

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA. EVIDENCIA DE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO

INSURANCE CONTRACT LAW IN SPAIN. RECENT AND STILL-PENDING LEGAL REFORMS

ESTEBAN ISAZA RAMÍREZ¹

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

e.isaza11@uniandes.edu.co

RESUMEN: A partir de un marco conceptual que da cuenta de cómo se han formado distintas globalizaciones del derecho y el pensamiento jurídico, se muestra cómo el entendido sobre el Derecho Privado ha cambiado en el tiempo y cómo esto ha determinado la evolución del derecho de seguros, en especial del contrato de seguros, en Colombia. Así, la historia que cuenta este artículo inicia a comienzos del siglo XX y muestra cómo la autonomía de la voluntad y el libre mercado determinaban el derecho de seguros; sigue y aborda la segunda globalización, caracterizada por la primacía de los intereses sociales y el intervencionismo estatal, y evidencia cómo estos formaron una nueva versión con un mercado asegurador regulado y un contrato reglado en un nuevo Código de Comercio; finaliza con la tercera globalización, la cual se analiza a partir de la constitucionalización, considerado como el fenómeno que la caracteriza, y a partir de ella, contrastan las construcciones que la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y la Corte Constitucional de la República de Colombia han hecho para determinar las obligaciones de las partes en la formación del estado del riesgo asegurable.

PALABRAS CLAVE: Globalización del pensamiento jurídico, constitucionalización, derecho de seguros, contrato de seguros, declaración del estado del riesgo.

ABSTRACT: Based on a conceptual framework that shows how different globalizations of law and legal thought have occurred, it is shown how the understanding of Private Law has changed over time and how the evolution of Colombian insurance law has been determined by that. Thus, the story that this article tells us begins at the beginning of the 20th century and shows how the Liberty of Contract and the free market determined the right of insurance; follows and addresses the second globalization, characterized by the primacy of social interests and state interventionism, and shows how they formed a regulated insurance market and a regulated contract in a new Commercial Code; ends with the third globalization, which is analyzed from the constitutionalisation considered as the phenomenon that characterizes it, and from it, contrast the constructions that the Supreme Court of Justice of the Republic of Colombia and the Constitutional Court have done to determine the obligations of the parties in the formation of the insurable risk state.

KEY WORDS: Legal thought globalization, constitutionalisation, insurances law, insurances contract, insurable risk state. Insurance Law, Insurance contract, Law Reform and Reform Proposals.

¹ Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y candidato a doctor en derecho de la Universidad de los Andes. e.isaza11@uniandes.edu.co

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. QUÉ ENTENDER POR “DERECHO PRIVADO”. CAMBIOS CONCEPTUALES DESDE LAS GLOBALIZACIONES DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS.- III. EL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA, UNA CONSTRUCCIÓN DESDE EL PENSAMIENTO JURÍDICO CLÁSICO Y LO SOCIAL.- 1. La regulación de la actividad aseguradora.- 2. El contrato de seguro, su tránsito en las globalizaciones jurídicas.- IV. LA TERCERA GLOBALIZACIÓN. UNA MIRADA A PARTIR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.- 1. ¿Qué es la constitucionalización del Derecho privado?- 2. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Los fundamentos de la constitucionalización directa del contrato de seguro.- 2.1. La actividad aseguradora, un servicio público.- 2.2. El contrato de seguro como fuente de indefensión.- 2.3. La idoneidad de la tutela. Modulación de la subsidiariedad.- V. EL PAPEL DE LA ASEGURADORA EN LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO. ENTRE LA ADOPCIÓN DE LA TERCERA GLOBALIZACIÓN Y UNA REAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS.- 1. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Marcos del Derecho privado.- 2. La intervención de la Corte Constitucional y la constitucionalización del contrato de seguros.- 2.1. Preexistencias en los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud.- 2.2. Reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.- 2.3. ¿Hay una efectiva constitucionalización en el contrato de seguro?- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Este artículo pretende mostrar cómo los discursos de las distintas globalizaciones del pensamiento jurídico han influido en el derecho de seguros, con especial atención en el contrato de seguro y las obligaciones de las partes en la determinación del estado de riesgo del interés asegurable. Para ello cuestiona el entendido tradicional del Derecho Privado, mostrándolo como un concepto vacío que se define de acuerdo al momento histórico y los intereses regentes, como lo son la prevalencia de la autonomía de la voluntad y el libre mercado, el intervencionismo estatal y la primacía constitucional. Así llega a la constitucionalización y los efectos que esta ha tenido en la apreciación del sistema jurídico, del Derecho Privado y del contrato de seguros.

Este texto se motivó en lo escandalosas que han resultado algunas de las intervenciones de la Corte Constitucional en asuntos considerados de Derecho Privado dentro del contexto jurídico colombiano, tal como lo son las disputas contractuales que vinculan a aseguradoras y tomadores, asegurados y beneficiarios, con las que han establecido cambios sustanciales sobre las normas previstas por el legislador, lo que, por ejemplo, se evidencia cuando la Corte Constitucional ordena

el cumplimiento de una prestación que ha prescrito según la ley vigente².

Ahora bien, en el desarrollo de este texto se encontrarán dos metodologías que le construyen el hilo conductor. En general este texto sigue la periodización del pensamiento jurídico propuesta por Duncan Kennedy³ en el texto “Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1850-2000”, publicado originalmente en “The new law and economic development”⁴ y traducido al español por Jorge González Jácome; a partir de el, se evidencia cómo el contrato de seguro en Colombia sigue el mismo camino que del Derecho Privado y el discurso jurídico. Ya en la tercera globalización se sigue la idea de constitucionalización propuesta por Juan Jacobo Calderón Villegas⁵ en el texto “La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia”. Por lo anterior es que términos como Pensamiento Jurídico Clásico o Constitucionalización Adecuada son parte de los pilares de esta propuesta.

Por otro lado, aunque hay parte de este trabajo que se puede leer en términos universales, ciertamente está escrito a partir del contexto político y jurídico colombiano. Así entonces asuntos como la organización política y las discusiones que rondan la competencia de la Corte Constitucional frente a otras corporaciones como la Corte Suprema de Justicia e inclusive el Congreso de la República, son parte del “background” de este texto.

Así entonces, primero se aborda la evolución del Derecho Privado, para lo que se exponen las tres globalizaciones y las implicaciones que tienen sobre este concepto. Segundo, cómo el derecho de seguros colombiano se ha visto influenciado por los discursos jurídicos y económicos de cada una de las globalizaciones, pero en el caso del contrato de seguro sólo se evidenciaran los cambios suscitados por las dos primeras, pues más adelante se abordará el efecto de la tercera globalización. Tercero, a partir de la constitucionalización del contrato de seguro se abordará aquella, por lo que se expone dicho fenómeno y cómo ha es que el derecho de seguros, compuesto por la actividad aseguradora y el contrato de seguro, se han vuelto objetos de el. Cuarto, por último se abordará una de las líneas que más desarrollo ha tenido en la jurisprudencia constitucional que es la referente a las

² En la sentencia T-272/15 (Mp. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte Constitucional ordena a La Previsora S.A., aseguradora del Estado colombiano, que reconozca y pague el monto de una indemnización cuya reclamación se había realizado después de haberse configurado la prescripción de la acción directa. El caso enfrenta la realidad del conflicto armado colombiano y la situación de la población desplazada con los intereses patrimoniales protegidos por la prescripción extintiva, tal como lo es la propiedad y la seguridad jurídica.

³ KENNEDY, D.: *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1950-2000*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

⁴ TRUBEK, D./ SANTOS, Á.: *The new law and economic development: a critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁵ CALDERÓN VILLEGAS, J.: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

preexistencias, la reticencia, la inexactitud y la declaración del estado del riesgo en los seguros de personas, con lo que se evidencian las construcciones jurisprudenciales hechas a partir de los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, para evidenciar en lo que consiste la constitucionalización y cómo está determinada por los rasgos que definen la tercera globalización.

II. QUÉ ENTENDER POR “DERECHO PRIVADO”. CAMBIOS CONCEPTUALES DESDE LAS GLOBALIZACIONES DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS.

La expresión Derecho Privado (DP) se emplea para definir un conjunto de normas, una metodología y una serie de conceptos que lo diferencian de otras “áreas del derecho”, en la medida que aquella regla las relaciones entre particulares. Sin embargo tanto la idea de DP como sus presupuestos son cuestionados por la teoría jurídica⁶ en trabajos en los que muestran cómo se dio su construcción, a cuáles intereses responde y cómo se han gestado los procesos que han derivado en su evolución, en la medida que dan cuenta de la una relativa autonomía del derecho.

Así pues, el DP es el resultado de un discurso o un proceso de construcción con el que se crea un espacio regido por el individualismo, la justicia conmutativa, la igualdad formal, la autonomía de la voluntad y la no intervención del Estado, que queda relegado a garantizar la efectiva protección de los derechos subjetivos. Este sub-sistema normativo expone un compromiso político con el capitalismo moderno, lo que determina el énfasis hecho sobre estos derechos, los contratos y la responsabilidad civil⁷.

Entonces, así como las justificaciones de la propiedad privada, el discurso que fundamenta el DP lo vincula a una suerte de derecho natural. Si se miran posiciones como las de Locke⁸ y Demsetz⁹, tal como lo relata Rose¹⁰, la propiedad privada resulta ser algo inherente al hombre y por lo tanto no puede separarse de él o negársele, de ahí que sea un derecho universal e inmemorial, tal como si su origen se

⁶ Al respecto, GORDON, R.: “Critical Legal Histories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1368, 1984: da cuenta de las aproximaciones al derecho que lo consideran como un producto político, histórico, económico, entre otras opciones, y permite comenzar a plantear nuevas perspectivas compuestas por una mirada interna y externa del objeto de estudio.

⁷ SAMUEL, G.: “Derecho romano y capitalismo moderno”, en AA.VV.: *La invención del derecho privado*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2006.

⁸ LOCKE, J.: *Ensayo del gobierno civil*, Aguilar Editor, Madrid, 1983.

⁹ DEMSETZ, H.: “Hacia una teoría de los derechos de propiedad”, 1967. (<http://www.eumed.net>)

¹⁰ ROSE, C.M.: “Property as storytelling: Perspectives from game theory, narrative theory, feminist theory”, *Faculty Scholarship Series*, 1990.

encontrara en el mismo punto de nacimiento de la civilización¹¹. Así, el DP se ha vinculado a la naturaleza humana y se ha conceptualizado a partir de un estudio racional del derecho romano, sin atender a que es realmente una construcción cultural, tal como lo expone Monateri¹².

Ahora bien, en la medida que el DP es un objeto cambiante, es importante encontrar un marco que determine tal proceso, para ello Kennedy¹³ hace un recuento de las globalizaciones en el pensamiento jurídico y en ellas muestra la evolución del DP a través del tiempo. Para esto, da cuenta de los intereses dominantes en tres periodos de tiempo y cómo se construyen ideas y discursos que los desarrollan y determinan a las instituciones jurídicas. Para él son tres los movimientos de globalización, el primero se define por el Pensamiento Jurídico Clásico (PJC), el segundo por los intereses sociales, y el tercero por la primacía de los derechos humanos.

El PJC, o primera globalización, tuvo lugar entre 1850 y 1914¹⁴ y se caracterizó por “la fuerte coherencia estructural interna basada en tres rasgos: la exhaustivamente elaborada distinción entre lo público y lo privado, el individualismo y el compromiso con el formalismo interpretativo”¹⁵, lo que se veía claramente en el conjunto de ideas que formaban la teoría de la Autonomía de la Voluntad, cuyo propósito era proteger los derechos subjetivos de las personas para que sus deseos se materializaran, sin otro límite que el derecho de los demás a hacer lo mismo.

Aunque en ese periodo se dan las bases para las posteriores globalizaciones, el PJC es un producto marcadamente conservador, comprometido por establecer y mantener un modelo político liberal y garantizar el libre mercado, y justificado a partir de razones que no se consideran políticas tal como lo son el derecho natural y el racionalismo jurídico. Así es la noción de DP descrita anteriormente se entiende como producto del PJC y por lo tanto, responde a los compromisos de este.

La segunda globalización está intervenida por los intereses sociales. Según Kennedy comienza en 1900 y aunque para la segunda guerra mundial ya se había diluido, influenció las estrategias de desarrollo económico en el tercer mundo hasta la década de 1960. Esta globalización cambia el esquema individual del pensamiento

¹¹ De acuerdo a esta idea, es interesante ver como para Locke la propiedad privada tiene una justificación divina y se logra a través del trabajo del hombre; mientras para Demsetz los sistemas de propiedad privada son el resultado de la simple evolución de las relaciones humanas.

¹² MONATERI, P.: “Gaius el negro”, en AA.VV. *La invención del derecho privado*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2006.

¹³ KENNEDY, D.: “Tres globalizaciones”, cit.

¹⁴ Del periodo identificado, Kennedy señala que fue F.K. Von Savigny el precursor e iniciador del PJC, sin embargo, los rasgos que describen esta globalización se presentan de forma muy insipiente, por ejemplo DOMAT, J.: *Las Leyes Civiles y su Orden Natural*, ABC editores, Bogotá, 2015. Aunque este es un trabajo que antecede al Código Civil de Napoleón, permite identificar un culto a la voluntad privada, así como a la propiedad privada y su origen Divino y atemporal.

¹⁵ KENNEDY, D.: “Tres globalizaciones”, cit. p. 35.

jurídico por el pluralismo derivado del reconocimiento de distintos grupos dentro de un mismo cuerpo social, como es el caso de los trabajadores. Así también, se apropia de un discurso del “derecho vivo” mientras deja de lado la objetividad y anacronismo del PJC, por lo que tiene en cuenta las dinámicas normativas de los colectivos para responder a los nuevos intereses jurídicos representados en los derechos sociales.

Este segundo periodo presenta a un Estado interventor que desconoce la separación conceptual entre lo privado y lo público, con lo que cambia por completo los presupuestos del PJC y con ello el entendido del DP, que comienza a verse influido por ideas sociales que derivan en límites a la autonomía de la voluntad y preocupaciones por la real igualdad de las partes dadas las distintas condiciones sociales. Estos cambios le dan contexto a ideas de importantes doctrinantes, considerados de obligatorio estudio, como lo son Duguit¹⁶, al dar cuenta de las transformaciones del DP a partir de la función social, Josserand¹⁷, que señaló los límites de los derechos subjetivos y cómo se configura su abuso, y Ferri¹⁸, quien ahondó en los límites de la autonomía propuestos a partir de las normas jurídicas.

En el caso colombiano, es en medio de la superación del PJC que se comienza a construirse la doctrina jurídica del DP. González Jácome¹⁹ muestra cómo en las obras de Fernando Vélez, Eduardo Rodríguez Piñeres, y Antonio José Uribe y Edmon Champeau la idea de “lo social” se evidenciaba en los límites establecidos a dos de los pilares del DP: la propiedad privada y la autonomía de la voluntad. Esto se detalla en las posiciones jurisprudenciales y dogmáticas tomadas en las discusiones sobre el carácter confiscatorio de algunos impuestos, y el alcance del orden público y de las buenas costumbres en el proceso de formación y perfeccionamiento de los contratos.

Finalmente, la tercera globalización comienza en 1945. En este último periodo conviven elementos que han transitado por los dos anteriores y ahora se encuentran como complementarios, tales como el nuevo formalismo, derivado de la sistemática coherente del positivismo jurídico del PJC y la ponderación o proporcionalidad sacada de las construcciones argumentativas que se partían del análisis de los fines sociales de la segunda globalización. Esto resulta en un catálogo de herramientas jurídicas que le permiten al juez, protagonista de este periodo, lograr conclusiones que se pretenden apolíticas, deducidas desde las bases sociales, con las que media entre los intereses neoliberales y la agenda social.

¹⁶ DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Francisco Beltrán Editor, 1920.

¹⁷ JOSSERAND, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1940.

¹⁸ FERRI, L.: *La autonomía privada*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1969.

¹⁹ GONZÁLEZ JÁCOME, J.: *Los debates del pensamiento jurídico colombiano entre 1886 y 1920*, Publicaciones Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Depalma Editores, Bogotá, 2011.

En la tercera globalización ya no se gira en torno de los derechos subjetivos del PJC o los sociales de la segunda, sino que los derechos humanos son el centro del desarrollo jurídico y funcionan como reglas, argumentos y fines. En consecuencia se reconocen distintas identidades (de acuerdo al origen, sexo, sexualidad, color de piel, entre muchos otros aspectos) que diferencian los distintos grupos de las mayorías dominantes, y determinan dinámicas de mercado en las que se califica como discriminatorio al trato derivado de la igualdad formal, y, por lo tanto, se llama por un nuevo equilibrio contractual que influye directamente en el DP.

Estas globalizaciones evidencian la relación existente entre el derecho y la economía. Así el individualismo de la primera globalización perfectamente se relaciona con el libre mercado; la prevalencia de lo social con el intervencionismo; la tercera globalización encuentra una idea de desarrollo económico influida por los derechos humanos, en la que el comercio internacional alcanza una importancia significativa gracias a la presencia de los entes multinacionales.

En conclusión, la evolución del discurso del pensamiento jurídico permite ver cómo el DP ha pasado de ser entendido como una esfera de no intervención del Estado, determinada por el alcance de la autonomía de la voluntad, a un simple índice de materias que tradicionalmente se reconocen como parte aquel. Lo que determina un juego constante entre intereses públicos y privados resuelto por los jueces a través de herramientas como la proporcionalidad y racionalidad.

Ahora bien, en la medida que el contrato de seguro es una de esas materias que se han entendido como parte del DP, entonces su evolución debe mostrar la influencia de las distintas globalizaciones.

III. EL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA, UNA CONSTRUCCIÓN DESDE EL PENSAMIENTO JURÍDICO CLÁSICO Y LO SOCIAL.

El derecho de seguros en Colombia tiene dos aspectos a considerar: su naturaleza como contrato y como institución. El primero está definido por el conjunto de normas que reglan las relaciones entre aseguradoras y tomadores, asegurados y beneficiarios, mientras que el segundo lo componen las reglas propias de la actividad aseguradora. Y aunque este trabajo pretende centrarse en el contrato y evaluar cómo los discursos jurídicos lo han determinado, sin embargo no por eso se debe dejar a un lado a la institución del seguro, pues en su reglamentación también se encuentran evidencias de dichos cambios.

Así pues, la actividad aseguradora ha estado regida en Colombia por dos leyes generales: La ley 105 e 1927 y la Ley 45 de 1990, que dio paso al Estatuto Orgánico

del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993). El contrato, por su parte, desde que Colombia se ordenó como una república centralista, han sido regulado por el Código de Comercio Terrestre del que fuera el Estado de Panamá y el Código de Comercio Nacional, adoptados por el artículo 1 de la Ley 57 de 1887, los que fueron reemplazados por el Código de Comercio vigente, Decreto 410 de 1971, cuyo proyecto fue presentado al Congreso de la República por orden del Ministerio de Justicia en 1958 y luego retomado por la Presidencia de la República para que fuera adaptado y actualizado.

Con esto dicho, primero se abordará a la actividad aseguradora y cómo las tres globalizaciones la caracterizaron. Segundo será la construcción del contrato de seguro y cómo fueron determinantes las dos primeras globalizaciones, en la medida que el efecto de la tercera globalización será visto, posteriormente, a partir de la constitucionalización del DP.

1. La regulación de la actividad aseguradora.

En lo que atañe a la visión institucional del seguro, antes de 1924 la industria aseguradora no se encontraba regulada en Colombia. Si bien esto puede ser consecuencia de las constantes crisis económicas y sociales que sucedieron al país desde su independencia hasta la reunificación, tales como la guerra de los mil días o la crisis inflacionaria causada por la producción desordenada de moneda, lo cierto es que tanto la actividad aseguradora como el contrato de seguro encontraban un mismo cuerpo normativo basado en la perspectiva de la institución como producto de un acuerdo de voluntades. Esto suponía un mercado abierto y sin barreras de entrada, que si bien tenía poca potencialidad, dada la poca presencia de aseguradoras en Colombia y la inestabilidad social de la época, estaba completamente comprometido con el PJC y el libre mercado²⁰.

Es a partir de la década de 1920 que se diferencian las normas de la actividad de las del contrato. En términos de Isaza²¹, la regulación de la industria se clasifica como “derecho público” mientras que la del contrato hace parte del DP. Esta clasificación es muy dicente respecto a las categorías planteadas por el PJC, en la medida que deja al contrato de seguro bajo supuestos como la justicia conmutativa, la igualdad formal y la prevalencia de la autonomía de la voluntad, mientras que la actividad queda lejos de estos, por lo que serán distintas las lógicas que definen las relaciones

²⁰ En JUNGUITO, R./ RODRÍGUEZ, A.M.: “La empresa y la industria aseguradora colombiana en el contexto económico de finales del siglo XIX y siglo XX”, en AA.VV., *La industria aseguradora*, cit., se muestra cómo fue el inicio de la industria aseguradora colombiana y su comportamiento, así como dan cuenta del contexto económico y político de la época, el cual fue determinante para el desarrollo que se le dio a la actividad aseguradora a partir de la década de 1920.

²¹ ISAZA, F.: “Historia legal del seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurador”, en AA.VV., *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, Fasescolda, Bogotá, 2013.

entre aseguradora y tomadores, asegurados y beneficiarios, de las que hay entre el Estado y aquellas.

Entonces, aunque para 1927 la intervención del Estado en la economía a través de entidades de vigilancia y control era reciente en Colombia, que respecto a las aseguradoras se estableció en la Ley 68 de 1924 según las recomendaciones de la misión Kemmerer, la Ley 105 de 1927 estableció de forma más organizada y completa un régimen para la industria aseguradora. Según esta ley, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) jugaba un papel activo y se limitaban la actividad de las aseguradoras, así como se establecían normas en beneficio de los consumidores (tal como un término de pago del seguro y la aprobación previa de las pólizas), las aseguradoras (como sanciones a quien atentara contra la buena reputación de ellas) y la industria (como el régimen de reservas e inversiones)²².

El periodo comprendido entre 1920 y 1990, cuando comienza una política de liberalización de la industria aseguradora, tiene una gran influencia de la segunda globalización. Así se lo permite ver Vanegas Franco²³, para quien la Ley 105 estableció “un régimen rígido, cerrado e intervencionista, que iba en contra de las nuevas tendencias de la libertad de mercado y de competencia”, como consecuencia de la proliferación normativa y el acentuado control estatal²⁴. Esto se complementa con la incidencia del discurso nacionalista que, tal como lo muestran Junguito y Rodríguez²⁵, abogaba por la protección de la economía nacional, recalca la importancia de la nacionalización de la industria y el respaldo a las aseguradoras que cumplieran con el régimen establecido y abogaba por la necesidad de una política nacionalista en la industria aseguradora.

Para 1990 eran otros los discursos jurídicos y económicos, lo que fue reflejado en la Ley 45 de ese año. Esta fue parte de un “paquete” de medidas que se tomaron con el propósito de “levantar todas aquellas barreras que de vieja data impedían la asignación eficiente de recursos públicos y privados y que, en consecuencia, hacían más compleja y difícil la dinámica de la economía”²⁶. Esto significó el desmonte de las políticas producidas por la intensa intervención estatal y del oligopolio formado en vigencia de la Ley 105, estableciendo un régimen que promueve un mercado

²² FADUL VERGARA, W. R.: “Visión introductoria”, en *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990* en VANEGAS FRANCO, A./ RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLAREAL, M.L., *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

²³ VANEGAS FRANCO, A.: “Pasado presente y futuro del derecho de seguros en Colombia”, en VANEGAS FRANCO, A./ RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLAREAL, M. L., *El sistema financiero*, cit., p. 297.

²⁴ Al respecto puede verse el desarrollo propuesto por JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho de Seguros*, Editorial Temis, Bogotá, 2010, en el que da cuenta de cada uno de los aspectos descritos.

²⁵ JUNGUITO, R./ RODRÍGUEZ, A. M.: “La empresa...” p. 30

²⁶ MARTÍNEZ NEIRA, N.H.: “La nueva Ley 45: antecedentes y desarrollos”, en *El sistema financiero*, cit., p. 6.

competitivo y la inversión extranjera, y la adopción de un modelo de regulación prudencial que asegurara la libertad de empresa (lo que se vio reflejado en la libertad de productos y tarifas) y protege la dinámica privada del mercado a la vez que limita la intervención del Estado, garantiza la estabilidad de la industria al establecer un modelo de regulación sobre el patrimonio de las aseguradoras y el manejo de las reservas, y protege los intereses de los asegurados y tomadores.

Al poco tiempo de la Ley 45 de 1990 se promulgaron la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, que estableció el sistema de seguridad social. Esto significó un gran cambio en la institucionalidad, en la medida que asuntos como la función social de la empresa, el interés público de la actividad aseguradora, los propósitos del Estado de lograr un orden económico y social justo y la imposición de un catálogo de derechos constitucionales, definieron las nuevas dinámicas de la actividad. Así pues, ya no es posible afirmar que su propósito principal sea la producción de un beneficio monetario a través del desarrollo de la empresa aseguradora, sino que en la medida que ahora está comprometida con ideales que pueden resultar conflictivos, tales como el libre mercado y la vigencia de los derechos constitucionales, han debido adoptar políticas de gobierno corporativo, protección del consumidor financiero, manejo de información y datos personales, cuidado del sistema financiero y prevención de fallas sistémicas, en las que se aprecia esa nueva versión de la actividad aseguradora.

2. El contrato de seguro, su tránsito en las globalizaciones jurídicas.

La primacía de la autonomía de la voluntad, principio claro del PJC, se aprecia en el texto del artículo 14 de la Ley 27 de 1888: “Las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa”. Así, el entendido clásico del DP da cuenta del punto de partida de la evolución del contrato de seguros en Colombia, por lo que serían conceptos como “orden público”, “buenas costumbres” o “moral cristiana” las que establecerían los límites al contrato y dejarían la legislación de los códigos de comercio terrestre y marítimo vigentes hasta 1971, como normas supletorias. Así, Vélez²⁷, por ejemplo, fundamenta el orden público y las normas de derecho público en la importancia que tienen para la conservación de las instituciones sociales, lo que también se refleja en las consideraciones que hace la Corte Suprema frente a la causa ilícita fundamentada en el daño que significa para el erario público, lo que muestra que la entrada del discurso social en el contrato de seguro a través de las discusiones sobre la libertad contractual sostenidas en la época.

Conforme terminó el PJC, la autonomía de la voluntad perdía un campo

²⁷ VÉLEZ, F.: *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, Vol. 6, Imprenta París-América, París, 1926.

determinante en el contrato de seguro. Del Castillo²⁸, cuya obra es anterior a la elaboración del Proyecto de Código de Comercio, consideraba que dada la importancia y necesidad de este contrato en la vida comercial “ha venido sufriendo una fundamental transformación, pasando a la categoría de los contratos llamados obligatorios, en los cuales se restringe, casi hasta anularla, la autonomía de la voluntad de los contratantes.” También resaltaba la creación del seguro social obligatorio y del Instituto de Seguros Sociales como una importante innovación en la materia, con lo que se cubrían riesgos como las enfermedades no profesionales y la maternidad, la invalidez y vejez, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la muerte²⁹. Al respecto, Mejía Jaramillo³⁰ expone “que el poder de los contratantes para dictar sus propias normas de conducta pierde todos los días vigor y amplitud debido a que la intervención estatal se concibe en la actualidad como una necesidad social, concepción que también se refleja en el derecho de seguros”. Ahora bien, para él, el Código de Comercio rodea al contrato de seguro de la máxima moralidad y defiende al asegurado de cualquier posible ruptura de la igualdad contractual, por lo que establece un conjunto de normas que son inmodificables, otro que solo puede ser modificado en beneficio del asegurado, tomador o beneficiario, y uno final que son dispositivas pero su cambio no puede desmejorar notablemente la posición del asegurado.

Ahora, en la construcción del Código de Comercio de la República de Colombia, la idea de lo social fue determinante, ya que este centra su atención en las distintas partes y les da un conjunto de garantías respecto a las contenidas en la legislación pasada, cuya modernización era obligatoria. Por ejemplo, en lo que concierne a la existencia y prueba del contrato de seguro, la comisión redactora mostró una clara preocupación por la protección y promoción de la industria aseguradora y la intervención del Estado, de lo que hay diversos ejemplos, como: primero, el

²⁸ DEL CASTILLO, A.: *Comentarios de derecho comercial*, Santafé editorial, Bogotá, 1947, p. 256.

Antonio Del Castillo fue profesor de derecho comercial de la Universidad Libre de Colombia, sin embargo su obra no es muy conocida. A falta de una mejor idea de quién era Del Castillo, es importante evidenciar cómo los discursos jurídicos de las globalizaciones están presentes en autores distintos a los del catálogo tradicional, que para el caso del derecho comercial son Antonio José Uribe, Enrique Robledo Uribe, José Efrén Ossa o Joaquín Garrigues.

²⁹ DEL CASTILLO, A.: *Comentarios*, cit., p. 268.

³⁰ MEJÍA JARAMILLO, A: “Derecho de seguros”, *Estudios de Derecho*, 1973, Vol. XXXII, número 84, p 168.

La obra de Antonio Mejía Jaramillo es una de las muchas tesis que para optar por el título de abogado se han presentado en la Universidad de Antioquia, sede Medellín. Esta tesis, en especial, fue publicada en un número especial de la revista Estudios de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Alma Mater, dado que así lo dispuso el Consejo Directivo en la resolución por la cual se le concedió el lauro académico a este trabajo. Al respecto el panel de jurados evaluadores consideraron que esta obra era un importante estudio comparativo de los códigos de comercio de 1887 y 1971, pues en proposiciones sencillas y claras daba cuenta comprensiva de los cambios que suponía para el contrato de seguro.

La elección de una obra temprana y permeada del ambiente académico es una muestra ideal para evidenciar cómo los discursos jurídicos alcanzan la base de los estudiantes.

establecimiento de la consensualidad contractual como protección a las aseguradoras frente al reaseguro, y a los asegurados frente a aquellas, lo que cambiaba en los seguros de personas por considerarse que el perfeccionamiento por el acuerdo de los elementos esenciales era problemático, por lo que se establecía el pago de la prima o de parte de ella como condición para su creación³¹; segundo, con el propósito de promover el mercado asegurador, hacía enunciativa la lista de intereses asegurables, le daba a las aseguradoras la posibilidad de ofrecer tantos seguros patrimoniales como intereses se puedan identificar³²; tercero, le daba un papel importante a la intervención estatal a través de la Superintendencia Bancaria, lo que se traducía en entender suficiente la aprobación o autorización de las condiciones generales de los seguros para justificar el acuerdo tácito entre aseguradoras y tomadores³³.

Estas ideas, la de establecer un régimen que pretendiera proteger los intereses del asegurado y limitara la autonomía de la voluntad, también son anunciadas por Ossa Gómez³⁴, quien hiciera parte de la comisión que elaboró el proyecto de Código de Comercio, fuera el doctrinante más importante en el derecho de seguros colombiano y cuya obra aún goza de gran prestigio. Así también en el discurso de su obra resaltan argumentos que responden a la segunda globalización, por ejemplo al abordar las calidades especiales del asegurador mandadas por el numeral 1 del artículo 1037 del Código de Comercio, las fundamenta en el bien común y, antes de la vigencia de la Constitución Política de Colombia³⁵, afirmaba que “La operación empresarial del seguro interesa al orden público, al orden social, a la seguridad jurídico-económica de los asegurados”³⁶.

Entonces, el contrato de seguro en Colombia claramente incluye elementos de las dos primeras globalizaciones. Como parte del DP tiene una riqueza conceptual, en la que se diferencian distintas instituciones a las que se les ha asignado algún papel en la disciplina de este contrato, se clasifica de acuerdo a las características contractuales derivadas del método racional del DP, y las partes que en el intervienen tiene un conjunto de obligaciones y derechos preestablecidos en su propio interés (como pagar la prima o reclamar la indemnización una vez se configure el siniestro). Sin embargo presupuestos del PJC como la regencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad formal entre las partes son superados, pues, como se vio, la naturaleza imperativa de las normas que el Legislador ha dispuesto y

³¹ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de Comercio*, Tomo II, 1958, pp. 248-249.

³² MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código...*, T. II, p. 252.

³³ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código...*, T. II, p. 250.

³⁴ OSSA GÓMEZ, J. E: *Teoría general del seguro, el contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, p.1.

³⁵ Como se verá más adelante, el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia califica a la actividad aseguradora como de interés público. Las coincidencias entre las expresiones empleadas por Ossa Gómez y el Constituyente son claras, de ahí la anotación hecha. Más adelante se dará cuenta del entendido y alcance que el intérprete constitucional le ha dado a tal expresión.

³⁶ OSSA GÓMEZ, J. E: *Teoría general...*, p. 4.

la prevalencia del interés del asegurado remarcan la influencia de lo social.

Queda entonces entrar a mirar cómo la tercera globalización ha intervenido en el contrato de seguro, lo que se analiza a partir del fenómeno de la constitucionalización del DP.

IV. LA TERCERA GLOBALIZACIÓN. UNA MIRADA A PARTIR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

La tercera globalización propone que el discurso jurídico se desarrolle en torno a un conjunto de garantías subjetivas primordiales en los ordenamientos jurídicos, a las cuales se les han dado distintos nombres como “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, o “derechos constitucionales”³⁷. Así, a la hora de evaluar como este tercer momento del pensamiento jurídico ha impactado en el DP, es necesario detenerse en el proceso de su constitucionalización, lo que implica preguntarse por el concepto mismo y las formas de incidencia de la Constitución en el DP, para luego evidenciar cómo ha sido la recepción en el derecho de seguros.

1. ¿Qué es la constitucionalización del Derecho privado?

La pregunta que abre este aparte pretende ser provocadora, en la medida que sirve como abre bocas del debate sobre la intervención de la perspectiva constitucional en el DP, así como lleva a considerar asuntos de procedimiento (cómo se constitucionaliza), titularidad (quién constitucionaliza), competencia (cuáles son sus facultades para hacerlo) y alcance (cuál es el grado óptimo de constitucionalización).

Entonces, varias son las concepciones de la constitucionalización. Esta puede ser considerada como “la aplicación de normas constitucionales en las relaciones entre particulares”³⁸, o “un proceso en virtud del cual las categorías constitucionales y la jurisprudencia constitucional inciden, de diferentes formas y en diversos grados, en la forma en que se resuelven los conflictos *prima facie* de derecho privado”³⁹, inclusive puede ser visto como la invasión de la Constitución en las normas

³⁷ Por motivos de simpleza, en el presente estudio se tratarán como sinónimos, pues son las características de este periodo las que realmente generan interés, pues han supuesto cambios en la jerarquía normativa, el sistema de fuentes y las estrategias de argumentación jurídica.

³⁸ MANTILLA ESPINOSA, F: “La “constitucionalización” del derecho privado”, *Revista oficial del poder judicial*, 2007, Vol. 1, número 2, p. 248.

³⁹ CALDERÓN VILLEGAS, J.: *La constitucionalización*, cit., p. 28.

inferiores a ella⁴⁰. No obstante, estas definiciones pretenden dar cuenta de un fenómeno observable, y por lo tanto descriptible, que encuentra su fundamento en el entendido de la Constitución como norma suprema del sistema jurídico, que asegura la separación de poderes, establece un fuerte contenido axiológico y normativo, así como la existencia de un órgano encargado de su defensa, y consagra un conjunto de derechos entendidos como garantías fundamentales⁴¹.

Así las cosas, las discusiones en torno a las ventajas o desventajas de la constitucionalización, giran en torno a la determinación de los sistemas de fuentes e interpretación, así como a la regencia de los intereses a partir de los cuales se definieron los conceptos jurídicos básicos (como “autonomía de la voluntad”), por lo que calificarla como innecesaria o aberrante implica aferrarse al PJC y a la idea de un DP positivo, y racional que proponía, mientras que suponer que el DP no tiene vigencia y que debe ser desde la Constitución que se den las soluciones a todos los conflictos posibles, implica adoptar un sistema de normas abiertas y de métodos argumentativos determinados por el juez constitucional. El punto entonces es dar con aquello que Calderón Villegas⁴² describe como “constitucionalización adecuada”, y establecer las barreras para la aplicación de normas constitucionales en asuntos de DP, y la intervención del juez constitucional en asuntos que por principio son competencia del juez ordinario.

Ahora, la ambigüedad del término “constitucionalización” permite apreciar tantas clasificaciones como autores que las proponen. Por ejemplo, Calderón Villegas⁴³ elabora una clasificación tendiente a evidenciar el real grado de constitucionalización del derecho, por lo cual considera que este debe apreciarse según sea el objeto de la constitucionalización, diferenciándolo entre “la predilección de las palabras”, que se centra en la constitucionalización formal del derecho, y la “predilección de las conductas”, que tiene por objeto la práctica de los agentes sujetos a las normas constitucionalizadas. Dentro de estas clasificaciones, otros, que se centran en el aspecto formal, proponen distintos tipos de constitucionalización: así para Corral Talciani⁴⁴ la constitucionalización se puede dar por vía indirecta, que se configura a través de la interpretación (moderada o radical) del derecho a los ojos de la Constitución, o directa, en la que los jueces invocan normas constitucionales, independientemente de si ha sido o no desarrolladas por la ley, en la solución de los casos; para Parra Benítez⁴⁵ la constitucionalización se da con la elevación a la

⁴⁰ PARRA BENÍTEZ, J.: “La constitucionalización del derecho privado en Colombia”, en AA.VV. *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo* (Cord. Aramburo, M.), Editorial Dike, Medellín, 2011, p. 1283.

⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, F.: “Constitución”, en *Filosofía Política II Teoría del Estado* (Cord. Díaz, E. y Ruíz Miguel, A.), Trotta, 1996.

⁴² CALDERÓN VILLEGAS, J.: “La constitucionalización”, cit., pp. 56-71.

⁴³ CALDERÓN VILLEGAS, J.: “La constitucionalización”, cit.

⁴⁴ CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, *Derecho mayor*, número 3, 2004.

⁴⁵ PARRA BENÍTEZ, J.: “La constitucionalización”, cit.

Constitución asuntos tratados por normas de inferior rango, con la creación por parte de los jueces de sub-reglas constitucionales consideradas como precedente jurisdiccional, bien sea a través de interpretación o de aplicación directa de normas constitucionales, o a través del ejercicio legislativo que recoge el sentido constitucional; mientras para Mantilla Espinosa⁴⁶ la constitucionalización se da a través del control de constitucionalidad, la interpretación de las normas de acuerdo con la Constitución y en las sentencias de las acciones de amparo causadas por conflictos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales.

Para el caso, quedándose en la constitucionalización formal, a partir de los términos empleados por Corral Talciani⁴⁷ que determinan las formas de incidencia de la Constitución en los casos que deben ser resueltos por el derecho privado, se entenderá por Constitucionalización Directa la aplicación de normas constitucionales en las relaciones particulares, y por Constitucionalización Indirecta la evaluación de las leyes que la desarrollan. Si bien ambas suponen oportunidades para determinar el contenido constitucional de las normas de menor categoría, se pueden plantear consideraciones respecto a aspectos como: la aplicación directa de los derechos fundamentales, los métodos argumentativos a través de los cuales se hace, la existencia del precedente jurisdiccional, la estabilidad y seguridad jurídica sacrificada en dichas intervenciones, entre otros.

Así pues, la Constitucionalización Directa implica la aplicación de normas constitucionales, en especial los derechos fundamentales, en la resolución de los conflictos inter partes, las que se caracterizan por la indeterminación a priori de su contenido (lo cual ha llevado a calificarlas como valores objetivos, mandatos de optimización o principios), que se concreta en sede judicial a través de métodos de interpretación (como lo es el test de proporcionalidad) con los que se evalúan aspectos como sí la finalidad de la norma legal o contractual vulneran de alguna manera el núcleo fundamental de los derechos constitucionales. Esta idea de derechos de contenido indeterminado, derivado de su naturaleza valorativa, choca claramente con la teoría de los derechos subjetivos que se ha construido dentro del DP, la cual identifica las posiciones activas y pasivas de las partes en la medida que determina cuál es el objeto de las prestaciones debidas. De ahí que esta constitucionalización suponga olvidar una visión positivista de los derechos subjetivos, en la que la ley determina previamente las partes y lo que cada una puede y debe hacer⁴⁸, para pasar a una en la que, a posteriori, a través de la interpretación constitucional, se concretan los sujetos y el objeto de los derechos y sus obligaciones correlativas⁴⁹.

⁴⁶ MANTILLA ESPINOSA, F.: “La “constitucionalización”, cit.

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, H.: “Algunas reflexiones”.

⁴⁸ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, Editorial Porrúa, 2003, pp.138-143.

⁴⁹ Al respecto de la calificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, CHINCHILLA, T.E.: *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?*, Editorial Temis, Bogotá, 2009. En la obra se plantean los términos de diferenciación y las discusiones que se han dado. Aquellos

Por su parte la Constitucionalización Indirecta se da cuando las normas constitucionales se aplican como criterios objetivos para sancionar la exequibilidad de las demás normas del sistema jurídico, bien sea para excluirlas del ordenamiento o para interpretarlas con el propósito de evitar contradicciones entre ellas y la Constitución. Así, las decisiones son, en principio, generales y abstractas y aunque hay aplicación de los mismos métodos interpretativos que en la Constitucionalización Directa, la decisión no afecta, en principio, situaciones consolidadas, por lo que las consideraciones hechas por el juez constitucional en torno a la seguridad jurídica y la justicia efectiva le permiten modular los efectos de la decisión en el tiempo. Este enfoque permite diferenciar las sentencias de tutela de las de constitucionalidad de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Así entonces, en la medida que el interés principal de este artículo está en la Constitucionalización Directa, se estudiarán una serie de fallos T y SU que abordan disputas contractuales de seguros de personas, pero para esto primero hay que dar cuenta de las razones a través de las cuales el juez de tutela se ha hecho competente para conocer de estos casos.

2. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Los fundamentos de la constitucionalización directa del contrato de seguro.

Desde el derecho positivo vigente, la tutela procede tanto contra las autoridades públicas como contra particulares, sin embargo esta afirmación no es tan categórica y universal, esto pues el artículo 86 de la Constitución establece tres condicionantes para la procedencia de la tutela contra particulares: primera, cuando ellos presten un servicio público, segundo, cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, y tercero, cuando el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación respecto del accionado. Así, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece los casos de procedencia por las acciones u omisiones de los particulares.

Ahora bien, hay dos de estos casos que llaman la atención dada su relación con el contrato de seguro: primero, la definición del concepto “Servicio Público” y segundo, la configuración de la indefensión o subordinación de un sujeto respecto a otro. Siguiendo a Estrada⁵⁰, el juez constitucional ha preferido interpretar las condiciones del artículo 86 de la Constitución para justificar su competencia en sede de tutela, y, por otro lado, al declarar la inexecutable de algunos términos del

comparten una naturaleza objetiva, que los establece como principios de un ordenamiento jurídico, y una subjetiva, que permite a las personas jurídicas reclamar un conjunto de prestaciones que, dada su textura abierta, no están determinadas exclusivamente a lo que la ley establezca, características que no son predicables de los derechos subjetivos desarrollados a partir del derecho privado, como el que tiene el vendedor a reclamar al comprador el precio de la cosa vendida.

⁵⁰ ESTRADA, A. J.: “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en AA.VV. *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII congreso iberoamericano del derecho constitucional*. UNAM, México, 2002.

artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha ampliado las normas para abarcar más situaciones con menor problemática. Así, lo que en un principio era un espacio excepcional frente a cualquier actividad considerada como servicio público, pasó a tomar un aspecto más general.

Entonces, originalmente los numerales 1, 2 y 3 del mencionado artículo 42 restringieron la competencia en materia de tutela a los servicios públicos de educación, salud y domiciliarios. Pero en el caso del primero, solo sería procedente si los derechos involucrados eran el derecho a la igualdad, a la intimidad, buen nombre y habeas data, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos, a la libertad de opinión, expresión y pensamiento, el derecho a solicitar información de interés general o particular, la libertad de enseñanza y cátedra, el debido proceso, la libertad de reunión, y la libertad de asociación; lo que para el segundo se limitaba a los derechos a la vida, igualdad, intimidad y autonomía. Sin embargo en las sentencias C-134/94⁵¹ y C-378/10⁵² la Corte Constitucional declaró inexecutable las restricciones en cuanto a los derechos frente a los servicios públicos de educación y salud, y eliminó la expresión “domiciliarios” del numeral 3. Las consideraciones que motivaron ambas decisiones resaltan que aquellas fueron limitaciones arbitrarias a un mandato constitucional, pues sí la tutela tiene por vocación la defensa de los derechos fundamentales⁵³, no es del legislador la facultad de determinar cuáles de aquellos se pueden ver vulnerados en la prestación de los servicios de educación y salud, mientras que si el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra los privados que presten servicios públicos, no podía el legislador establecer algunos servicios públicos, como los domiciliarios, y excluir los demás. Por lo que la tutela procede contra todos los particulares que presten servicios públicos sin importar cuál sea el derecho constitucional que se vea afectado.

Así, resulta que el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para efectos de la prohibición al derecho de huelga, se entiende por servicio público “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.” Esta ha sido la definición que la Corte Constitucional ha tomado en sus sentencias para determinar las actividades que pueden ser calificadas como servicios públicos, lo que atiende a un criterio material y no a una mera formalidad, por lo que le está vedado al legislador tratar de limitarla enunciando cuales actividades pueden ser

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-134/94*. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-378/10*. Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³ Al respecto, para la Corte Constitucional, en sentencia *C-134/94* (Mp. Vladimiro Naranjo Mesa), los derechos fundamentales son “los que se encuentran consagrados en la Constitución, los que determinen los tratados internacionales, y los que reconozca la Corte Constitucional al realizar la correspondiente revisión de los fallos de tutela, teniendo en consideración la naturaleza del derecho y el caso en concreto”.

consideradas como tal⁵⁴.

Frente a las situaciones de subordinación e indefensión consagradas en los numerales 4 y 9 del artículo 42, la Corte ha llenado de contenido a ambos conceptos. Así pues la subordinación se concreta a partir de una relación jurídica de dependencia, mientras que la indefensión se deriva de situaciones fácticas que determinan que la persona afectada no tenga un medio de defensa adecuado, por lo que si bien no son conceptos excluyentes, la indefensión tiene mayor amplitud que la subordinación, ya que se configura cuando hay una diferencia económica o social entre quienes intervienen en la situación, o cuando la parte débil es un sujeto de especial protección constitucional (madres cabeza de familia, desplazados, menores de edad, mujeres embarazadas, entre otros) e implica realizar consideraciones sobre los medios de defensa y su idoneidad⁵⁵ (Estrada, 2002).

Ahora bien, para la Corte tanto la procedencia de la tutela contra particulares que presten servicios públicos como frente a aquellos respecto a los cuales se configuren situaciones de indefensión o subordinación, encuentra “su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular”⁵⁶. Esto permite identificar que la constitucionalización del DP gira en torno al ideal de igualdad que se persiga, por lo que ideales como la igualdad formal y la justicia conmutativa se ven sacrificados cuando hay una clara situación de desigualdad material que justifica la intervención de la justicia distributiva propia de la Constitución. Sin embargo queda la tarea de identificar cuándo debe intervenir la Corte Constitucional en las relaciones derivadas del contrato de seguros.

2.1. La actividad aseguradora, un servicio público.

El artículo 335 de la Constitución califica a las actividades financiera, bursátil y aseguradora como de interés público. Así pues, se pretende dar cuenta de cómo la Corte Constitucional ha modulado esta idea para lograr entender que ellas son servicios públicos y, en consecuencia, la tutela es procedente frente a las situaciones en las que los derechos constitucionales se vean vulnerados arbitrariamente.

Como se había aclarado, la Corte parte del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo para construir el concepto de “servicio público” y entiende que calificar o no a alguna actividad como tal no atiende al ejercicio de una potestad normativa, sino a la estrecha relación que se da entre aquella y la potencialidad para satisfacer

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-378/10*. Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁵ ESTRADA, A. J.: “La eficacia”, cit.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-134/94*. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

necesidades particulares y sociales que se relacionan con intereses superiores, como los son los fines del Estado dados en el preámbulo, el artículo 2 de la Constitución Política y los derechos constitucionales⁵⁷.

Ahora, aunque desde 1992 la Corte ha considerado la actividad financiera como un servicio público, ha relativizado tal calificación, al modular la permanente y obligatoria prestación del servicio. Un claro ejemplo de las primeras voces de dicho debate se encuentra en la sentencia T-443/92⁵⁸ y el salvamento de voto de Martínez Caballero, que se pronuncian sobre la procedencia de la tutela como medio de defensa del derecho a la huelga de los miembros del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia. En tal se debate el alcance de la expresión “servicio público esencial” respecto a la actividad bancaria y la vigencia del artículo 1 del Decreto 1593 de 1959, que la califica como un servicio público. A partir de esta sentencia, otras como la T-083/02⁵⁹, T-222/14⁶⁰, T-452/15⁶¹ y T-428/15⁶², han confirmado que las actividades financiera y aseguradora son servicios públicos y por lo tanto quienes las prestan son sujetos privados frente a quienes procede la tutela.

Ahora bien, la Corte ha comenzado a construir una relación entre la expresión “interés público” y el concepto de “servicio público”. En la sentencia T-738/11⁶³, la Corte aclaró que “Las razones para hacer procedente la acción de tutela contra estas entidades ha tenido en cuenta, en general, que las actividades financieras –dentro de las que se encuentran la bancaria y la aseguradora-, en tanto relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, es una manifestación de servicio público o que al menos involucra una actividad de interés público”. Esta relación que parte de una especie de equiparación de ambos conceptos, casi a manera de grado, involucra al “interés público” en una escala inferior al “servicio público” pero con una unidad de elementos comunes que permiten, para este caso, que quienes los prestan sean legitimados por pasiva para asistir a la jurisdicción de tutela.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-578/92*. Mp. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-443/92*. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-083/02*. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-428/15*. Mp. Mauricio González Cuervo.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-738/11*. Mp. Mauricio González Cuervo.

Por otro lado, la sentencia T-222/14⁶⁴ da cuenta de la relación que hay entre la actividad financiera y el desarrollo económico y social del país. Si se vuelve a la sentencia de T-578/92⁶⁵, la aplicación del criterio material para identificar qué es un servicio público, precisamente, plantea que hay un conjunto de actividades que están dirigidas a promover la participación de todos en la vida económica de la nación, así como a asegurar un orden económico, político y social justos, y esta relación está dada por la realidad, no por un supuesto normativo. De lo anterior y dada la importancia individual y social de la actividad financiera y aseguradora, toda vez que su adecuado funcionamiento significa una garantía en el sistema económico y la posibilidad de suplir necesidades particulares, es que se ha fundamentado su naturaleza de servicio público.

2.2. El contrato de seguro como fuente de indefensión.

El otro aspecto que la Corte a reiterado es la situación de indefensión en la relación del contrato de seguro, mientras que la subordinación es dejada a un lado en la medida que la relación contractual supone igualdad entre las partes. Así, en la sentencia T-277/99⁶⁶, al decidir la procedencia de la tutela únicamente en razón del estado de indefensión, la Corte aclaró que en su trabajo a identificado un conjunto de situaciones que evidencian la indefensión, tales como algunas derivadas de contratos que faciliten la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas a los derechos de las partes.

Ahora bien, la definición dada puede confundirse con la subsidiariedad, en la medida que la tutela procede, en principio, cuando la jurisdicción no ofrece vías cuyo propósito sea solucionar las situaciones que pongan en riesgo los derechos de las personas. Así pues, es necesario comenzar a apuntar el desarrollo que ha tenido este aspecto frente al contrato de seguro.

En la sentencia T-517/06⁶⁷ marca un punto importante en este aspecto. La Corte analiza si una aseguradora puede decidir si contrata o no, con esto aborda la esencia de la autonomía de la voluntad. En la sentencia la Corte a partir de principios que parecen ajenos al DP, limita la decisión de la aseguradora acerca de si contrata o no para evitar decisiones arbitrarias en el ejercicio de una actividad calificada como de interés público y que constituye un servicio público. En consecuencia las

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-578/92*. Mp. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-277/99*. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-517/06*. Mp. Mauricio González Cuervo.

aseguradoras deben dar cuenta de las razones que soportan las decisiones que en otro contexto únicamente responderían al arbitrio de la parte.

Para la Corte, el estado de indefensión parece que se configura en situaciones en las que las potestades contractuales permiten a una parte el ejercicio arbitrario de ellas. En estos casos se abre la puerta para que a través del ejercicio de la constitucionalización, se establezcan límites claros que solucionen la indefensión de la parte contractualmente débil.

Ese es el mismo entendido que contienen sentencias como la T-057/95⁶⁸, la T-222/14⁶⁹ o la T-452/15⁷⁰, que dan cuenta del estado de indefensión derivado de la estructura del contrato de seguro, dado el conjunto de prerrogativas con las que cuenta la aseguradora frente al asegurado y el beneficiario, que al ejercitarse crean situaciones en las que ellos no tienen una posible defensa y a la vez se contradice, con un acto arbitrario, el espíritu del interés público de la actividad aseguradora.

Entonces bien, la legitimidad por pasiva de las aseguradoras se encuentra justificada tanto por la naturaleza de su actividad, como por las potestades que le son naturales dado el régimen del contrato de seguro. La Corte ha sido insistente y reiterativa en ambos aspectos, que no pueden ser olvidados por los jueces de instancia, así como tampoco que dicha atribución está fundamentada en el contexto, por lo que siempre habrá alguna posibilidad de que las dinámicas sociales y regulatorias modifiquen la calidad del servicio y el equilibrio de las potestades del contrato, respectivamente.

2.3. La idoneidad de la tutela. Modulación de la subsidiariedad.

Este puede ser el asunto más polémico del presente estudio. No únicamente por abrir la puerta, potencialmente, a que sea la Corte Constitucional la que se pronuncie sobre asuntos de carácter eminentemente contractual, sino porque en torno a este es que se han construido nuevas nociones acerca de la legitimación por activa, y de los derechos susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela.

En principio la acción de tutela es subsidiaria pues procede únicamente cuando no hay una acción que permita la discusión a través de la justicia ordinaria, o cuando, habiéndola se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es por ello que cuando las aseguradoras atienden a la jurisdicción de tutela, proponen la improcedencia de la acción fundándose en este carácter, por lo

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-057/95*. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que en los casos que son estudiados, la Corte ha modulado la subsidiariedad con lo que ha fijado los términos de su competencia para abordar asuntos de carácter contractual.

Ahora bien, en sentencia T-211/09⁷¹ la Corte explicó como se ha modificado dicha lógica, en la medida que si bien la procedencia de la acción pende de la inexistencia de otro medio que permita resolver la vulneración del derecho involucrado, hay dos excepciones a dicho principio: la primera es que proceda como mecanismo transitorio, y la segunda es que la acción existente no sea idónea (que no produzca el efecto protector) o eficaz (que no sea oportuna la protección).

Este fallo, que trata la procedencia de la tutela contra providencia judicial, fue recogido en la sentencia T-222/14⁷², que explica que “(...) cuando del examen de procedibilidad se concluya que el recurso no es idóneo o eficaz, el amparo debe ser definitivo. (...) Por el contrario, la decisión constitucional será transitoria siempre que exista inminencia de un perjuicio irremediable”. Así pues, recae sobre el juez de tutela un conjunto de obligaciones argumentativas: primera, debe analizar la existencia de una acción que permita debatir ante la jurisdicción el conflicto planteado; segunda, tiene que evaluar si ésta está encaminada a proteger el derecho involucrado con la misma idoneidad y eficacia de la tutela; tercera, en caso que no sea idónea, puede decidir de fondo y de forma definitiva la causa del proceso. Ahora, sí el titular del derecho vulnerado es un sujeto de especial protección constitucional se presume que la tutela es la acción ideal y eficaz, a menos que el juez evidencie que aquel puede acudir a las ordinarias en condición de igualdad, es decir que la asunción de las cargas y costos de un proceso ante la jurisdicción ordinaria o administrativa no derivan en una situación de desconocimiento de los derechos del reclamante o sus dependientes.

Al respecto el expediente T-4.577.692 de la sentencia T-452/15⁷³ propone un interesante caso de análisis. El reclamante había adquirido un crédito hipotecario cuya cobertura estaba asegurada frente a la muerte o pérdida de capacidad laboral mayor al 50% a través de un seguro de vida grupo de deudores, del cual el tomador y asegurado era el banco. Dado el diagnóstico de una patología, se configuró la invalidez y por lo tanto el reclamante procedió a solicitar de la aseguradora la cobertura del crédito hipotecario, ésta negó la prestación toda vez que el reclamante había incumplido con el pago de la prima y por lo tanto se había configurado la caducidad anticipada del contrato de seguro.

Ahora, en las consideraciones frente a la procedencia de la tutela frente a

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-211/09*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

particulares la Corte modula seriamente la potestad de declarar la caducidad anticipada por el no pago de la prima, con lo que abre la puerta a que la aplicación de esta sanción no deba ser automática sino producto de una ponderación entre el interés económico de la aseguradora y el mínimo vital del reclamante. Sin embargo, aunque la acción es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, la Corte decide que la tutela no es procedente toda vez que la situación ha concluido en un conflicto eminentemente patrimonial que no amenaza el mínimo vital del reclamante, esto pues aquel había vendido el inmueble que garantizaba el crédito, lo que hacía que la discusión se redujera a la facultad de la aseguradora declarar la caducidad automática y el incumplimiento del banco en el pago de la prima.

Así entonces, la presunción de procedencia de la tutela dada la calidad del reclamante no es absoluta sino que encuentra límites, tales como la evidente afectación del mínimo vital. Lo anterior sirve de puente para abordar cuándo procede la tutela a partir de la naturaleza de los derechos involucrados. Al respecto, la Corte Constitucional ha mostrado un claro rechazo para abordar asuntos exclusivamente patrimoniales y económicos. En sentencias como la T-222/14⁷⁴, la T-452/15⁷⁵ y la T-282/16⁷⁶ ha sido reiterativa en ello y, en consecuencia, ha estudiado los casos para evidenciar cuáles son los intereses realmente involucrados en las situaciones descritas, y ha ordenado la protección de derechos como el debido proceso y la vida digna, y rechazado la procedencia de la acción en los casos en los que no encuentra algún derecho constitucional relacionado. Este puede ser uno de los elementos que más vehementemente ha sido objeto de la jurisprudencia en sede de tutela, dejándole la competencia para resolver los asuntos de naturaleza eminentemente patrimonial a la jurisdicción ordinaria.

Entonces, la Corte ha construido una barrera que le impide arrojar competencia en asuntos eminentemente económicos. Sin embargo es problemático determinar cuándo se puede evidenciar que sólo están involucrados intereses de tal naturaleza, ya que esto es tarea del juez constitucional, quien debe evaluar el contexto y determinar cuáles son los derechos involucrados y si ellos son protegibles a través de la acción de tutela o si, por el contrario, deben ser discutidos en la jurisdicción ordinaria.

En resumen, la subsidiariedad de la tutela decide su procedencia con fundamento en los criterios de idoneidad y eficacia, que permiten evaluar si las acciones existentes constituyen escenarios garantistas para los derechos de las partes, y en caso que no lo hagan el juez de tutela puede decidir de forma permanente; en cambio, si existe una acción ordinaria eficaz e idónea, pero hay un riesgo inminente y urgente de

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-282/16*. Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado.

vulneración de un derecho, entonces el juez de tutela puede conocer el caso y pronunciarse de forma transitoria al respecto.

Sin embargo la lógica de la idoneidad y eficacia de la acción cambia cuando el reclamante es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida que la jurisdicción de tutela, dadas sus características, se vuelve la ideal para él. Lo que también está sujeto al análisis de la naturaleza de los derechos involucrados, pues inclusive para ellos está prohibido discutir asuntos eminentemente patrimoniales en sede de tutela.

V. EL PAPEL DE LA ASEGURADORA EN LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO. ENTRE LA ADOPCIÓN DE LA TERCERA GLOBALIZACIÓN Y UNA REAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS.

Según el Código Civil colombiano, los elementos de los contratos se clasifican como esenciales, naturales y accidentales, esto en orden a determinar cuáles son los que determinan el tipo contractual, cuáles dan un contenido mínimo y cuáles son establecidos de acuerdo a la voluntad de las partes. Así pues, cuando el legislador señala a algunos elementos como esenciales es porque ellos determinan la existencia de dicho contrato y lo identifican como tal, lo que significa que si en el proceso de formación se llegaran a afectar por alguna razón, pues entonces el fundamento de su vigencia y efectos se vería cuestionado a través de sanciones como la inexistencia, la nulidad o la ineficacia.

Ahora bien, para el contrato de seguros, tanto el interés como el riesgo asegurable son elementos esenciales, en consecuencia, sin ellos el contrato no existiría o devendría en otro distinto y, como se dijo, cualquier afectación de ellos en la etapa precontractual como en su perfeccionamiento afectan la relación jurídica entre aseguradora y tomador, asegurado y beneficiario. Considerarlos como esenciales no es un antojo del legislador, sino que está determinado por su importancia en la formación del consentimiento, la determinación del objeto y de la causa del contrato. Al respecto, para Ossa Gómez el interés asegurable “Es el objeto del contrato de seguro”⁷⁷, y es que este elemento define al contrato, identifica a las partes que se relacionan y resalta su compromiso con la prevención del riesgo, mientras que todas las amenazas que pueden causar un menoscabo en el interés son las que constituyen al riesgo asegurable. Ahora, estos dos elementos determinan otros aspectos del contrato de seguro como lo son la ocurrencia del siniestro y el cálculo de la prima y la indemnización.

Entonces, el proceso de identificación del interés asegurable y su estado no se da con el perfeccionamiento del contrato, sino en la etapa precontractual, cuando la

⁷⁷ OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general*, cit., p. 73.

aseguradora y el tomador (asegurado) forman la intención de contratar. Ahí es cuando se hace fundamental la obligación que tiene éste de declarar el estado de riesgo del interés asegurable y, con ello, dar cuenta de la posibilidad de ocurrencia de algún siniestro. Esta declaración, como toda conducta precontractual, está regida por la buena fe, lo que abre la discusión para identificar cuál es la conducta esperada por las partes, ello en la medida que este principio establece una expectativa de conducta legítima y una carga valorativa, lo que crea derechos y obligaciones para estas que se definen a partir de la relación entre la buena fe e instituciones como la diligencia y cuidado, el error común, el conocimiento del hombre medio y la calidad de profesional de la aseguradora. Esto es lo que hace que sea de suma importancia determinar las posibles respuestas que puedan darse de una serie de preguntas como: ¿cuál es la expectativa sobre la declaración dada por el tomador (asegurado)?, ¿debió la aseguradora tomar un papel activo en la declaración del tomador (asegurado)?, ¿cuándo entender que una declaración afecta al contrato de seguro?, y ¿cuáles son las consecuencias determinadas para ello?

Al respecto, el proyecto del artículo 1058 del Código de Comercio, establecía la obligación del asegurador de elaborar un cuestionario para guiar la declaración del tomador (asegurado) y en caso de reticencia o inexactitud pues entonces el contrato devendría relativamente nulo. Lo que sólo sucedería cuando mediara culpa del tomador en caso que la declaración no se hubiera dado con fundamento en el respectivo cuestionario, pero solo el conocimiento de las circunstancias ocultas por parte de la aseguradora sanearían el contrato⁷⁸. Así, consideraba la comisión redactora que esta propuesta le exigía al tomador (asegurado) el máximo celo para garantizar el desenvolvimiento natural de la actividad aseguradora, dadas las implicaciones que la declaración objetiva del estado del riesgo tiene para el contrato, y además en virtud de la equidad, reconocía que él no era un especialista técnico, por lo que al no estar sometida la declaración a un cuestionario proporcionado por la aseguradora, su deber era dar cuenta de las circunstancias que conforme el sentido común regularan la peligrosidad del riesgo⁷⁹.

Sin embargo el Código de Comercio de Colombia establece que la reticencia o inexactitud en la declaración del riesgo, por parte del tomador (asegurado) afectan al contrato de nulidad relativa, toda vez que con ello se afectó la voluntad de la aseguradora. Lo mismo sucederá si por culpa de la conducta del tomador (asegurado) se altera el estado del riesgo, pero en caso que respondiera a un error inculpable el asegurador solo estará obligado a pagar una porción de la prestación asegurada, y en caso que el asegurador debiera haber o ha conocido los hechos o circunstancias que determinan los vicios de la declaración, o los ha aceptado o hubiere allanado a subsanarlos, entonces no procederá ninguna de las sanciones

⁷⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de Comercio*, Tomo I, 1958, p. 257.

⁷⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto*, Tomo II, 1958, pp. 248-249.

establecidas⁸⁰. Los cambios, por ejemplo, no obligan al asegurador a elaborar un cuestionario que guíe la declaración del tomador (asegurador), pero hace improcedente las sanciones establecidas cuando aquel conoció o debió conocer los hechos o circunstancias que dieron lugar a la reticencia o inexactitud.

Ahora bien, para los seguros de personas, en particular los seguro de vida, el Proyecto de 1958 establecía que cuando la aseguradora prescindiera del examen médico, no podría proponer la nulidad relativa del contrato cuando el error en la declaración había sido de buena fe exenta de culpa⁸¹, esta posición respondía a las críticas hechas al artículo 22 de la Ley 105 de 1927⁸², que hacía inobjetable la declaración cuando la aseguradora no había ordenado los exámenes médicos respectivos, en la medida que condicionaba la validez del contrato a la conducta del tomador (asegurado). Sin embargo la Comisión que actualizó dicho Proyecto modificó la propuesta, por lo que el artículo 1158 del Código de Comercio establece que dicho examen no es obligatorio para la aseguradora y su prescindencia no exime al tomador (asegurado) de la obligación de dar cuenta honesta y sincera de los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, ni de las sanciones que su incumplimiento acarrear.

El asunto entonces se centra en identificar el alcance de lo que la aseguradora debió conocer al momento del perfeccionamiento del contrato de seguro y sí le era exigible el despliegue de alguna conducta y cómo se relaciona esto con la obligación del tomador. Esto lleva a que el debate se centre en los posibles entendidos y alcances del conocimiento presuntivo, la diligencia y cuidado y la buena fe y cómo a través de la doctrina y la jurisprudencia se han llenado de contenido con la finalidad de atribuirle obligaciones tanto al tomador (asegurado) como a la aseguradora en la formación del estado del riesgo.

1. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Marcos del Derecho privado.

En doctrina, Ossa Gómez propone una perspectiva interesante en lo que toca a la improcedencia de las sanciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio⁸³. Él comienza por resaltar que aquella no está obligada a verificar la exactitud de la declaración del estado del riesgo, pues no hay norma que así lo establezca, sin embargo, vincula la diligencia del asegurador cuando aborda los

⁸⁰ Código de Comercio de la República de Colombia, artículo 1058.

⁸¹ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de...*, Tomo I, 1958, p. 214.

⁸² Ley 105 de 1927. Artículo 22: Cuando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causas de la salud del asegurado en caso de que este no fuere aceptable a tiempo de verificar el seguro.

⁸³ OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general...*, pp. 348-353.

deberes precontractuales del tomador, que versan sobre la declaración del estado del riesgo⁸⁴. Y aclara que cuando el asegurador desestima la inspección del riesgo, no podría invocar los hechos o circunstancias que no confrontó como presupuesto de algún vicio del consentimiento que le permitan proponer la nulidad relativa del contrato, puesto que el conocimiento presuntivo se trata de hechos que el asegurador debió conocer con mediana diligencia. Ahora bien, esto no implica una obligación absoluta en cabeza del aquel, en la medida que toda exigencia está limitada a aquello que afecte sensiblemente la actividad aseguradora, por lo que hay parte que le es propia al tomador (asegurado) y es lo que diferencia el “deber conocer” del “poder conocer”.

Ahora, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una posición que se pudiera calificar como de apariencia positivista, esto pues pareciera que quiere fundarse en elementos comúnmente aceptados como parte del discurso del DP como lo son recurrir a principios generales, como para el caso la buena fe y la diligencia y cuidado, o a expresiones que denota las obviedad de las conclusiones y la naturalidad de ellas para el ordenamiento. Aun así, con ello, se mantiene la discusión en un nivel legal, sin acudir al orden constitucional para dar cuenta de las posturas adoptadas. Así, las sentencias muestran una clara preocupación por cómo se construye el estado del riesgo asegurado y cómo se modula la supuesta pasividad que el legislador consagró al no obligar al asegurador a desplegar alguna conducta en tal sentido.

En sentencia del 19 de mayo de 1999⁸⁵, la Corte Suprema de Justicia dio cuenta simple de las diferencias entre la declaración espontánea y motivada y aclaró que en la medida que con la primera la aseguradora no intervenía, la diligencia que se le pedía al tomador (asegurado) se aligeraba y cualquier consecuencia que de allí se derivara debía ser asumida por aquella, que como profesional dejó que un lego en la materia diera cuenta del estado del riesgo desde su conocimiento, reproche que se agravaría en caso que la aseguradora no exigiera alguna información sobre el estado del riesgo, pues en tal caso sería imposible pretender la nulidad relativa dada cualquier reticencia o inexactitud, pues lo asume sin importar cuál sea. Así, considera la Corte, que la expresión “debido conocer” del artículo 1058 del Código de Comercio, refiere a la diligencia y cuidado propia de un profesional en el ramo de los seguros, por lo que la exigencia de exámenes o información adicional al tomador (asegurado) no es una potestad arbitraria, sino una obligación derivada de su experiencia y conocimiento.

Luego, en sentencia del 2 de agosto de 2001⁸⁶, la Corte dio cuenta del papel de la

⁸⁴ OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general...*, pp. 324-333.

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencia de Casación Exp. 4923 del 19 de mayo de 1999*. Mp. José Fernando Ramírez Gómez.

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencia de Casación Exp. 6146 del 2 de agosto de 2001*. Mp. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

buena fe en el contrato de seguro, así como en la declaración del estado del riesgo. Así las cosas, consideró que como criterio integrador, este principio implica obligaciones para todas las partes del contrato en las distintas etapas que lo componen (formación, perfeccionamiento y ejecución). Sin embargo dichas obligaciones se ven reflejadas en la ley, por lo que para el tomador (asegurado) es exigible una declaración sincera de los hechos y condiciones, mientras que el asegurador debe ser evaluado respecto a lo que debió conocer. Esto da lugar a que dada su condición de profesional le sea exigible un comportamiento diligente y por lo tanto adopte conductas tendientes a revelar el real estado del interés asegurable si sospecha que la declaración hecha es insuficiente o equivoca, so pena de no poder acusar la nulidad relativa del contrato por inexactitud o reticencia, lo que no se debe entender como una forma de perdón de la mala fe del tomador (asegurado).

De igual forma con la sentencia SC-039-2007⁸⁷ del 26 de abril de 2007, la Corte Suprema de Justicia retoma las cargas que el deber de buena fe significa para las partes del contrato de seguros. En consecuencia a ellas tanto el tomador (asegurado) encuentra calificada la obligación de dar cuenta cierta del estado del riesgo, como el asegurador se ve forzado a guiar y explicar desde su conocimiento la declaración de aquel, profundizando cuando su experiencia así lo mande, de forma que cuando éste tenga indicios de que debe indagar más y no lo hace queda compelido a cumplir el contrato y no acudir a la nulidad relativa fundamentada en la reticencia o inexactitud de la declaración.

La posición adoptada por la Corte Suprema en la sentencia 6146 aún es consistente en la sentencia SC 2803-2016⁸⁸. Aunque bien se expresan como potestativa la provocación de la declaración a través de un cuestionario, y la realización de exámenes posteriores que busquen dar cuenta del estado real del riesgo, dicha decisión está determinada por la diligencia debida de cada caso, de lo que no se puede entender que la sola profesionalidad de la aseguradora implica que siempre deba tomar una posición activa so pena de perder la posibilidad de acusar la nulidad relativa del contrato de seguro.

Así entonces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hay una clara preocupación por el papel que el tomador (asegurado) y asegurador tienen respecto a la declaración del riesgo, y es a través de la buena fe que se modulan los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio, respecto a aquello que constituye el conocimiento presunto del estado del riesgo y la calidad de profesional de la aseguradora. Así las cosas, si bien la posición del legislador pasó de considerar expresamente que la aseguradora debía tener un papel activo en materia de seguro de vida, tal como lo disponía la Ley 105 de 1927, ahora fue labor de la doctrina y la

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencias SC 039-2007 del 26 de abril de 2007*. Mp. Manuel Isidro Ardila.

⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencias SC 2803-2016 del 4 de marzo de 2016*. Mp. Fernando Giraldo Gutiérrez.

jurisprudencia llegar a la misma conclusión para todos los seguros a partir del artículo 1058 del Código de Comercio. De forma que la aseguradora está en la obligación de analizar cada caso para definir cuáles son las medidas pertinentes e idóneas con las que agote su carga de diligencia y cuidado, a la vez que el tomador (asegurado) está obligado a dar cuenta sincera de los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, lo que implica un conjunto de obligaciones para ambas partes, que las vinculan con la conformación de éste.

2. La intervención de la Corte Constitucional y la constitucionalización del contrato de seguros.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha construido líneas muy similares a las de la Corte Suprema de Justicia. El parecido está dado en el empleo de la buena fe como fundamento de las obligaciones que vinculan a tomador (asegurado) y aseguradora con la declaración del estado del riesgo y las conductas que implican el conocimiento presunto. Sin embargo el lenguaje empleado y la estrategia argumentativa son distintos, puesto que la Corte Constitucional parte de la protección de los derechos fundamentales para identificar las situaciones en las que debe intervenir para generar obligaciones puntuales. Para evidenciar esto, primero se abordará el desarrollo que toca a las preexistencias frente a los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud, y segundo, el que se centra en la reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.

2.1. Preexistencias en los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud.

Para la Corte Constitucional las negativas de cobertura dadas por las aseguradoras, en una serie de casos, son potencialmente violatorios de derechos como la vida, la dignidad y la salud (directamente o entendido conexo a otros derechos fundamentales). De ahí que, dados los supuestos para que proceda la acción de tutela, estudie estos casos y, en virtud de la buena fe, realice consideraciones que cambian el entendido que se le ha dado al artículo 1058 del Código de Comercio. En este caso se analiza la obligatoriedad o potencialidad de los exámenes médicos para configurar la lista de preexistencias puntuales para cada contrato de medicina pre-pagada o contrato de salud.

Así, en sentencia T-533/96⁸⁹ la Corte expone que la elaboración del listado de preexistencias particulares en cada contrato es una obligación de las partes dentro de la etapa precontractual, para lo que la aseguradora puede valerse de la realización de

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-533/96*. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

exámenes médicos que las identifiquen y determinen la cobertura del seguro, por lo que cuando la aseguradora niega los servicios médicos por cualquier enfermedad que no haga parte de esa lista taxativa de preexistencias, viola el principio de la buena fe y vulnera el derecho a la salud del asegurado, quien queda a merced de aquella. En esta sentencia los términos empleados por la Corte, no hay una obligación puntual de realizar de dichos exámenes, sin embargo las consecuencias que anuncian parecen construir el camino para que así sea.

Tiempo después, con la sentencia SU-39/98⁹⁰ la Corte fue más expresa en la vinculación de la buena fe y la fijación de las preexistencias, en la medida que la seguridad que las partes tienen en lo acordado proviene del cumplimiento, en la etapa de formación del contrato, de las cargas que se derivan de aquel principio y, en consecuencia, ellas pueden estar tranquilas en que se ha establecido con claridad la cobertura para el caso concreto, por lo que sólo la actuación de mala fe por parte del tomador (asegurado) en la etapa precontractual puede dar lugar a que la aseguradora no asuma el riesgo de una enfermedad no incluida en la lista de preexistencias. Así el carácter taxativo de la lista de preexistencias se fundamenta en los parámetros constitucionales que rigen el servicio público de salud y la protección a derechos como la salud, vida e integridad humana de los individuos. Sin embargo para la Corte, en esta sentencia la realización de los exámenes previos aún era una potestad, en la medida que la compañía “podía” realizarlos en cumplimiento de su obligación de establecer la lista taxativa de preexistencias.

Más adelante, en la sentencia T-96/99⁹¹ la Corte Constitucional consideró que la realización del examen médico era obligatoria para dar cumplimiento con el deber de dar un listado taxativo de preexistencias, derivado del principio de la buena fe, ello pues atenerse a un listado genérico vulneraría este principio. Así, la Corte modula la posibilidad de que el tomador (asegurado) actué de mala fe, en la medida que “la detección de las enfermedades que constituyen preexistencias o que no van a ser cubiertas por el contrato, es una obligación de la compañía de medicina pre-pagada que no puede ser escatimada trasladándola a quien menos conoce del asunto y que, precisamente por eso, contrata los servicios de medicina pre-pagada con entidades como la aquí demandada”⁹².

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-39/98*. Mp. Hernando Herrera Vergara.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-96/99*. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹² La relativa protección que la Corte Constitucional pareció darle a los tomadores (asegurados) que faltaban a su obligación de declarar el estado actual del riesgo se vio modulada en sentencias como la T-140/09 (Mp. Mauricio González Cuervo) y T-128/00 (Mp. José Gregorio Hernández Galindo), que reconocían mala fe en el actuar de estos y, en consecuencia, justificaban la negativa de la cobertura.

Posteriormente la sentencia T-171/03⁹³ aplica a las aseguradoras de vida la misma doctrina que ha construido frente a las compañías de medicina pre-pagada, en la medida que la conducta de ambas puede tener incidencia sobre los derechos fundamentales de un individuo⁹⁴, y aunque se trata de la negativa al posible reembolso de un procedimiento que está expresamente excluido de la cobertura del seguro, a partir de la buena fe se interpreta tal cláusula para asegurar la salud, vida y dignidad de la asegurada y se ordena la cobertura efectiva de la operación.

2.2. Reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.

Ahora bien, este punto evidencia como la Corte Constitucional no limita la protección a asuntos que vinculan el derecho a la salud, sino también otros derechos fundamentales involucrados por contextos como los derivados de la imposibilidad de pagar créditos que se encontraban cubiertos por algún seguro de vida. Así, aunque en estos fallos el principio de buena fe también sirve para modular el artículo 1058 del Código de Comercio, son derechos como la vida y la dignidad humana, entendidos en situaciones de riesgo de población en especial estado de atención, como son aquellos que han perdido más del 50% de su capacidad laboral, los que promueven la intervención constitucional.

La sentencia T-832/10⁹⁵ la Corte aborda la no cobertura de un crédito dada una preexistencia que justificaba la negativa de la aseguradora. Sin embargo para el juez constitucional, en el presente caso ésta no había solicitado la realización de exámenes médicos a la asegurada, lo que constituyó una falta de diligencia y cuidado que le impedía a la aseguradora proponer que el siniestro se había causado por una enfermedad que la aquella padecía con anterioridad al perfeccionamiento del contrato de seguro. Esto reitera el papel activo que debía asumir la aseguradora, pero daba lugar a que se entendiera que la pasividad de esta podía sanear, de alguna manera, la mala fe en la declaración del estado del riesgo, lo que da cuenta de la importancia de sentencias posteriores como la T-751/12⁹⁶. En este fallo la Corte examina dos casos en los que distintas aseguradoras niegan la cobertura de créditos adquiridos por las reclamantes, en la medida que ellas habían declarado de forma reticente el estado del riesgo. Así, retoma la doctrina que castiga la mala fe en las

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-171/00*. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁴ Sin una referencia expresa, en sentencia T-118/08 (Mp. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte Constitucional ya había aplicado a una aseguradora la misma línea argumentativa que había construido frente a las compañías de medicina pre-pagada.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-832/10*. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-751/12*. Mp. María Victoria Calle.

declaraciones de los tomadores (asegurados) y a partir de ella analiza la conducta de las reclamantes para dar cuenta de la arbitrariedad de la conducta de las aseguradoras y proceder a la protección de los derechos vulnerados.

En un argumento similar al sostenido frente a las exclusiones genéricas, en la sentencia T-342/13⁹⁷ la Corte parte del fundamento constitucional que limita la autonomía de la voluntad y no permite que a través de los contratos se generen vulneraciones a derechos fundamentales, como para el caso lo es la vida digna. En tal sentido vincula la no realización de la evaluación médica para establecer el real estado del riesgo y la determinación de exclusiones y preexistencias genéricas como actos arbitrarios que sobrepasan tal límite.

Por último, en la sentencia T-222/14⁹⁸ la Corte Constitucional diferencia la reticencia de la preexistencia y con ello toca directamente la postura que la Corte Suprema de Justicia ha adoptado frente a lo que las aseguradoras deben o pueden conocer frente a la declaración del riesgo. Para la Corte, la reticencia implica una valoración subjetiva de un hecho objetivo, que es la preexistencia de una condición médica al momento de perfeccionar el contrato de seguro. Dicha valoración, como se ha dicho, decide la suerte del contrato toda vez que el tomador (asegurado) haya actuado de mala fe en la declaración del estado del riesgo, es decir, que al momento de perfeccionarse el contrato éste conocía su condición médica y no la reveló pues de hacerlo, la aseguradora hubiera cambiado las condiciones de la prima o no lo hubiera asegurado. De ahí que no toda preexistencia constituya la reticencia, pues debe mirarse desde la diligencia y conocimiento que a cada una de las partes les corresponde, dada sus condiciones, lo que lleva a considerar la calidad de profesional de las aseguradoras, y a concluir que sólo será posible declarar la nulidad relativa cuando “la aseguradora en su deber de diligencia, no pueda conocer los hechos debatidos”.

Todas estas sentencias muestran un camino construido por la Corte Constitucional con el que se pretende asegurar la protección de un conjunto de derechos fundamentales, para lo que recurre a la buena fe y desde su naturaleza de principio y su contenido indeterminado, da cuenta de una serie de obligaciones que llevan a que la aseguradora tome un papel activo en la determinación del riesgo asegurable y, conjunto con el tomador (asegurado), garanticen unas condiciones contractuales claras y seguras a través de un listado de preexistencias para cada caso, lo que la obliga a realizar los exámenes médicos pertinentes. Esto modula claramente el artículo 1058 del Código de Comercio en lo que concierne a aquello que la aseguradora “debió” conocer y, en consecuencia, también toca al artículo 1158 del Código de Comercio, pues la obligación del tomador (asegurado) de declarar

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-342/13*. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, la configuración de la reticencia o inexactitud, aunque sea por culpa del tomador (asegurado) no pueden ser entendidos sin las obligaciones que desde la buena fe y la diligencia y cuidado se reconocen en la aseguradora.

2.3. ¿Hay una efectiva constitucionalización en el contrato de seguro?

La Constitucionalización Directa, como se ha planteado, da muestra clara de la intervención de derechos constitucionales en la solución de casos del DP. Así las cosas, la Corte Constitucional, como se mostró, ha generado un marco jurisprudencial que da las pautas para que sea el juez de tutela quien resuelva asuntos que por intuición debieron ser conocidos por el juez ordinario. Así es como la actividad aseguradora ha sido entendida como un servicio público, se han establecido las condiciones para que no proceda la subsidiariedad y se identifique la condición de indefensión del tomador, asegurado o beneficiario frente a la aseguradora. Ahora bien, si el juez de tutela asume el proceso pero no lo resuelve sustancialmente, entonces no hay lugar a una constitucionalización formal efectiva.

Así las cosas, también se mostró como la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de posturas que modulan los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio. Al respecto, se vuelven centrales las distintas posturas y consideraciones hechas sobre si la pasividad de la aseguradora daba lugar a que no se pudiera solicitar la nulidad relativa del contrato de seguro, aun cuando el tomador (asegurado) hubiera actuado de mala fe. Para la Corte en un principio la situación subjetiva de éste era objeto de estudio y sin importar la conducta de la aseguradora, debía reprocharse al aquel que hubiera sacado una ventaja injustificada de su contraparte; sin embargo esta posición cambió y en algunos fallos la sola negligencia de la aseguradora le imposibilitaba reclamar la reticencia o inexactitud y, en consecuencia, le obligaba a cumplir con lo acordado; postura que luego fue abandonada para retomar la inicial. Ahora, este cambio no estaba fundado en interpretaciones de orden legal, sino que buscaban dar un margen de protección efectiva a los derechos constitucionales que la Corte veía involucrados en los casos que fallaba, lo que lleva a evidenciar otra etapa de la constitucionalización y es la efectiva defensa de estos intereses.

Aunque solo se presentaron dos líneas, en ellas se puede evidenciar la diversidad de contextos en los que la Corte Constitucional identifica derechos por proteger. La primera línea aborda la salud como eje, la que considera un derecho objeto de tutela toda vez que vincula ciertos entendidos del derecho a la vida y a la dignidad humana; la segunda muestra como relaciones eminentemente patrimoniales, como los créditos financieros, pueden derivar en otras situaciones que afectan derechos

como la dignidad humana, a través del mínimo vital y con ello el derecho a la vivienda, y la protección de sujetos en especial estado de indefensión.

Sin embargo, la interpretación de las normas involucradas en los casos estudiados, no parte de los derechos fundamentales involucrados, sino de las implicaciones que la Corte Constitucional considera que se derivan de la buena fe como principio rector de las relaciones contractuales. Y es aquí donde la constitucionalización se torna similar al trabajo hecho por la Corte Suprema de Justicia en los casos abordados por ella, en los que también modula los mismos artículos pero sin atender a intereses constitucionales o a suponer aspectos como la desigualdad de la relación entre aseguradora y tomador, asegurado o beneficiario, ni a la calidad de la actividad aseguradora. Así las cosas, la buena fe, como principio general del derecho, se torna fundamental en ambas ‘jurisdicciones’, y revela como ambos jueces, el constitucional y el ordinario, se valen de normas sin un contenido estático para establecer obligaciones que el legislador no ha consagrado para las partes en un contrato.

Ahora bien, que la argumentación de la Corte Constitucional atienda a aquellos derechos de naturaleza constitucional implica que efectivamente el contrato de seguros se haya constitucionalizado. Bien puede entonces que las consecuencias que de este fenómeno se deriven no sean distintas a las que la Corte Suprema de Justicia, en un análisis de orden legal, ha establecido, lo que sí llama la atención es que el constitucional haya derivado en obligaciones expresas y no en asunciones generales como “las obligaciones derivadas de las cargas de la buena fe” o “aquellas que se entienden de la diligencia y cuidado propio de los profesionales en seguros” que bien pudieran leerse en las sentencias de casación que se han estudiado.

VI. CONCLUSIONES.

Este artículo ha partido de un conjunto de teorías para dar cuenta de cómo los discursos jurídicos permiten poner en contexto los cambios de distintas instituciones. Así de forma somera se dio cuenta de cómo el DP ha sido redefinido por los distintos intereses que han formado las globalizaciones del pensamiento jurídico y cómo esto ha determinado las líneas argumentativas que proponen cambios de entendidos normativos en materia del derecho de seguros, con especial atención a la potestad de la Corte Constitucional para conocer de controversias contractuales y a las definiciones de cuáles son las obligaciones de las partes en la identificación del estado del riesgo.

Así entonces, en Colombia se puede evidenciar una efectiva constitucionalización del contrato de seguros, puesto que la Corte Constitucional se ha apropiado de un

conjunto de herramientas discursivas como la proporcionalidad o la igualdad, a través de las cuales ha identificado e intervenido en un conjunto de casos en los que se ven afectados derechos fundamentales, con lo que ha reevaluado las posiciones que llevaron a la concreción de las normas y el entendido que se les ha dado dentro de la esfera del derecho ordinario, y ha propuesto nuevas interpretaciones que han significado un cambio efectivo en el esquema contractual que definía las obligaciones de las partes antes de su intervención. Sin embargo ese ejercicio no es del todo diferente al que la Corte Suprema de Justicia ha realizado, en la medida que también parte del mismo principio y construye una serie de obligaciones que no están dadas expresamente por el Legislador. Las diferencias se mantienen entonces en el discurso empleado, las herramientas argumentativas y la referencia directa a los derechos constitucionales o al orden legal, aunque hay dos de ellas que vale la pena puntualizar: la primera es que la Corte Suprema de Justicia ha evaluado las conductas de las aseguradoras para definir la procedencia de la nulidad relativa del contrato de seguro, mientras que la Corte Constitucional ha sido enfática con la obligación que tienen éstas de practicar exámenes médicos que le permitan identificar las preexistencias puntuales; la segunda es que la Corte Constitucional ha dado lugar a que la mala fe del tomador (asegurado) pueda ser saneada por la falta de actividad de la aseguradora, mientras que en las sentencias analizadas de la Corte Suprema de Justicia, este siempre ha sido un límite claro a la obligación de la aseguradora.

Ahora bien, la aceptación o rechazo de la constitucionalización formal efectiva no niega su existencia, como tampoco los posibles problemas que ella signifique a la sistemática del ordenamiento, en la medida que, por ejemplo, parte de las potestades que la misma Corte Constitucional se ha dado en pro de la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, sin que haya un límite claro de su alcance. Ahora bien, esto no es extraño a la actividad judicial, en la medida que para fundamentar sus decisiones pueden partir de normas a las que los mismos jueces les han dado contenido, como para el caso resulta ser el principio de la buena fe, que sirve de fundamento para construir las diferentes interpretaciones sobre el artículo 1058 del Código de Comercio atendiendo a distintos intereses, como el apego al derecho legislado, de la Corte Suprema de Justicia, o a la protección de los derechos fundamentales, de la Corte Constitucional.

Sin embargo la realidad muestra que no ha habido una aprehensión efectiva del discurso constitucional por los distintos operadores jurídicos. Las sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia aún parten del entendido establecido en el Código de Comercio y no dan cuenta de la realización de los exámenes médicos como conducta obligatoria de las aseguradoras en la concreción del estado del riesgo. Así también da cuenta de ello que la Corte Constitucional aún tenga una intervención reiterada a través de sentencias de tutela que parten de las negativas de las aseguradoras al cubrimiento de siniestros dadas las cláusulas generales de

preexistencias o la reticencia del tomador (asegurador) sin atender a las directrices dadas. Así entonces, en la medida que la revisión por parte de la Corte Constitucional es excepcional y que los jueces de inferior jerarquía no se apegan al sistema de precedente que se ha construido en la materia, no es posible siquiera afirmar que todas las posibles vulneraciones a derechos como la vida, la salud, la vivienda o la dignidad humana causadas por las conductas de las aseguradoras alcanzan a ser corregidas. Queda entonces identificar cuál ha sido el real grado de constitucionalización efectiva, así como las razones para que entes de control y otros agentes no se hayan visto vinculados por este discurso.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN VILLEGAS, J. J.: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, U. d. Rosario, U. d. l. Andes, & E. Temis eds., 2013

CHINCHILLA, T. E.: *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª ed., E.T.S.A.; 2009.

CORRAL TALCIANI, H.: "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado", *Derecho Mayor*(3).

DEL CASTILLO, A.: *Comentarios de Derecho Comercial*, 2ª ed., Santafé ed., 1947.

DEMSETZ, H.: "Hacia una teoría de los derechos de propiedad", 1967. Retrieved from <http://www.eumed.net>

DOMAT, J.: *Las leyes civiles en su orden natural*, vol. 1, A. E. Librería & A. Librería-Ediciones eds., Bogotá, 2015.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed., C. G. Posada, Trans. F. Beltrán Ed., 1920.

ESTRADA, A. J.: "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano" en AA.VV.: *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, UNAM, México, 2002. Retrieved from <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx>.

FADUL VERGARA, W. R., "Visión introductoria" en VANEGAS FRANCO, A./RODRÍGUEZ AZUERO, S./TORRES VILLAREAL, M. L. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

FERRI, L.: *La autonomía privada*, L. S. Mendizabal, Trans. E. R. d. D. Privado Ed.). Madrid, 1969.

GORDON, R. W.: "Critical legal histories" *Faculty scholarship series*, 1984.

GÓNZALEZ JÁCOME, J.: *Los debates del pensamiento jurídico colombiano entre 1886 y 1920*, P. U. Javeriana, G. E. Ibáñez, & Depalma Eds, Bogotá, 2011.

ISAZA, F.: "Historia legal del seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurador" en AA.VV.: *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, vol. 1, 2013. Retrieved from <http://www.fasecolda.com>.

JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho de seguros*, vol. 1, E. T. S.A. & F. d. c. j. d. l. P. U. Javeriana Eds., 2010.

JOSSERAND, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, C. J. Latorre, Trans. U. Nacional Ed., 1940.

JUNGUITO, R./RODRÍGUEZ, A. M.: "La empresa y la industria aseguradora colombiana en el contexto económico de finales del siglo XIX y siglo XX" en AA.VV.: *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, Bogotá, 2013. Retrieved from <http://www.fasecolda.com>.

KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 13ª ed., E. Porrúa, México, 2003.

KENNEDY, D.: *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1850-2000*, U. E. d. Colombia Ed., 2015.

LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1983.

MANTILLA ESPINOSA, F.: "La "constitucionalización" del derecho privado", *Revista oficial del poder judicial*, 1(2), 2007.

MARTÍNEZ NEIRA, N. H.: "La nueva Ley 45: antecedentes y desarrollos" en VARGAS FRANCO, A./ S. RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLARREAL, M. L. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*: Universidad del Rosario, 2011.

MEJÍA JARAMILLO, A.: "Apuntes sobre el contrato de seguro" en *Estudios de derecho*, 32(84), 477, 1973.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de*

Comercio, 2 vols., Bogotá, 1958.

MONATERI, P. G.: "Gaius el negro" en *La invención del derecho privado*: Universidad de los Andes, 2006.

OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general del seguro. El contrato*, 2ª ed., vol. 2, 1991.

PARRA BENÍTEZ, J.: "La constitucionalización del derecho privado en Colombia" en ARAMBURO CALLE, M. (ed.): *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, vol. 2, Dike, 2011.

ROSE, C. M.: "Property as storytelling: Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory", *Faculty Scholarship Series*, 1990.

SAMUEL, G.: "Derecho romano y capitalismo moderno" en S. D. HOMBRE, U. D. L. ANDES, & P. U. JAVERIANA (Eds.): *La invención del derecho privado*, Bogotá, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: "Constitución" en DÍAZ, E./ RUÍZ MIGUEL, A. (eds.): *Filosofía Política II Teoría del Estado*, 1996.

TRUBEK, D. M./ SANTOS, A.: *The new law and economic development: a critical appraisal*, Cambridge/ New York, Cambridge University Press, 2006.

VANEGAS FRANCO, A.: "Pasado, presente y futuro del derecho de seguros en Colombia" en VANEGAS FRANCO, A./ S. RODRÍGUEZ AZUERO, S./ LUCÍA, T. V. M. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

VÉLEZ, F.: *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., París-América ed., vol. 6, 1926.

