

# La limitación de la autonomía privada de las compañías aseguradoras como mecanismo de protección del asegurado\*

Limitation of private insurance companies of autonomy as insured protection mechanism

Catalina Cardoso Arango\*\*

## Resumen

En el contrato de seguro, el asegurado es la parte que en situación de indefensión, inferioridad y subordinación frente a la compañía aseguradora requiere especial protección del Estado, quien a través del juez constitucional y el mecanismo de la acción de tutela, restablece el equilibrio contractual, hace prevalecer el interés general de la actividad aseguradora y protege los derechos fundamentales del asegurado. En primer lugar, un mecanismo para proteger el asegurado es cómo la autonomía privada de las compañías aseguradoras se encuentra limitada en su libertad de conclusión pues como se expondrá habrán especiales casos en los cuales no se podrá negar a celebrar el contrato de seguro y estarán incluso obligadas a través del juez de tutela a celebrar dicho negocio.

**Palabras Claves:** Acción de tutela contra particulares, constitucionalización del derecho privado, contrato de seguro, mecanismos de protección del asegurado, autonomía privada.

## Abstract

In the insurance contract, the insured party is in a helpless, inferiority and subordination position against the insurance company, so this fact requires special State protection, who throughout the constitutional jurisdiction and the constitutional actions, restores the contract equality, gives prevalence to the general interest of the insurance industry and protects the insured fundamental rights.

**KeyWords:** Constitution, constitutionalization of private law, insurance contract, insurance companies. insured, mechanisms to protect the insured. private autonomy

## Introducción

El contrato de seguro representa sin duda alguna uno de los principales instrumentos económicos, sociales y jurídicos que ha permitido, facilitado y desarrollado las relaciones negociales. La actividad aseguradora es en la actualidad un renglón trascendental dentro de la economía, pues es una herramienta necesaria y supremamente útil para el desarrollo de las transacciones comerciales y la convivencia en sociedad.

El protagonismo del contrato de seguros es incuestionable y su importancia es irrefutable, toda vez que su función consiste en la eliminación de las consecuencias derivadas de un daño futuro e incierto que podría recaer sobre el patrimonio de los sujetos que deciden transferir los riesgos a una

\*\* Abogada litigante y asesora empresarial. Docente e investigadora de varias universidades. CEO de C&J FootStep S.A.S.: legal and financial investment advisor.

### Recepción

29 de octubre de 2013

### Revisión:

20 de marzo de 2014

### Aprobación:

20 de junio de 2014

\* Artículo de avance de investigación del proyecto "Mecanismos de protección del asegurado". Medellín. Universidad de Medellín. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho. 2010, el cual hace parte del proyecto de investigación "Mecanismos de justicia contractual del contrato de seguros de Colombia" cuyo investigador principal es el Dr. André Felipe Aguilar Aguirre



compañía de seguros que los asume a cambio de una contraprestación en dinero (prima o precio), de tal forma que, ocurrido el riesgo cubierto, la aseguradora pague una indemnización o una suma asegurada previamente acordada.

Es por esto que la actividad aseguradora ha crecido exponencialmente en las últimas décadas convirtiéndose en un contrato bastante común y de frecuente celebración al cual la mayor parte de las personas están vinculadas en sus diferentes modalidades. Con ello, por supuesto, han aumentado los conflictos que se originan entre las partes, principalmente encabezados por los constantes reclamos por parte del asegurado (para los términos de este documento, debe entenderse asegurado en un sentido amplio y genérico pues éste comprende tanto al asegurado mismo como a los tomadores y beneficiarios) a la compañía aseguradora para exigir que sus derechos e intereses jurídicos sean protegidos.

En dicha contención entre aseguradora y asegurado se puede observar que las partes no se encuentran en igualdad material pues, de un lado, la compañía aseguradora ostenta una posición privilegiada ya que es la parte fuerte con ventaja técnica y económica por su mejor y mayor conocimiento de la actividad y por ser quien generalmente decide si contrata o no, esto es, si concluye o no y con quién celebra el respectivo contrato, y en el otro extremo el asegurado, quien posee escaso poder de negociación y en esa medida carece de instrumentos que obliguen a la aseguradora a contratar.

Lo que se pretende es determinar si la acción de tutela es un mecanismo de protección eficaz que le permita al asegurado, en ciertos casos y bajo especiales condiciones, exigir a la aseguradora asumir un riesgo al que se ha negado en razón de su autonomía privada.

### **De la procedencia de la tutela contra particulares.**

No es necesario hacer mayores presentaciones

a la acción de tutela o de amparo (artículo 86 de la Constitución Política en concordancia con el Decreto 2591 de 1991) como mecanismo novedoso y original para la defensa y protección directa de derechos constitucionales de categoría fundamental, sin embargo es menester advertir desde ya, que aunque la procedencia de tutela contra particulares no es la regla general, ésta sí resulta indispensable por cuanto “los derechos fundamentales pueden también ser violados por los particulares y no sólo por autoridades públicas” (Corte Constitucional, sentencia C-134 de 1994).

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia constitucional y la doctrina han previsto tres situaciones bajo las cuales procede la tutela contra los particulares: prestación de un servicio público, grave y directa afectación del interés colectivo y la existencia de estado de subordinación o indefensión, sumado lo anterior, como es obvio, a la vulneración de un derecho fundamental, como ya se advirtió, que los derechos fundamentales pueden ser violados no sólo por autoridades públicas

Se colige que el sustento de la acción de tutela contra particulares es el derecho de igualdad toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones anteriormente enlistadas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular, es decir, “se busca que las relaciones particulares se conduzcan bajo condiciones de igualdad y coordinación” (Corte Constitucional, sentencia T- 100 de 1997, en sentido similar, sentencia T- 251 de 1999 y T- 222 de 2004), es por ello que el Estado debe acudir a la protección de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

Ha definido la Corte Constitucional en sentencia T-661 de 1997 que:

*“la violación al derecho a la igualdad dentro de una relación obligacional se presenta cuando la fijación de las condiciones de existencia y cumplimiento de una obligación de alguna forma queda al arbitrio de uno solo de los obligados o cuando por la actuación que se asigna a*

*una sola de las partes se modifican las condiciones del contrato bilateral, creando una carga adicional y exagerada para las responsabilidades de su contraparte, que desconoce sus intereses y expectativas en los resultados del contrato”.*

Vale agregar que la tutela, en términos generales, se fundamenta en el interés supremo de protección de la dignidad humana, a partir de la cual se define la legitimidad del orden constitucional y se explica la fuerza irradiadora de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, en sentencia T- 227 de 2003 la Corte Constitucional fijó un criterio más preciso para determinar la naturaleza de “fundamental” de un derecho, así: *“será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.*

Esto ha significado un intervencionismo estatal en las relaciones jurídicas entre particulares, y con ello, una limitación a la autonomía privada en la medida en que el juez de tutela puede interpretar, modificar, resolver o dar por terminado e incluso hacer cumplir las obligaciones contractuales si con ello protege un derecho fundamental de un particular en situación de indefensión, inferioridad y subordinación frente a otro.

La anterior afirmación, por temeraria que parezca, encuentra su lógica si se comprende que la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre los contratos celebrados por los particulares pues los derechos fundamentales constituyen un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos. En consecuencia, se reitera, la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos no puede conducir a una arbitrariedad por parte de uno de las partes, máxime cuando con esta conducta se afecte un derecho fundamental del otro<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sobre este punto se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-202 de 2000, T-050 de 1999, T-019 de 1999, T-037 de 1999, T-322 de 1993, T-341 de 1993, y T-416 de 1996.

Ahora bien, para que proceda la acción de tutela es preciso establecer en primer lugar, si se está en presencia de una cuestión iusfundamental, esto es, se debe determinar qué derechos fundamentales se estarían violando y si se trata de derechos fundamentales tutelables y verificar si el contrato los vulnera o amenaza. Sobre este punto es relevante aclarar sobre la pertinencia de la protección mediante tutela de los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto la Corte Constitucional ha distinguido algunas situaciones en las cuales el derecho económico y social adquiere la estructura de un derecho subjetivo, bien sea por la transmutación, por la conexidad con un derecho fundamental o por la afectación del mínimo vital.

Paralelo a lo anterior, se debe mirar igualmente las circunstancias subjetivas de las partes que solicitan el amparo constitucional, pues la procedencia de la tutela respecto de asuntos contractuales se determina por la debilidad manifiesta en que se encuentre una de las partes. Para la Corte Constitucional la situación de indefensión es:

*“Una noción de carácter fáctico que se presenta cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, debido a las circunstancias que rodean el caso, no puede defenderse ante la agresión de sus derechos”* (Corte Constitucional, sentencia T-1008 de 1999).

En segundo lugar, es necesario determinar si el mecanismo de justicia contractual señalado existe o es suficiente para la protección de los derechos fundamentales en juego. Sobre el asunto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“La indefensión se da en aquellas circunstancias en las que el accionante carece de medios jurídicos de defensa o, a pesar de la existencia de éstos, los mismos son insuficientes para contrarrestar la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales”* (Corte Constitucional, sentencia T-288 de 1995), para lo cual el juez debe hacer un análisis relacional en el caso concreto (Corte Constitucional, sentencia T-172 de 1997).

Como puede observarse, la posibilidad de intervención del juez de tutela en los contratos no es absoluta, por el contrario, es excepcional y se restringe a ciertos eventos, principalmente en aquellos en los cuales se verifique una situación de desigualdad inicial en la capacidad de negociación, y la parte afectada se encuentre sin otro mecanismo de protección o con el que cuente no sea suficientemente eficaz.

Los límites a dicha intervención los establece la Corte Constitucional en la sentencia T- 222 de 2004 de la siguiente manera:

*"Cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad comercial se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta.*

*En los contratos o relaciones jurídicas con objeto incompatible con la Constitución, la Corte estima que la posibilidad de intervención del juez constitucional aumenta con el objeto de garantizar que la relación jurídica resulte compatible con la Constitución y los desarrollos de la misma fijados legal y jurisprudencialmente.*

*En los contratos o relaciones jurídicas compatibles con la Constitución pero con desarrollos o consecuencias incompatibles, la relación contractual o jurídica no presenta problemas constitucionales por sí mismos sino que su ejecución conduce a consecuencias incompatibles con el orden constitucional*

*En ambos casos, prima facie no corresponde al juez constitucional entrar a considerar los efectos del contrato, existiendo un juez natural para ello (el juez del contrato o de la relación jurídica), pues es parte de la función judicial garantizar la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. En este caso, en principio sólo cabe acción de tutela en contra de la decisión judicial incompatible con la Constitución, en la medida en que la decisión judicial ha debido considerar la constitucionalidad del contrato o las consecuencias constitucionales del mismo.*

*Sin embargo, en situaciones excepcionales, en las cuales el medio de defensa judicial no resulta eficaz o idóneo para proteger los derechos constitucionales afectados o violados por la ejecución (sea cumplimiento o interpretación) del contrato, es posible demandar la intervención directa del juez constitucional, por vía de tutela."*

Lo anterior se puede complementar con lo expuesto en sentencia T-202 de 2000, así:

*"El grado de intervención del juez constitucional depende, por entero, de la manera en que se verifica la violación o amenaza de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Si tal amenaza o violación surge de manera directa de alguna de las cláusulas contractuales, se ha de admitir una intervención más intensa, mientras que si se trata de consecuencias inconstitucionales derivadas del ordinario cumplimiento del contrato, la intensidad disminuye y la carga probatoria y argumentativa exigible al demandante aumenta.*

*Lo anterior se explica por el balance entre la libertad de contratación y los restantes derechos constitucionales en juego. La efectiva protección de la libertad de contratación demanda que las personas tengan claros los límites a su ejercicio. Sólo de esta manera es posible que el ejercicio de esta libertad se despliegue con todo el vigor que le es propio. De ahí que la intervención del juez constitucional se admita con mayor intensidad para controlar las condiciones de contratación, pues con ello se logran mayores niveles de certeza sobre los mencionados límites. Por el contrario, el control sobre las consecuencias de los contratos o sobre dificultades que se originan en su cumplimiento, la efectividad de la libertad contractual depende de la seguridad jurídica que el sistema otorga al cumplimiento de los contratos. Así, el balance, en este punto, supone que en principio ha de privilegiarse la estabilidad jurídica del contrato. De otra manera, si el contrato o la relación jurídica en sí mismas no suponen problemas constitucionales, su cumplimiento generalmente tampoco genera problemas de tal índole. Por lo tanto, sólo claros y patentes casos de amenaza o violación de derechos fundamentales derivados de la ejecución de un contrato pueden justificar la intervención del juez constitucional."*

En síntesis, podrá el particular acudir a la acción de tutela para dirimir un conflicto contractual si ante el incumplimiento de la obligación resultan perjudicados derechos fundamentales de una de las partes en situación de inferioridad o subordinación y no contare con un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para su protección. Cumplidas estas condiciones podrá el juez de tutela conocer del caso y tomar la decisión pertinente.

Lo expuesto obedece al fenómeno denominado la constitucionalización del Derecho Privado

que se presenta, entre otras, por un fenómeno más complejo, cual es el desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado, lo que demanda la protección de los particulares frente a cualquier clase de poder social. En este sentido puede observarse cómo la tendencia a la protección de la parte débil en el contrato y la consecución de intereses sociales y económicos dignos de tutela como fines contractuales, ha publicado los vínculos negociales.

Lo anterior implica para los particulares, como carga a su autonomía privada, mayor diligencia y cuidado en la creación, modificación y terminación de sus actos jurídicos, esto es, mayor conocimiento del ordenamiento jurídico al incluir dentro del concepto de orden público el bloque de constitucionalidad. Resulta además lo anterior una garantía para las partes de la protección a sus derechos constitucionales, entre los que están, como ya se advirtió, la misma autonomía privada, así como mayor integración y plenitud del ordenamiento jurídico, lo cual exige actos jurídicos constitucionales y conforme a los principios generales del Derecho.

### **La tutela como mecanismo de protección del asegurado.**

Ahora bien, en este punto cabe preguntar si la acción de tutela es un mecanismo de protección del asegurado. En primer lugar, la Corte Constitucional ha encontrado en varias oportunidades que en el contrato de seguro se presenta situación de indefensión, inferioridad y subordinación del asegurado frente a las compañías aseguradoras y que éstas con ocasión del contrato vulneran los derechos fundamentales del asegurado.

A continuación se enuncian algunos ejemplos jurisprudenciales de procedencia de tutela contra compañías aseguradoras:

En la sentencia T-032 de 1998 se concedió el amparo y se ordenó a la aseguradora a cubrir con un tratamiento médico negado al asegurado, claro

está que como mecanismo transitorio, por estar de por medio el derecho a la salud en conexidad con la vida de la actora frente a la aseguradora, no obstante fuese un litigio contractual.

En esta misma *ratio decidendi*, la sentencia T-118 de 2000 la Corte Constitucional encontró procedente la tutela contra una aseguradora que se negó a cubrir un tratamiento médico aduciendo preexistencia de la enfermedad, caso en el cual, *"si bien la Corte encontró que la entidad no prestaba un servicio público, que su actividad no afectaba gravemente el interés colectivo, ni existía una relación de subordinación, consideró que sí se presentaba indefensión frente a la aseguradora"* e involucraba la protección de un derecho fundamental.

Al igual que en los casos anteriormente expuestos, en la sentencia T-171 de 2003 procedió la acción de tutela contra una entidad aseguradora por presentarse indefensión pues "se muestra como manifiesta en este caso la indefensión de la accionante, la cual tiene lugar cuando la persona afectada no está en condiciones de dar una respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de sus derechos fundamentales. En efecto, la demandante no tiene la posibilidad de oponerse de manera eficaz a la actitud de la compañía, de la que se desprendería la afectación de los derechos fundamentales invocados, por cuanto la negativa de dar un visto bueno para la cirugía requerida, implicaría la imposibilidad de practicarla hasta tanto el asunto no fuese definido en un proceso judicial, lo cual dado el estado de salud de la accionante resultaría gravemente lesivo, o le impondría la necesidad de acudir al POS, circunstancia que privaría de sentido al contrato de seguro".

Posteriormente, en la sentencia T-1118 de 2002, la Corte Constitucional analizó el caso de una tutela interpuesta contra una aseguradora que se había negado a suscribir un contrato de seguros con un grupo de discapacitados en razón de su condición, y ordenó el otorgamiento de la póliza. En dicha sentencia, la Corte Constitucional precisó que el derecho privado por el cual se

rigen las aseguradoras encuentra su límite en los parámetros constitucionales cuando entre el solicitante del seguro y la compañía aseguradora existe una relación asimétrica. Es por esto que uno de los límites constitucionales que se aplica cuando tal tipo de relación se presente es, según la Corte, el del respeto al derecho a la igualdad, en su manifestación de no discriminación. Dijo la Corte Constitucional:

*"Una interpretación de las normas legales que rigen la actividad aseguradora de conformidad con la Constitución permite concluir que las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas. Dada la relación de indefensión de este grupo humano frente a los intereses del mercado de seguros, es claro que las personas con discapacidad pueden exigir de las aseguradoras el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades.*

*En consecuencia, la demandada no podía ampararse en una facultad legal legítima para negarse a cotizar el costo de la respectiva póliza sin violar con ello el principio de igualdad al incurrir en una discriminación por razón de la condición de discapacidad. Tampoco puede negarse a otorgar la póliza por la razón por ella invocada: "las características del grupo de personas". Esta es una razón abiertamente discriminatoria."*

Igualmente, en la Sentencia T-1165 de 2001 procedió la tutela interpuesta contra una aseguradora que se negó a vender una póliza de seguro de vida a los actores por ser portadores asintomáticos de VIH. En este caso la Corte Constitucional concedió el amparo por existencia de indefensión de los demandantes quienes "ven frustrados sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida" y por el carácter de interés público de la actividad aseguradora.

El anterior fallo pone en evidencia otro tema de trascendental e ineludible tratamiento en el análisis: la actividad aseguradora es, por mandato constitucional (artículo 335 de la Constitución Política), de interés público, por lo

que corresponde al Estado realizar una actividad intervencionista encaminada a generar seguridad, confianza y transparencia en el desarrollo del mercado financiero, asegurador y de valores, tarea que cumple el Congreso a través de la expedición de la ley marco (artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política) que regula las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el Presidente de la República a través de las funciones de inspección, control y vigilancia que ejerce a través de la Superintendencia Financiera (artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política) y los jueces constitucionales.

Desarrollo del precepto gramatical aludido, se expide, entre otras, la ley 35 de 1993, norma en la cual se establecen los objetivos de la intervención del Gobierno Nacional en la actividad aseguradora, señalando como tales los siguientes y admitidos así mismo por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 1994:

- a. El desarrollo de la actividad aseguradora debe estar en concordancia con el interés público.
- b. En la actividad aseguradora se debe tutelar los intereses de los usuarios/ asegurados.
- c. Las compañías aseguradoras deben tener un patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia.
- d. Las operaciones de las aseguradoras se deben realizar en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.
- e. Se debe promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las aseguradoras bajo condiciones de equidad y equilibrio.
- f. Es necesario democratizar la actividad para evitar la excesiva concentración del riesgo.

Por lo anterior, es claro el por qué de la intervención estatal en el contrato de seguro y la especial

protección que merece el asegurado, razón que autoriza adicionalmente al juez constitucional de intervenir en la relación contractual establecida entre aseguradora y asegurado en procura de la protección de los derechos fundamentales de éste, quien se encuentra en situación de indefensión, inferioridad y subordinación frente a aquélla.

### Limitación de la autonomía privada de la compañía aseguradora como mecanismo de protección del asegurado.

La autonomía privada es el poder jurídico mediante el cual el Estado faculta a los particulares a autorregularse, autogobernarse y autorresponsabilizarse en la esfera privada patrimonial mediante la celebración, modificación o extinción de negocios jurídicos con efecto normativo entre las partes, tal cual como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y 824 del Código de Comercio.

Dicha facultad no es más que la manifestación del derecho fundamental de la libertad y así mismo su mayor expresión consiste precisamente en la libertad negocial o contractual, es por ello que, como lo indica el profesor Carlos Fernando Gómez Vásquez (2009), "la autonomía privada es el género y la libertad contractual es su especie más importante. Así como la autonomía privada es principio general del derecho civil patrimonial, la libertad contractual lo es del derecho de contratos".

En particular, la libertad contractual se expresa de diferentes formas, en relación con la etapa negocial en la que se encuentre. Dichas manifestaciones, en resumen, son:

1. Libertad de conclusión del contrato, por la cual se forma el consentimiento o acuerdo de las partes así como se opta por quién será la contraparte.
2. Libertad de elección del tipo contractual, mediante la cual las partes eligen dentro del catálogo de contratos típicos el que más le satisfaga sus necesidades o crear una nueva

figura contractual.

3. Libertad de configuración del contenido del contrato, en ejercicio de ésta las partes señalan el contenido, cláusulas, plazos, condiciones, etc.
4. Libertad de forma, que permite a las partes, dentro del principio de consensualidad, elegir el instrumentos de expresión del contrato, bien sea verbal o por escrito público o privado.
5. Libertad de celebrar el contrato por sí mismo o por medio de representante.
6. Libertad de elección de los mecanismos de solución de las controversias contractuales.
7. Libertad de modificación y extinción del contrato.

En este orden de ideas, el primer derecho que ampara la Constitución Política en relación con los tomadores es la autonomía privada pues *in genere* la Constitución la reconoce y este principio no es ajeno, en lo absoluto, a la actividad aseguradora.

Ha definido la Corte Constitucional en la sentencia T-517 de 2006 que "la autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial (...) y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas"; en esta dirección cómo dudar que el asegurado al celebrar un contrato de seguros está decidiendo sobre la protección de su patrimonio en riesgo ante la realización de eventuales siniestros sobre los cuales desea ser amparado y para lo cual paga como contraprestación la prima, esto es, el asegurado se obliga frente a la aseguradora para que ésta satisfaga a cambio de un pago una necesidad propia del asegurado.

En la actualidad, este principio pilar ancestral del Derecho Privado, reviste una importancia trascendental pues, como ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente referida, que la autonomía privada "tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta". Al respecto se refirió el Alto Tribunal Constitucional así:

Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (artículo 58 de la Constitución Política) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (artículo 14 de la Constitución Política); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (artículo 16 de la Constitución Política); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (artículos 38 y 39 de la Constitución Política); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (artículo 42 de la Constitución Política); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (artículo 333 de la Constitución Política) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (artículo 333 de la Constitución Política).

En síntesis y en voces de la Corte Constitucional, la autonomía privada "es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional".

Y así como la autonomía privada ha sido reconocida y amparada por la Carta Constitucional, también ha sido igualmente limitada principalmente por el orden público (del cual hace parte, por supuesto, el bloque de constitucionalidad y los principios jurídicos que rigen el Derecho Privado) y las buenas costumbres, en procura de garantizar relaciones jurídicas justas, iguales, libres y solidarias, particularmente si la autonomía privada sólo resulta predicable de una de las partes y dicho poder se traducirse en abuso o daño de la parte débil, cuya autonomía privada pasa a ser puramente formal.

Como la doctrina ha destacado, la autonomía privada no se agota en la libertad contractual (lo cual no las hace sinónimas, como ya se indicó) sino que, en tratándose del ámbito patrimonial, abarca desde las anteriores tratativas preliminares y el

período pre- negocial, manifestándose con toda su fuerza en la configuración y conclusión del negocio jurídico, agotándose finalmente en la etapa pos-negocial.

Y es en este orden en el cual, en primer lugar, la Corte Constitucional ha protegido al tomador frente a la aseguradora en el entendido que ha indicado que en ocasiones no podrá la compañía negarse a asegurar a un particular, no obstante la autonomía privada que ambas partes ostentan y que en atención al artículo 1056 del Código de Comercio en concordancia con la ley 45 de 1990 la aseguradora no está obligada a contratar (a excepción del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, entre otras salvedades legales), y puede elegir los riesgos que está dispuesta a asumir a través de una póliza y por tanto tiene la posibilidad de negarse a su arbitrio a celebrar un contrato de seguros en particular y no asumir sus riesgos correlativos. Es claro entonces cómo para concepto de la Corte Constitucional se debe proteger la autonomía privada para el asegurado y se limita para la aseguradora pues ésta no podrá negarle a aquél el aseguramiento.

Lo anterior fue argumentado por el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-375 de 1997 en el siguiente sentido:

*"Como la sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compite en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora, con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (artículo 989 del Código de Comercio). Por su parte, la*

*oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (artículo 848 del Código de Comercio)."*

La primera razón por la cual la autonomía privada de la aseguradora está limitada en el sentido anteriormente descrito (evento en el cual deberá de todas formas suscribir la póliza que se ha negado suscribir) es precisamente la situación de indefensión en la que se encuentra el tomador.

En efecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia T-516 de 2007 (en la cual a la actora como parte civil en un proceso penal se le negó por parte de tres compañías aseguradoras la póliza que le sirviera como caución para el decreto de las medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes del tercero civilmente responsable que, por cierto, era precisamente una compañía aseguradora, como garantía para el pago de la eventual indemnización por los perjuicios ocasionados) en relación con el estado de indefensión, en virtud que:

"(i) Al utilizarse el criterio de autonomía de la voluntad y libertad contractual como argumento único para no conceder el seguro, no hay razón susceptible de ser cuestionada ante autoridad administrativa o judicial de control. No constituyendo el arbitrio de las entidades accionadas un argumento desvirtuable ante entidad administrativa o judicial, la Corte observa que se presenta un primer factor de indefensión.

(ii) El hecho de que la actora haya acudido no sólo a una sino a tres compañías aseguradoras para la compra de la póliza y en todas se le haya negado la expedición de ésta implica un debilitamiento de la posición de la demandante y evidencia un acuerdo entre las mismas. En efecto, se estaría enfrentando el conjunto de las aseguradoras contra la demandante teniendo un mayor peso el primero. Lo anterior deriva en que los medios de defensa con los que cuenta la actora sean inservibles ante el gremio asegurador.

(iii) Las aseguradoras accionadas y los jueces de instancia consideran que el hecho de que la actora pueda prestar caución dentro del proceso a través de otras modalidades como caución en dinero, caución real y caución bancaria implica que la tutela es improcedente por existir otros mecanismos de defensa. La Sala evidencia que en tal afirmación hay un error lógico en la medida en que lo que el juez debe constatar es que exista otro mecanismo a través del cual se pueda cuestionar la actuación que se considera vulnera los derechos fundamentales. Con el pago de ninguna de las formas de caución enunciada se garantiza que la conducta consistente en la no venta del seguro pueda ser analizada por un funcionario judicial o administrativo. El hecho de que la actora tenga la eventual posibilidad de prestar caución por otros medios no implicaría nada diferente a que se pudieran materializar los eventuales embargos sobre los bienes de la entidad aseguradora demandada en el proceso de parte civil."

Por otro lado, el juez constitucional está autorizado a limitar la autonomía privada de la aseguradora y evitar así que éstas se nieguen arbitrariamente a suscribir una póliza, teniendo en cuenta la función social a la que está avocada, en general, la actividad empresarial y el específico interés público de la actividad aseguradora (la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado con vehemencia dicha vocación en las sentencias C-940 de 2003, C-269 de 1999, y T-057 de 1999), por lo tanto, "*esta actividad debe buscar el bienestar general*" (Corte Constitucional, sentencia SU-157 de 1999) cimentado en los fines que como operación económica persigue y en la protección de la parte más débil –asegurado y beneficiario– de la relación contractual para que reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. No puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión. Esto es, cuando en un conflicto contractual entre aseguradora y asegurado está de por medio consideraciones de interés general, podrá el juez constitucional

intervenir para conservar la prevalencia del interés general o público, habida cuenta que es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política.

Es por ello que se permite establecer límites a la autonomía privada en materias declaradas constitucionalmente como de interés público pues si bien la autonomía privada permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (artículos 1 y 333 de la Constitución Política).

Al efecto, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-269 de 1999 que:

*"La actividad de los seguros, aun cuando forma parte del derecho privado y del comercial, ofrece aspectos que no corresponden exactamente a los principios que caracterizan estos ordenamientos. Uno de ellos, y especialmente en cuanto interesa a la materia bajo examen, se refiere a la intensidad de la regulación legal de la contratación propia de los seguros, que por tratarse de un actividad calificada por el constituyente como de interés público, habilita al legislador para regular en mayor grado los requisitos y procedimientos a que deben ceñirse los contratantes, sin que ello signifique que se eliminen de un todo principios inherentes a la contratación privada."*

No se puede olvidar que la empresa, como base del desarrollo, además de ostentar una libertad económica tiene también una función social que implica obligaciones. Es por ello que el ejercicio de la actividad comercial no se puede mirar solamente en términos del sujeto individual sino también de la economía en general pues la satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. Ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-057 de 1999 que:

*"La empresa se expresa en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse*

*únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa."*

En todo caso, lo que se pretende evitar son las prácticas abusivas, es decir, como ha definido la Corte en sentencia T- 375 de 1997 como el "obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehusa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí", abuso de la posición dominante al que recurren las aseguradoras, amparadas en su autonomía privada, la cual en ningún momento puede considerarse como absoluta, tal y como ya se ha advertido, pues, como se evidencia en la práctica, las compañías aseguradoras "no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos", por lo cual se hace necesario la intervención del juez constitucional "para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador" (Corte Constitucional, sentencia T-057 de 1995) y procurando evitar el abuso de la posición dominante y garantizar, simultáneamente, la posibilidad de hacer efectiva la autonomía privada.

Otro de los motivos de limitación no podría ser más que la protección de los derechos fundamentales del asegurado en el sentido en el que si la negativa de una compañía aseguradora resulta discriminatoria y con ello violatoria de la dignidad humana del solicitante de la póliza, aquélla no se podrá negar a contratar con éste, tal y como se evidenció en el caso de los tomadores portadores de VIH referido con antelación. Es por lo anterior que la autonomía privada de la aseguradora no puede constituirse en

un abuso de su posición en detrimento de los derechos del solicitante.

Por último, el deber de solidaridad social (artículo 95 numeral 2° de la Constitución Política) también se erige como limitante a la autonomía privada de la aseguradora por el cual se debe “ceder de recursos propios para el cubrimiento de las necesidades básicas de un tercero” (Corte Constitucional, sentencia T-550 de 1994). Señaló la Corte al respecto en sentencia T-517 de 2006:

*“La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (artículo 95 numeral 2° de la Constitución Política), también es un principio fundamental (artículo 1° de la Constitución Política). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.”*

Ejemplo de lo anterior lo constituye las sentencias T-520 de 2003 (en la cual un ciudadano liberado de un secuestro estaba siendo ejecutado por la entidad bancaria con la cual se encontraba en mora por una deuda contraída con antelación a su privación de la libertad), T-170 de 2005 (caso en el cual una pareja de cónyuges portadores de VIH, desempleados y con cuatro hijos, contra los cuales una entidad financiera había adelantó un proceso ejecutivo hipotecario sin atender la situación de debilidad manifiesta en la cual éstos se encontraban, frente a lo cual la Corte ordenó suspender el proceso ejecutivo durante 60 días, tiempo durante el cual la entidad financiera debía refinanciar el crédito atendiendo a la situación de los actores) y recientemente T- 312 de 2010(en similar sentido de la primera pero la deudora es una persona desplazada de la violencia).

Con fundamento en lo anterior podría el juez vía tutela ordenarle a un particular que auxilie o ampare de otro particular por la necesidad de protección de un derecho fundamental de éste. Es por esto que las aseguradoras, en cumplimiento del deber de solidaridad, no pueden alegar de manera exclusiva el ejercicio de la autonomía privada para la no venta de tal seguro.

En síntesis, si bien las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no pólizas de seguros, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por consideraciones subjetivas o que no respondan a criterios de razonabilidad o proporcionalidad pues ante todo, cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales, deben prevalecer éstos. Por tanto, no es aceptable a la luz de los derechos fundamentales que la negativa a expedir una póliza se motive o se fundamente exclusivamente en la autonomía privada o tenga como causa criterios no objetivos, no razonables o subjetivos.

## Referencias

- Bohórquez, A. (2005). De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Volumen 3. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá.
- Carranza, C. y Oviedo, J. (2005). Estudios de Derecho Privado Contemporáneo: Contratos. Teoría General. Contratación Predispuesta, de consumo y financiera. Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo, 2005.
- Galvis, S. (2001) La protección a tomadores y asegurados. En: Evolución y perspectivas del contrato de Seguro en Colombia (1971- 2001). Acoldese. Bogotá, 2001.
- Jaramillo, C. I. La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el Derechos de Seguros Contemporáneo: examen descriptivo. En: Revista Ibero- Latinoamericana de Seguros N° 15. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA- CILA, FIDES.
- Laguado, C. A. Presupuestos de un sistema de control



de las condiciones generales del contrato de seguro. En: Foro de Derecho Mercantil. Legis. Bogotá, 2004.

López, H. F. Comentarios al Contrato de Seguro. 4 ed. Dupré. Bogotá: 2004.

Ordoñez, A. E. Lecciones de Derecho de Seguros N° 1: Cuestiones generales y caracteres del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

Ossa, E. Teoría General del Seguro: El Contrato. Bogotá: Temis, 1988.

Stiglitz, R. S. (1998). Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Abeledo- Perrot. Buenos Aires.

Velásquez, M. (2004). Divagaciones alrededor del Seguro. 2 ed. Medellín: Señal Editora.

Yépes, S (2000). Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿Validez de las claims made en el seguro de responsabilidad civil? En: Responsabilidad Civil y del Estado N° 8. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Librería Jurídica Sánchez, Medellín.

*Forma de citar: Cardoso Arango, C. (2014). La limitación de la autonomía privada de las compañías aseguradoras como mecanismo de protección del asegurado. CES Derecho, 5(1), 94-105*

