

DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ASEGURAMIENTO DE LOS RIESGOS

**PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, LA CORTE
CONSTITUCIONAL Y LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

MONOGRAFÍA

STEFANÍA RODRÍGUEZ PLAZAS

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS**

BOGOTÁ D.C.

2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como eje central mencionar la aplicación de la libertad de empresa en el contrato de seguros a la hora de decidir asegurar o no asegurar ciertos riesgos y en el momento de decidir con quien se contrata o con quien no se contrata, máxime si se tiene en cuenta que estos temas han venido incrementando en importancia con la fuerte ola de tutelas emitidas por la Corte Constitucional en la protección de los derechos fundamentales de los particulares (personas naturales y en algunas ocasiones personas jurídicas).

La Constitución Colombiana presentó un cambio importante y fue justamente el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, lo cual implicó que los jueces ya no tuvieran ese carácter de legislador negativo, sino por el contrario que los mismos, pudieran interpretar las normas y por ende ahora se les diera el carácter de legislador positivo, teniendo en algunas circunstancias unas facultades discrecionales en la aplicación de la normatividad vigente.

Vale la pena traer a colación lo mencionado por Arrubla Paucar¹, quien ha sostenido que el ordenamiento jurídico se encuentra efectivamente constitucionalizado cuando el derecho vigente, en una sociedad determinada, reconoce a la constitución una función jurídica peculiar que se impone sobre todo el derecho. Una encuesta de constitucionalidad, de acuerdo con Guastini, citado por Vigo (2000, p. 188), nos llevaría a las siguientes cuestiones en el ordenamiento jurídico colombiano para saber el grado de constitucionalización en que se encuentra:

- a) La constitución es una regla jurídica que se impone sobre las demás y se convierte en el campo de atención de todos los juristas, no solamente de los constitucionalistas;

¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. 2010. La Constitucionalización del derecho privado. Nuevo Derecho, Vol. 5. Nº 7. Julio- diciembre. Páginas 47-73.

- b) La constitución se encuentra cargada de principios y valores de alto contenido moral, con prevalencia del lenguaje relativo a los derechos humanos, que se extiende por todas sus partes, incluso en el preámbulo de la constitución;
- c) La constitución goza de una eficacia directa, y se entiende que todos los jueces son de la constitución y no solo de la ley;
- d) La constitución tiene garantía de control constitucional.

#

De acuerdo con lo anterior, este fenómeno de constitucionalización no ha sido ajeno al contrato de seguros, en el que no en pocas ocasiones, las altas cortes se han encargado de recordarles a las compañías aseguradoras que deben cumplir una función social y que en virtud del principio de solidaridad, también son ellas las encargadas de velar y garantizar la protección de los derechos fundamentales de los asegurados y/o tomadores de sus pólizas.

Ahora bien, habiéndose cumplido los primeros cinco años desde la creación de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, y dado que a la fecha esta entidad ha emitido más de 7533 providencias en ejercicio de las funciones judiciales que le fueron conferidas por el Artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, resulta útil y necesario hacer una descripción y análisis de las bases jurídicas e interpretativas adoptadas en dichas sentencias para posteriormente hacer una comparación con los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional.

Justamente por las situaciones ya expuestas se hace relevante y es la idea de este trabajo comparar las posiciones tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional y de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los temas de riesgos inasegurables, el aseguramiento de la culpa grave y las exclusiones en el contrato de seguro.

2. ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN

2. ÍNDICE

3. DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

3.1. Evolución histórica.

3.2. Concepto.

3.3. Función social

4. DEL CONTRATO DE SEGURO.

4.1. De las exclusiones en el contrato de seguro.

4.2. De los riesgos inasegurables.

4.3. El aseguramiento excepcional de la culpa grave en el contexto de seguro de responsabilidad civil.

5. CONCLUSIONES

3. DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA:

3.1. Evolución histórica:

La empresa se ha definido por nuestro C.Co., como aquella actividad económica organizada para la producción de bienes y/o la prestación de servicios. Este concepto es una realidad que genera efectos en el mundo de los negocios, y los mismos no pueden ser ajenos a la industria aseguradora.

La libertad de empresa tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, cuando se instauró el principio de libertad de comercio y de industria paralelamente a la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, eso bajo un sistema económico autosuficiente y como consecuencia del derecho natural y de una política antiestatal².

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de septiembre de 1938, cuyo magistrado ponente es Eleuterio serna R., mencionó en cuanto su alcance lo siguiente: *“El contenido de la libertad de industria consiste en que cada cual tiene derecho a dedicarse a la actividad lícita y honesta que escoja. Mas semejante libertad no es absoluta, ya que existen medidas policivas y condiciones impuestas por la seguridad pública en defensa de los intereses colectivos o en amparo de terceros”*.

Vale la pena precisar que nuestra normatividad no ha establecido a la libertad de empresa como una figura independiente y autónoma, pero si ha establecido como derecho constitucional la libertad económica.

² GALGANO, Francesco. Derecho Comercial: El Empresario. TEMIS, Bogotá, 1999, p. 120. Título original: Diritto commerciale. L'impreditore. Terza edizione, 1989.

Hay quienes opinan que la libertad de empresa es la moderna expresión de la libertad económica, sin embargo, hay doctrinantes que sostienen lo contrario. En Colombia la jurisprudencia constitucional no ha mantenido una sola línea, ya que en algunas ocasiones las equipara y en otras las diferencia. Lo importante en todo caso, es que se ha reconocido a lo largo de los años, que el principio de libertad de empresa existe e irradia todos sus efectos, aunque en la Constitución de 1991 se haya omitido su consagración expresa³.

3.2. Concepto:

ARAGON REYES expresa que la libertad de empresa es una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-425/1992 ha mencionado que es un sinónimo de la libertad económica estableciendo lo siguiente: *“Es la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”*.

Así las cosas, la libertad de empresa es una libertad que se concede a toda persona (sin hacer distinción entre personas naturales o jurídicas), para desarrollar actividades de carácter económico (entendiendo por actividad económica, aquella que tiene por objeto la producción y distribución de bienes, y de forma derivada el consumo y la acumulación), y para mantener o incrementar su patrimonio (conjunto de bienes materiales e inmateriales inherentes a una persona)⁴.

³ Sabogal, Luis Fernando. 2005. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. Revist@ e- Mercatoria. Volúmen 4, Número 1. Páginas 1-18.

⁴ Ibídem.

La Corte Constitucional ha precisado que nuestra Carta Política estableció en su artículo 333 que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común y que la empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. Conforme a ello, se le asigna a la ley la función de delimitar el alcance de la libertad económica, cuando así lo exija el interés social.

En ese orden de ideas, las normas que amparan la libre iniciativa privada han suscitado complejos problemas, siendo necesario armonizar la libertad general de la acción de los particulares para el desarrollo de actividades relativas a la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios- la libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de competencia- con la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que concurren al mercado, a fin de obtener lo requerido para la realización de los derechos fundamentales.

3.3. Función social⁵:

La función social de la empresa ha sido entendida por la jurisprudencia (Corte Constitucional: T-375 de 1997, C-586 de 2001 y C- 624 de 1998) como uno de los límites a la libertad de empresa que no se debe perder de vista en la aplicación de este principio.

El Estado Social de Derecho ha sido fundamental para la implementación de la función social de la empresa, ya que ha propuesto un estado en donde tanto individuos como organizaciones tengan un carácter social. Así las cosas, la empresa no puede ser ajena a esta función si se tiene en cuenta que es la base del desarrollo de la sociedad.

Entonces, la empresa y el empresario verán limitado el ejercicio de su libertad de empresa por el cumplimiento de una función social, es decir que los mismos

⁵ Ibídem.

deberán orientar sus actividades no sólo a que sus bienes o servicios sean productivos o dejen un marco de utilidad, sino además deberán cooperar al desarrollo y crecimiento económico de la nación, colaborar a la cohesión social y a la protección medioambiental, para de este modo contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales, que por supuesto como se ve, van más allá de la simple expectativa lucrativa que en principio podría tener el empresario.

4. EL CONTRATO DE SEGURO

4.1. De las exclusiones en el contrato de seguro

Sea lo primero mencionar qué en el contrato de seguros, existe un principio fundamental que es la libertad contractual o libertad económica de conformidad con lo mencionado anteriormente, el cual le permite tanto al asegurador como al tomador decidir si contrata o no, y cuáles serán las condiciones que regirán dicha relación contractual (artículo 1056 del C.Co.).

Al respecto de la libertad de empresa, la Corte Constitucional ha reconocido su existencia en Sentencia C-365 de 2012 del 16 de mayo, mencionando lo siguiente:

“(...) la venta de un salvamento es una actividad plenamente admitida en el derecho de seguros aunque no se encuentre regulada en el Código de Comercio. En este sentido, la norma demandada hubiera afectado desproporcionadamente la libertad de empresa, para prevenir un crimen que puede ser sancionado con otras conductas punibles que tipifican de manera directa el uso fraudulento de los documentos, las licencias y los números de identificación de los vehículos automotores declarados en pérdida total. Por las razones anteriores, se declaró la inexecutable de la norma demandada”.

En ese sentido, si bien existen por definición normativa riesgos que, en principio, se encuentran excluidos, ellos pueden ser objeto de cobertura a través de pacto

expreso de las partes, tal como ocurre con los riesgos de guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos o, en general, conmociones populares de cualquier clase, así como las erupciones volcánicas, terremoto o cualesquiera otras convulsiones de la naturaleza, denominados comúnmente como riesgos de índole catastrófica (art. 1105 C.Co.).

Respecto de este tema la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante Concepto No. 1999055614-2, de febrero 9 de 2000 mencionó lo siguiente:

“Así las cosas, las conmociones populares se consideran exclusiones de carácter legal, y son reservas lógicas, en cuanto tales situaciones pueden causar daños en proporción y magnitud incontrolables en número y extensión, debido a que se desbordan los canales de legalidad y el orden público reinante. Aún más, sus consecuencias no pueden preverse en toda su extensión y destruirían fácilmente todas las previsiones del asegurador y las reglas técnicas en que funda sus cálculos, toda vez que en cualquiera de dichos acontecimientos el siniestro afectará varios riesgos, por lo que el asegurador excedería considerablemente el pleno de responsabilidad determinada para sus operaciones.

Es por ello que los actos ocasionados por los grupos subversivos que puedan operar en el país, se consideran encajados dentro de las excepciones señaladas en el artículo 1105 del Código de Comercio.

(...)

La guerra, en este orden de cosas, es pues -como ya lo hemos dicho- un típico riesgo jurídicamente "asegurable", no un riesgo -importante es la diferenciación- inasegurable "per se", por lo menos a la luz de la preceptiva jurídica. Es el asegurador, en últimas, quien decide si lo "asegura o no", habida consideración de que el legislador concibe tal posibilidad. Sin embargo, en aras de la reflexión, se permite su aseguramiento a través del "pacto en contrario", mínima garantía instituida en favor del asegurador,

del mercado y de la economía en general, atendidas las conocidas consecuencias financieras emanadas de la configuración de un posible hecho catastrófico de la estirpe en cita”.

A su vez, existen riesgos que son inasegurables, aun si mediase acuerdo de las partes en ese sentido, tal como ocurre con el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, beneficiario y/o asegurado, los cuáles por definición, se entienden excluidos de cobertura del contrato de seguro y no admiten pacto en contrario (artículo 1055 C.Co.).

El asegurador puede, salvo algunos casos legales muy puntuales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a los que se encuentra expuesto el interés asegurado, supeditando dicha asunción al cumplimiento de ciertos requisitos; o, por el contrario, puede decidir si pacta exclusiones que lo liberarían de pagar la indemnización acordada, en caso de acaecer el riesgo asegurado.

En sentencia del 3 de marzo de 2015, la Superintendencia Financiera de Colombia, a propósito de que las compañías aseguradoras pueden supeditar el cumplimiento del contrato a algunos requisitos, mencionó en un caso objeto de estudio que: El asegurado al momento de tomar el seguro de desempleo no se encontraba vinculado laboralmente con ninguna entidad, encontrando que existía una clara delimitación contractual del riesgo, en el sentido de que, si se quería afectar tal amparo, resultaba necesario contar con un contrato laboral vigente.

A continuación, se presentarán las diferentes posiciones que han adoptado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Superintendencia Financiera de Colombia, con relación a las exclusiones pactadas en el contrato de seguro y las exigencias que las mismas deben cumplir de acuerdo con lo pactado en la normatividad vigente y aplicable al contrato de seguros.

Como punto de partida, debemos precisar que la función principal de las exclusiones es delimitar el riesgo que asume la aseguradora por virtud del contrato de seguro. Precizando además, que las exclusiones en esta materia, tienen unas características puntuales establecidas en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tales como que las mismas deben ser pactadas expresamente por las partes en la póliza, a partir de la primera página, en caracteres destacados, y que deben redactarse de forma tal que sean de fácil comprensión.

En consonancia con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia ha dado aplicación al EOSF, a la Ley 45 de 1990 y a lo establecido en las Circulares Externas 007 de 1996 y 076 de 1999, precisando también, que dicha normatividad es imperativa, de obligatoria observancia y por tal no es posible excusar el cumplimiento de las condiciones, debido a que una cláusula pactada sin el cumplimiento de tales requisitos sería considerada a todas luces ilegal.

Con ocasión de la normatividad imperativa, en sentencia de tutela del 25 de julio de 2013, la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de un seguro de vida, precisó que las exclusiones deben estar en caracteres destacados en la primera hoja de la póliza, y no en las internas o en la caratula o en las condiciones generales, situación que en ese caso objeto de estudio no se cumplió por la compañía aseguradora, toda vez, que la misma alegó que tenía las excepciones en las condiciones generales. Igualmente, aclaró que la normatividad en la que se exigen los requisitos anteriores, no corresponde a normas supletivas, por el contrario, las mismas son imperativas.

Con respecto a las exclusiones pactadas a partir de la primera hoja de la póliza, es pertinente anotar que en sentencia de tutela del 29 de enero de 2015, la Corte Suprema de Justicia, en reiteración de lo afirmado en sentencia de 2013, dispuso que no se cumplía con lo exigido en la ley, debido a que se pactaron exclusiones en los anexos. Con ocasión de un seguro de vida cuyo asegurado falleció, los beneficiarios demandaron el pago de la indemnización y la aseguradora propuso como excepción la inexistencia de la obligación por encontrarse una exclusión

pactada en la póliza. En segunda instancia, el tribunal dio probadas las excepciones de mérito y liberó a la aseguradora del pago de la indemnización.

A título de obiter dictum, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que las exclusiones pactadas en la póliza no deberían generar un desequilibrio en los derechos y en las obligaciones que para las partes surgen del contrato de seguro, so pena de que las mismas puedan considerarse cláusulas abusivas con las implicaciones reguladas en la Ley 1328 de 2009. En sentencia del 19 de diciembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia, precisó que: *“(...) la respectiva exclusión no debe generar un desequilibrio tal en el haz de derechos y obligaciones que para las partes surgen del contrato de seguro, (...) la mencionada estipulación puede considerarse como una cláusula abusiva”*. Se tomó una póliza de equipo contratista y maquinaria para amparar la excavadora hidráulica; presentado el siniestro, el tomador reclamó y la aseguradora objetó argumentando que se había pactado como exclusión si el daño se generaba por una sobrecarga a la máquina.#

Como segundo punto, la Superintendencia Financiera de Colombia ha mencionado que tratándose de una póliza de daños que recaer sobre un vehículo y además tiene pactada la modalidad “todo riesgo”, las disposiciones legales le otorgan la facultad a las aseguradoras de seleccionar y asumir los riesgos que ellas deseen aceptar. En desarrollo de lo anterior, plantea igualmente dicha entidad, que las exclusiones delimitan contractualmente el riesgo y que en consecuencia pactarlas es perfectamente válido, siempre con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. En sentencia del 17 de julio de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia estudió el siguiente caso: una sociedad adquiere una póliza todo riesgo con el fin de amparar un vehículo el cual sufre un siniestro y el cual se encontraba en leasing a favor de la misma sociedad. El asegurado pagó el seguro y la aseguradora objetó argumentando que el siniestro se generó en una situación expresamente excluida en la póliza.

De lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia ha sentado la regla a manera de obiter dictum que la compañía aseguradora, atendiendo unos parámetros económicos, técnicos y legales, puede asumir algunos riesgos a los que está expuesto el objeto asegurado, sin que esto equivalga a la introducción de cláusulas abusivas. Es así como dicha entidad reitera, que el legislador facultó a las partes a establecer cláusulas en el contrato que exoneren a la compañía aseguradora del pago de la indemnización, siempre y cuando la realización del riesgo se circunscriba a la situación pactada como “exclusión”.

De conformidad con lo anterior, en sentencia del 22 de junio de 2015, la Superintendencia Financiera de Colombia estudió el siguiente caso: los beneficiarios de una póliza de Accidentes Personales reclaman a la aseguradora, con el fin de hacer efectivo el amparo de fallecimiento por muerte accidental. La aseguradora objeta mencionando que se encontraba excluida de cobertura en la póliza, si dicha muerte accidental se generaba como consecuencia de infracciones a normas de tránsito, situación que se encontró probada por la Superintendencia Financiera de Colombia quien denegó las pretensiones de la demandante.

Visto esto, es posible encontrar un punto de contacto en las tesis de ambas corporaciones, existiendo entre la tesis de la Superintendencia Financiera de Colombia y la de la Corte Suprema de Justicia, uniformidad en cuanto a la posibilidad de pactar exclusiones en el contrato de seguro, basada principalmente en la libertad que concede el C.Co. a las compañías aseguradoras de asumir a su arbitrio ciertos riesgos.

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia T-282 de 2016 del 1° de junio, indicó que el contrato de seguro tiene envuelto el principio de buena fe, el cual implica entre otras cosas, la obligación para las compañías aseguradoras de indicar de forma clara y taxativa todas las exclusiones que rigen y aplican en el contrato de seguro. Adicionalmente, menciona que dichas entidades tienen la carga de redactar de forma taxativa las exclusiones contractuales.

Finalmente, la misma Corporación en Sentencia T-024 de 2016 del 2 de febrero, ha precisado que es deber de quien elabora el contrato de seguro eliminar cualquier ambigüedad que se pueda presentar, mediante la expresión precisa y taxativa de las exclusiones de la cobertura del seguro.

Así las cosas, podemos resaltar que todas nuestras autoridades, han sostenido que al ser las compañías de seguros “la parte fuerte” en el contrato de seguro, es quien tiene mayores cargas obligacionales a la hora de suscribir dicho contrato.

4.2. De los riesgos inasegurables

El C.Co. menciona como regla general que existen en el contrato de seguros los siguientes riesgos inasegurables⁶: *El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario.*

La aplicación de la regla antes mencionada fue objeto de estudio por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde con ocasión de una póliza de tarjeta protegida integral⁷, manifestó que existió participación voluntaria del asegurado en la causación del siniestro (voluntariamente entregó el dinero retirado de su cuenta a unos “desconocidos”), situación que resulta como primera medida, extraña al amparo pactado en la póliza y finalmente, que correspondería per se a un riesgo inasegurable en virtud de lo establecido en el C.Co., toda vez que fue un acto potestativo del asegurado.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia con ocasión de una póliza vida grupo en que el asegurado falleció, distinguió entre el suicidio consciente del inconsciente, según que la persona tenga la capacidad de comprender lo que está realizando, por tal motivo, si existe voluntad del asegurado o del tomador en quitarse la vida, la

⁶ Artículo 1055 del Código de Comercio.

⁷ 7 Sentencia del 8 de mayo de 2014, Superintendencia Financiera de Colombia. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

muerte no sería per se un riesgo asegurable. En sentencia del 25 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia, estudió que: Los demandantes actuando en calidad de beneficiaria y de hijos legítimos, demandan a la aseguradora a pagar los saldos insolutos de un crédito tomado en vida por el asegurado. La aseguradora objetó el pago de la indemnización del seguro de vida grupo, argumentando falta de legitimación en la causa y la exclusión del suicidio.

En consecuencia, los períodos de carencia se aplican al suicidio consciente o voluntario y no al inconsciente, porque en este último el riesgo queda cubierto desde la época de la celebración del contrato de seguro, sin importar la época en que ocurra. En todo caso, concluye dicho organismo, le corresponde a la compañía aseguradora probar la voluntariedad o no del suicidio y así argumentar si es un riesgo que en efecto sería inasegurable.

En nuestra opinión, la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia no tiene asidero alguno, toda vez que cuando existe suicidio resulta claro que se encuentra inmersa la voluntad del asegurado en realizar el acto de quitarse la vida; tema diferente es si la misma se encuentra viciada, como quiera que tal persona no se encuentra en el uso de sus facultades completas y no le sería posible actuar con pleno discernimiento y total libertad. Es así como, existiendo voluntad del asegurado, nos encontraríamos dentro de la hipótesis planteada en el C.Co en lo relativo a los riesgos inasegurables y puntualmente a que los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario no podrían ser objeto de cobertura, pues se podría llegar a desnaturalizar lo que hoy se entiende como el contrato de seguro.

La Corte Constitucional en sentencia T-517 de 2006 del 7 de julio, ha precisado lo siguiente: *“Las Compañías aseguradoras pueden delimitar contractualmente los riesgos (art.1056 CCo) o negarse a expedir una póliza si se trata de actos inasegurables. Pero la simple negativa no es aceptable por tratarse de una*

actividad de interés general que es uno de los fines del Estado Social de Derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política”.

Sobre este punto vale la pena mencionar que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido innegable evidenciar el fenómeno que se ha venido denominando “constitucionalización del derecho privado”, lo cual implica un fuerte impacto para las compañías aseguradoras a la hora de decidir no contratar un seguro con un particular, ya que se puede ver expuesta a que vía tutela esta corporación imponga obligaciones incluso superiores a las establecidas en el C.Co. El fenómeno ya mencionado implica que el ordenamiento jurídico y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución Política de Colombia. Esta constitucionalización genera una protección enorme a los derechos fundamentales que emanan del Estado Social de Derecho.

Esta tendencia ha llevado a casos bastante extremos como lo sería la sentencia emitida por el Consejo de Estado, en la que se optó por extender al máximo la cobertura de la póliza, amparando riesgos que no estaban pactados y que no guardaban relación con el tipo de póliza contratada.

En sentencia del 28 de febrero de 2017, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: La aseguradora otorgó una póliza con el objeto de amparar la ejecución del contrato. Un ciudadano en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitó que se le pagaran los perjuicios ocasionados por el servicio prestado por el hospital. El Consejo de Estado falló mencionando que la aseguradora debería pagar los perjuicios ocasionados, toda vez que era evidente que, si bien en ninguna de las distintas pólizas se menciona taxativamente la responsabilidad civil extracontractual como un riesgo amparado, lo cierto es que, dicho riesgo se encontraba inmerso en los descritos como prestación y calidad en el servicio.

4.3. El aseguramiento excepcional de la culpa grave en el contexto de seguro de responsabilidad civil.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 5 de julio de 2012, con ocasión de la póliza de responsabilidad civil, no solo ha sostenido que la culpa grave es un riesgo asegurable, sino que si es intención de la compañía aseguradora excluir tal riesgo, debería pactarlo expresamente en el contrato de seguro en virtud de la libertad contractual que a ella le asiste, toda vez, que de existir silencio en el texto de la póliza se entendería amparada.

Lo anterior a nuestro juicio, es una interpretación que gira en torno a la aplicación de los derechos reconocidos al consumidor financiero, toda vez que la Ley 45 de 1990 modificatoria del artículo 1127 del C.Co. mencionó que “son asegurables” la responsabilidad contractual y la extracontractual al igual que la culpa grave, sin mencionar que en caso de silencio o mejor que en caso de no pactarse expresamente su inclusión o su exclusión, éste debería entenderse incluido en el contrato de seguro. Sin embargo, en nuestra opinión, la norma faculta a las partes en ejercicio de su libertad contractual para decidir la posibilidad de incluirlo o no y en caso de no mencionarse su exclusión, en principio esta no debería entenderse incluida de manera automática y de la forma como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia.

De lo mencionado anteriormente, se podría pensar de una primera lectura, que existiría una contradicción entre el artículo 1127 del C.Co. en lo concerniente al aseguramiento de la culpa grave y con lo establecido en el artículo 1055 del C.Co. relativo a los riesgos inasegurables, toda vez que la Ley 45 de 1990 modificó el artículo 1127 sin entrar a armonizar tal reglamentación con lo establecido en el artículo 1055 del mismo Código. Sin embargo, esta discusión fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia, quien mencionó que no existe tal contradicción, sino que por el contrario, son normas complementarias, toda vez, que para los seguros de responsabilidad civil es claro que la culpa grave resulta asegurable.

Traemos a colación la postura de Gabriel Jaime Vivas⁸, la cual establece que el análisis de la culpa grave sería válido únicamente en el escenario de la responsabilidad contractual, toda vez, que es aquí donde sería aplicable la clasificación tripartita de culpa grave, culpa leve y culpa levísima. En ese sentido, no tendría asidero alguno hablar de amparos o exclusiones relacionados con tal culpa, en una póliza de responsabilidad civil extracontractual por ser esta figura incompatible con su naturaleza.

Por su parte la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2010036608-001 del 28 de julio de 2010, ha mencionado: *“que no obstante señalar al dolo y la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario como inasegurables, tratándose del seguro de responsabilidad, el artículo 1127 del C.Co modificado por el artículo 84 de la ley 45 de 1990, consagra una excepción a la regla general contenida en el precitado artículo 1055, al señalar la posibilidad de asegurar la culpa grave”*.

Sobre este aspecto el doctrinante J Efrén Ossa señala: *“Pues bien: lo que parece claro, con técnica o sin ella, a partir de la vigencia de la ley 45 de 1990, es que – rompiendo una vértebra al sistema colombiano articulado a través del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio- se ha proclamado la asegurabilidad de la culpa grave, circunstancia por suerte a la que puede invocarse como fundamento de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Lo que significa que, en el futuro, en esta clase de seguros, **a menos que ella sea objeto de exclusión expresa**, la culpa grave ha de entenderse asegurada como causa del siniestro...”*. (Negrilla fuera de texto).

⁸ Vivas Díez, Gabriel Jaime, La aplicabilidad o pertinencia de una exclusión de culpa grave en el contexto específico de un seguro de responsabilidad civil extracontractual, 2015.

5. CONCLUSIONES:

- 5.1. El principio de la libertad de empresa aun cuando no se encuentra expresamente enunciado en nuestra normatividad, se mantiene vigente en nuestro ordenamiento jurídico.
- 5.2. El principio de la libertad de empresa tiene aplicación en el contrato de seguro, toda vez que hace parte de aquellos contratos privados en donde en principio existe la autonomía por parte de la compañía aseguradora de decidir si contrata o no contrata determinados riesgos.
- 5.3. El principio de la libertad de empresa tiene límites que se ven reflejados en la función social de la propiedad.
- 5.4. Las exclusiones deben estar en caracteres destacados en la primera hoja de la póliza, y no en las internas o en la caratula o en las condiciones generales, so pena de que las mismas se tengan como no escritas.
- 5.5. Existen riesgos inasegurables que no pueden ser objeto del seguro, ni aun mediando acuerdo expreso entre las partes, como lo son el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos.
- 5.6. El artículo 1055 del C.Co. estipula de manera expresa cuales son los riesgos inasegurables, tratándose del seguro de responsabilidad, el artículo 1127 del C.Co. consagra una excepción a la regla general, al establecer la posibilidad de que la culpa grave sea un riesgo válidamente asegurable y en consecuencia existiría congruencia con los artículos mencionados en el estatuto mercantil.

- 5.7. Se evidencia una fuerte constitucionalización del derecho privado, y el contrato de seguro no ha sido ajeno a este fenómeno, debido a que últimamente las tendencias jurisprudenciales se han enfocado en proteger al consumidor financiero en su concepto amplio, aun mediante exclusiones en la póliza.
- 5.8. El núcleo esencial de la libertad de empresa está constituido por todo aquello que en ponderación con otros derechos no afecte negativamente la función social de la empresa, el interés general, ni los derechos fundamentales de los asegurados y/o tomadores.