

Análisis de Temas Técnicos y Jurídicos del Seguro de CUMPLIMIENTO



Sesión: Cámara Técnica de Cumplimiento del 23 de marzo de 2017

Tema: El amparo del perjuicio del lucro cesante del asegurado en la póliza de cumplimiento.



Problema:

¿Para que el lucro cesante del asegurado esté amparado, en el seguro de cumplimiento, debe pactarse su cobertura expresamente?



Consideraciones:

- El seguro de cumplimiento es un seguro de daños y por lo tanto le aplica el contenido del artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual en este tipo de seguros *“la indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de acuerdo expreso”*. Así, en los seguros de cumplimiento es dable amparar el perjuicio de lucro cesante, pero para ello es necesario que así se pacte expresamente. Lo anterior es plenamente válido para el seguro de cumplimiento entre particulares. Para el que ampara contratos sometidos al régimen de contratación estatal se debe realizar un análisis mayor.
- El artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, al referirse a la garantía de cumplimiento, para todos sus amparos (buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra, calidad del servicio), al enunciar cuál es el alcance de cada uno de ellos, señala: Este amparo cubre los perjuicios sufridos/ocasionados por/a la entidad estatal. La normatividad en comento habla de forma general de amparo de perjuicios, sin hacer referencia al daño

emergente o al lucro cesante. Lo anterior lleva a analizar si en las pólizas de cumplimiento ante entidades estatales se aplica plenamente la regla según la cual para que el lucro cesante sea objeto de amparo debe así pactarse en el correspondiente contrato.

- La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha revisado este tema:

i) Sentencia del 12 de febrero de 2015: (Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 2500023626000200300874-01): Por tratarse de un seguro de daños de carácter patrimonial le es aplicable el artículo 1088 del Código de Comercio y por ello el lucro cesante solo es susceptible de ser indemnizado cuando es objeto de acuerdo expreso. Es importante tener en cuenta que el análisis recayó en una póliza expedida bajo el Decreto 679 de 1994, que al referirse al riesgo cubierto en los seguros de cumplimiento indicaba *“La garantía única (...) tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surgen a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales”*.

ii) Sentencia del 1 de abril de 2016: (Sección Tercera, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 25000-23-36-000-2012-00359-01):

- El régimen de garantías tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista y reparar la totalidad de los perjuicios en el patrimonio público en caso de incumplimiento (análisis de una póliza expedida bajo el Decreto 4828).
- Las exclusiones que se pueden pactar en este tipo de seguros son taxativas y en ellas no está incluido el perjuicio de lucro cesante. En caso de incluirse otra exclusión ésta *no producirá efecto alguno*: La estipulación según la cual *“La indemnización podrá contener a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este último deberá ser objeto de un acuerdo expreso que conste en la póliza para ser cubierto”*, incluida en la póliza, es ineficaz de pleno derecho pues por medio de la misma se está creando una nueva exclusión.
- No es cierto que el artículo 1088 del Código de Comercio, pues este artículo no establece que para que los contratos de seguro incluyan la cobertura de lucro cesante, esta deba ser objeto de acuerdo expreso (este argumento del Consejo de Estado va en contravía de lo dispuesto en el artículo en comento).

- Las sentencias no se detienen en la interpretación del contenido del artículo 1088 en relación al alcance de las coberturas del seguro de cumplimiento, contenidas en el Decreto 4828 de 2008 y los posteriores (734 de 2011, 1510 de 2013 – actualmente contenido en el 1082 del 2015). La cobertura o no del lucro cesante bajo el seguro de cumplimiento sin necesidad de pactarla, enfrenta dos normas:

i) El artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual: *“La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”*.

ii) Los artículos del Decreto 1082 de 2016 en los cuales se indica cuál es el alcance de los amparos que hacen parte de la Garantía Única de Cumplimiento, según los cuales se amparan “*los perjuicios*”, sin diferenciar si se trata del daño emergente, el lucro cesante o incluso otros.

- La discusión debe resolverse a través de los principios de interpretación de la ley, para establecer qué norma debe prevalecer ante la otra. La ley 153 de 1887, dispone lo siguiente en sus artículos 2º y 3º:

i) *“Artículo 2º: La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.*

La norma que regula el contrato de cumplimiento en favor de entidades estatales es posterior al Código de Comercio.

ii) *“Artículo 3º: Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.*

El Decreto 1082 de 2015 es la norma que regula íntegramente las garantías, entre ellas el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, y por lo tanto puede entenderse que inaplica para este seguro el contenido de la parte final del artículo 1088 del Código de Comercio.

- En conclusión, puede decirse que:

i) En los seguros de cumplimiento entre particulares se debe incluir expresamente en el amparo la cobertura a los perjuicios de lucro cesante, para que estos sean objeto de indemnización a cargo de la aseguradora.

ii) En los seguros de cumplimiento ante entidades públicas, bajo la normatividad actual, se entienden amparados todos los perjuicios que por el incumplimiento del contratista la entidad pueda acreditar, entre ellos el lucro cesante.