ya mencionado.

de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

³³ARTÍCULO 1077 CODIGO DE COMERCIO. <CARGA DE LA PRUEBA>. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

³⁴ARTICULO 1614 CODIGO CIVIL. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndase (...) por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Adicionalmente, la decisión de instancia suma trasgrede por demás el artículo 1077 del mismo Código, en la medida que no puede considerarse un reclamo formal la petición de un concepto no cubierto como resulta ser para el caso el lucro cesante.

Conforme al primer aspecto planteado, el Consejo de Estado incurre en un yerro jurídico al concluir que el asegurador incluye una nueva exclusión a aquellas ya expresadas en el Decreto 4828 de 2008, taxativamente señaladas en su artículo 15.2, pues consideró que el hecho de incorporar en las condiciones de amparo la necesidad de contar con pacto expreso, el lucro cesante resulta un aspecto novedoso en el Decreto y no admisible, que confirma el desconocimiento del Principio Indemnizatorio del Contrato de Seguros.

Debe recordarse, que a diferencia del decreto que actualmente regula el régimen de garantías de los contratos estatales (Decreto 1082 de 2015), el citado Decreto 4828 no estableció la obligatoriedad de amparar el lucro cesante en los contratos estatales, como si lo hace los decretos recientes que expresamente exigen el amparar el lucro cesante, entre otros conceptos.

Así mismo, mal hace la alta corte en desconocer la aplicación obligatoria de las normas que regulan la actividad aseguradora, en la medida que la negación de la petición indemnizatoria del lucro cesante obedece a la simple aplicación del artículo 1088 del Código de Comercio, que indudablemente de haberse contemplado como riesgo asumido habría constando su pacto expreso en las condiciones del seguro y sin duda el costo del seguro hubiera sido superior.

El sustento de la decisión del Consejo de Estado radica en el hecho que al no encontrarse la exclusión del Lucro Cesante dentro de las causales taxativamente expresadas en el Decreto 4828 de 2008, se entiende cubierto lo que claramente conlleva a concluir un despropósito de la norma y una clara vulneración de la misma, en la medida que la disposición con absoluta franqueza establece que la cobertura del Lucro Cesante debe constar en pacto expreso y dentro del seguro expedido no se contrató la cobertura.

Así las cosas, con el pesar que amerita este tipo de interpretación normativa del máximo órgano jurisdiccional contencioso administrativo es un completo despropósito la conclusión plasmada en la decisión que finalmente impuso a la aseguradora la obligación de pagar los supuestos perjuicios por lucro cesante, que, además, realmente no existieron y que causó un enriquecimiento sin justa causa para la entidad estatal asegurada.