

Sentencia T-517/06

ACCION DE TUTELA-Procedencia contra compañía aseguradora

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional/**ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES**-Casos en que procede

INDEFENSION-Inexistencia o ineficacia de medios de defensa para contrarrestar amenaza o vulneración de derechos fundamentales

INDEFENSION-Análisis relacional por parte de juez constitucional en caso concreto

ACCION DE TUTELA CONTRA COMPAÑIA DE SEGUROS-Solicitud debe involucrar protección de un derecho fundamental no solo aspectos pecuniarios

ACCION DE TUTELA CONTRA COMPAÑIA DE SEGUROS-Situación de indefensión material/**INDEFENSION**-Situación de carácter fáctico

LIBERTAD CONTRACTUAL-Límites constitucionales en actividades declaradas de interés público por la Constitución/**ACTIVIDAD ASEGURADORA**-Interés público

La Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación y este principio se aplica a la actividad aseguradora. Sin embargo, hay que tener en consideración que según el art.335 de la Constitución “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”. Esto significa que la libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general. Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1º de la Constitución Política. La Constitución no ha calificado la actividad financiera como un “servicio público sino como de “interés público”. Según la Corte Constitucional decir que la actividad financiera es de “interés público” significa que “esta actividad debe buscar el bienestar general. Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre “interés público” es un

concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial. Por tanto, no es aceptable a la luz de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, o del derecho a la reparación de las víctimas, que la negativa a expedir una Póliza Judicial no se motive, o se fundamente exclusivamente en la libertad de contratar, o tenga como causa criterios no objetivos, o no razonables, o subjetivos. No es jurídicamente admisible darle efectos a la discrecionalidad absoluta respecto a si se otorga o no una Póliza de Seguros en tratándose de actividades de interés público que exigen tener en cuenta razones que conlleven la prevalencia del bien común, y protección de la parte débil, o que se encuentre en estado de indefensión, o cuando se trate de proteger un derecho fundamental.

ENTIDAD ASEGURADORA-Límites a libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces

En tratándose de la actividad aseguradora las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces. Sin embargo, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por consideraciones subjetivas, o que no respondan a criterios de razonabilidad o proporcionalidad. Cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia, o el derecho a la reparación de las víctimas de un delito, deben prevalecer estos derechos. Por otra parte, no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión.

ACTIVIDAD FINANCIERA-Es un servicio público

LIBERTAD CONTRACTUAL-Limites buscan evitar abuso de posición dominante

ENTIDAD ASEGURADORA-Limites a libertad contractual

LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA DE SEGUROS-No puede ser ejercida cuando subyacen argumentos discriminatorios para no celebrar contrato

LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA DE SEGUROS-Debe respetar derecho a la igualdad en su manifestación de no discriminación

RELACIONES PARTICULARES-Efectividad de los derechos fundamentales/**RELACIONES PARTICULARES-Ejercicio de la** libertad contractual/**RELACIONES PARTICULARES-Autonomía**

individual/**RELACIONES**

constitucionales cuando entre solicitante de seguro y compañía existe relación asimétrica

PARTICULARES-Parámetros

AUTONOMIA PRIVADA-Límites derivados del deber de solidaridad

ENTIDAD ASEGURADORA-Deber de solidaridad

Cuando a pesar de la existencia de otras formas de prestar caución, la víctima sólo cuenta con recursos para prestar ésta a través de una póliza judicial, las aseguradoras, en cumplimiento del deber de solidaridad, no pueden alegar de manera exclusiva el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, y en particular la libertad contractual, para la no venta de tal seguro.

DEBER DE SOLIDARIDAD-Alcance

DERECHO A LA REPARACION DE LAS VICTIMAS-Fundamento cualificador de la garantía del acceso a la administración de justicia

PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Tiene como pretensión básica más no exclusiva la reparación en su aspecto pecuniario

MEDIDAS CAUTELARES-Finalidad

El decreto de medidas cautelares dentro del proceso de parte civil permite asegurar a la víctima que el presunto responsable, en caso de ser condenado, dispondrá de recursos para la cancelación de los perjuicios patrimoniales. De esta manera, la medida cautelar permitirá que se materialice, en términos generales, el acceso a la administración de justicia y, en términos particulares, el derecho a la reparación de las víctimas, en su manifestación pecuniaria.

CAUCION-Concepto

ENTIDAD ASEGURADORA-Deben demostrar existencia de causal objetiva para negar suscripción de póliza de seguros

ENTIDAD ASEGURADORA-Venta discrecional de pólizas judiciales se encuentra limitada por derechos a la verdad, justicia y reparación

POLIZA JUDICIAL-No es un seguro de los denominados obligatorios/**CAUCION**-Legislador previó posibilidad que ésta sea otorgada por póliza de compañía de seguros y no puede ser negada arbitrariamente

PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Forma de prestar caución para responder por perjuicios causados por delito

ENTIDAD ASEGURADORA-Tienen posibilidad de delimitar riesgos asegurados

Las aseguradoras tienen la posibilidad de delimitar los riesgos asegurados, es decir, el contenido del contrato. La facultad que pueden ejercer a su arbitrio no radica, por tanto, en la posibilidad o no de suscribir el contrato, sino en determinar el contenido de su clausulado, es decir, en la delimitación del riesgo. De tal artículo se desprende el principio de la cobertura de riesgos estipulados, en virtud del cual la aseguradora tan solo asume aquellos que específicamente se indiquen en la póliza pertinente. Las Compañías aseguradoras pueden delimitar contractualmente los riesgos 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 1º de la Constitución Política.

Referencia: T-1308125

Peticionaria: Mariela Cuervo Cruz

Accionado: La Previsora S.A.,
compañía de Seguros, Liberty
Seguros S.A. y Seguros del Estado
S.A.

Magistrado Ponente:
Dr. MARCO GERARDO MONROY
CABRA

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil seis (2006)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el 12 de agosto de 2005, y el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, el 17 de noviembre de 2005.

I. HECHOS

Manifiesta la señora Mariela Cuervo Cruz, a través de apoderado, que las aseguradoras demandadas vulneran su derecho al debido proceso. Tal afirmación la hace con base en los siguientes fundamentos fácticos:

1. Indica la actora que es parte civil dentro del proceso penal No 112-2005, el cual se adelanta ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla.
2. Mediante providencia del 12 de mayo de 2005, el Juzgado le ordenó prestar caución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, por el diez por ciento de doscientos cincuenta millones de pesos, como medida cautelar para poder embargar los bienes del tercero civilmente responsable.
3. Asevera que acudió, a través de su apoderado en el proceso penal, a comprar la póliza y varios agentes de seguros se negaron a vendérsela por estar ordenada contra una empresa aseguradora (COLSEGUROS S.A.), tercero civilmente responsable en el proceso penal. Afirma la actora que la negativa se daba en virtud de que existe un acuerdo entre las diferentes compañías aseguradoras para no vender seguros cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora.
4. En virtud de la negativa a la venta de la póliza, el 1º de junio de 2005 solicitó a las aseguradoras demandadas se le informara, por escrito, la razón para la no venta.
5. En la respuesta a los derechos de petición, las compañías aseguraron que la razón para no venderle la póliza era que éstas se reservaban el derecho del riesgo de su expedición.

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora estima que al estar impedida materialmente de participar como parte civil, se vulnera su derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, solicita se obligue a las empresas demandadas a expedir la póliza para que la demandante acuda, posteriormente, a la compañía de seguros que elija para su compra.

Contestación de las aseguradoras accionadas

1. Santiago García de Vivero, actuando como representante legal de Liberty Seguros S.A., solicita se declare improcedente la presente tutela.

En primer lugar, aduce el representante legal que en el proceso existe una nulidad puesto que la demanda fue interpuesta contra “*gerente y/o representante legal de seguros liberty*”. En virtud de que el grupo Liberty

opera bajo dos razones sociales distintas a las mencionadas en la demanda de tutela, a saber, Liberty Seguro de Vida S.A. y Liberty Seguros S.A., se debió haber demandado expresa y claramente a la segunda que es la que maneja cauciones judiciales.

Como no se hizo lo anterior, la demanda se dirige contra una sociedad inexistente y la notificación no se realizó en forma debida al representante legal de alguna de las sociedades mencionadas.

No obstante la nulidad alegada, el representante legal entró a pronunciarse sobre el fondo de la demanda. Para comenzar, señaló que la tutela está establecida para proteger derechos fundamentales y no intereses patrimoniales. Añadió que la presente tutela contra particulares no encaja dentro de los supuestos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Posteriormente, indicó que, a excepción del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, la aseguradora no está obligada a asumir un riesgo a través de una póliza.

Para sustentar la no obligación de asumir el riesgo, el representante cita el artículo 1056 del Código de Comercio según el cual, salvo las restricciones legales, el asegurador, a su arbitrio, podrá asumir todos los riesgos a que estén expuestos, el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado. La decisión que tome la aseguradora la puede tomar en el marco de la autonomía de la voluntad que rige los contratos entre particulares.

Por otra parte, indica el representante legal que según el artículo 678 del Código de Procedimiento Penal, las pólizas no son la única forma de prestar caución. También se puede prestar en dinero, en garantía real o bancaria o por entidades de crédito legalmente autorizadas para tales fines.

Por último, afirma que Liberty seguros no es la única compañía de seguros en Colombia que puede otorgar el tipo de póliza solicitado.

2. Antonio Guihur Porto, actuando en calidad de gerente de Seguros del Estado S.A., señaló que en atención a la Ley 45 de 1990, la compañía puede elegir los riesgos que está dispuesta a asumir. De otra parte, señaló que no existe un acuerdo entre las empresas aseguradoras de no expedir pólizas para casos como el de la demandante.

3. María Elvira Isaza Vélez, en calidad de representante legal de la Previsora S.A., indicó que la normatividad que rige la actividad aseguradora no obliga a la expedición del seguro solicitado. La expedición de póliza de caución judicial, teniendo en cuenta políticas de suscripción, es de aceptación restringida, con respaldo en lo dispuesto en el artículo 1056 del Código de Comercio.

Indica que, según el artículo 678 del Código de Procedimiento Penal, existen otras alternativas diferentes a la póliza para prestar caución judicial. Al no haberse agotado los otros mecanismos de protección que tiene la actora, se torna improcedente la tutela. Además, afirma que hay otras aseguradoras que pueden prestarle el servicio.

II. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia del 12 de agosto de 2005, negó la tutela solicitada. Consideró el Juzgado que la actora dispone de otros medio para lograr el objeto buscado.

Indica que en la providencia judicial no se ordenó la compra de una póliza sino prestar una caución por el 10% de determinada suma, de acuerdo al artículo 513 del C.P.C., caución que puede ser en dinero, bancaria o de compañía de seguros.

Además, indicó el Juzgado, las aseguradoras no están obligadas a vender la póliza solicitada.

Impugnación

Adujo la actora que si bien es cierto que las empresas aseguradoras pueden reservarse el derecho de expedir una póliza, causa curiosidad que se sustraiga de expedirla cuando la parte demandada a responder es una empresa de seguros.

Agregó la demandante que el derecho al acceso a la administración de justicia sí se vulnera pues la medida cautelar menos costosa es la póliza de seguros y ella es una persona de escasos recursos que, escasamente, puede conseguir para cubrir una caución del 10%.

Afirmó, por otra parte, que se le desconoce el derecho a la igualdad porque las compañías de seguro expiden diferentes pólizas a diario y justamente es aquella que permitiría embargar a una empresa aseguradora la que no se vende.

Concluye afirmando que de no proceder la tutela, no tendría otro medio para obtener la caución que a su vez permite que se realice el embargo sobre los bienes de la aseguradora demandada dentro de la parte civil.

B. Segunda instancia.

El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, confirmó la decisión del a quo. Además de coincidir con los argumentos expuestos por el juez de primera instancia, indicó que no estaba probado que el mínimo vital de la actora no se vulnerara por la no expedición de la póliza.

III. PRUEBAS

1. Providencia del 12 de mayo de 2005 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla dentro del proceso de parte civil Rad. 0112-2005. En esta se dispone que *“el Despacho atendiendo la petición de la parte civil sobre medidas cautelares, con fundamento en las orientaciones del artículo 513 del C.P.C., como también la cuantía señalada por el apoderado de la parte civil en su memorial, dispone que deberá prestar caución por el 10% de doscientos cincuenta millones de pesos \$250.000.000 para entrar luego al pronunciamiento de tales medidas, y en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colseguros S.A., de febrero 17 de 2005, para efectos de impedir la practica (sic) de medidas cautelares que sean solicitados (sic) contra ella, con fundamento en el artículo 690 inciso final 519 idídem el juzgado señala que deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por un monto de doscientos cincuenta millones de pesos \$250.000.000.oo”*

2. Respuesta a derecho de petición presentado por el apoderado de la actora dada por la Previsora S.A. el 8 de junio de 2005. En ésta se indica que, según el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede delimitar contractualmente los riesgos a asumir, con fundamento de la autonomía contractual, salvo que se trate de un seguro obligatorio. Al no ser el solicitado un seguro obligatorio la previsora consideró imposible otorgar la póliza requerida.

3. Respuesta a derecho de petición presentado por el apoderado de la actora dada por Seguros del Estado S.A. el 3 de junio de 2005. Señala Seguros del Estado que en aplicación de la Ley 45 de 1990 la compañía no está obligada a aceptar el riesgo propuesto. Además, aclara que no existe ningún tipo de acuerdo dentro de los gerentes de las empresas aseguradoras para no expedir pólizas cuando está de por medio una de tales entidades.

4. Respuesta a derecho de petición presentado por el apoderado de la actora dada por Liberty Seguros S.A. el 8 de junio de 2005. En la contestación se indica que el Código de Procedimiento Civil establece que las garantías pueden ser bancarias, en dinero en efectivo o en pólizas judiciales. Posteriormente se afirma que al no ser un seguro obligatorio la aseguradora puede asumir o no el riesgo. Por último, indican que no existe el acuerdo de no expedir pólizas cuando está de por medio una entidad aseguradora.

5. Mediante auto del 27 de junio del presente año, el Magistrado Ponente puso en conocimiento la presente tutela al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla y a COLSEGUROS S.A. para que expresaran lo que estimara conveniente. Además, solicitó al mencionado Juzgado que informara:

- a) *¿En qué estado se encuentra el proceso de parte civil dentro del proceso penal con radicación 0112-2005, sindicado José Augusto Vásquez Valbuena, tercero civilmente responsable COLSEGUROS S.A.?*
- b) *¿Prestó caución la señora Mariela Cuervo Cruz para el embargo de los bienes de COLSEGUROS S.A. y, en este orden de ideas, se pudo hacer efectiva la medida cautelar sobre los bienes del presunto tercero civilmente responsable?*

Dentro de la oportunidad otorgada, COLSEGUROS S.A. no allegó ninguna intervención.

Por su parte, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, mediante escrito del 28 de junio del presente año informó que la caución ordenada en Providencia del 12 de mayo de 2005 *“no fue prestada por el interesado, quien además solicitó una prórroga del término para ello, porque ninguna empresa aseguradora le expedía la póliza respectiva; y al parecer no logró conseguir prestar la caución indicada; por lo que no se pudieron hacer efectivas las medidas cautelares.”*

En relación con el estado del proceso de parte civil señaló que se encuentra al despacho para proferir sentencia una vez llegue su turno, de acuerdo con la carga laboral del despacho.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

B. Fundamentos

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, la procedencia de la tutela de la referencia, toda vez que es interpuesta contra varias personas jurídicas particulares. En caso de que esta acción se estime procedente, la Sala deberá establecer si la negativa a la venta de la póliza judicial por parte de las

aseguradoras demandadas constituye una vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia y la garantía de los derechos de las víctimas.

2. Procedencia de la acción de tutela contra entidades aseguradoras

Por disposición constitucional (art. 86 C.P.) y legal (art. 42 Dec. 2591 de 1991) la procedencia de tutela contra particulares no es la regla general. Por esto se debe demostrar que, o bien se trata de una persona jurídica que encuadra dentro de los supuestos previstos en el artículo 42 o bien de una frente a la cual el accionante se encuentre en estado de subordinación o indefensión, sumada a la eventual vulneración de un derecho fundamental.

Tratándose de procedencia de tutela contra compañías aseguradoras, la Corte ha encontrado, en varias oportunidades, que se presenta situación de indefensión del particular accionante frente a éstas. Para la Corporación, la situación de *indefensión* es una noción de carácter fáctico que se presenta cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, debido a las circunstancias que rodean el caso, no puede defenderse ante la agresión de sus derechos¹.

De igual manera, esta Corte ha señalado que la indefensión se da en aquellas circunstancias en las que el accionante carece de medios jurídicos de defensa o, a pesar de la existencia de éstos, los mismos son insuficientes para contrarrestar la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales².

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar la indefensión se debe hacer un análisis relacional por parte del juez en el caso concreto; sólo así se podrá determinar si para esta situación la persona se encuentra en este estado³.

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

En el fallo T-032/98, a pesar de evidenciar que la tutela involucraba una diferencia de tipo contractual con una aseguradora, lo cual haría que, en principio no se pudiera abordar el asunto a través de tutela, por estar de por medio el derecho a la salud en conexidad con la vida de la actora se encontró procedente la tutela. El amparo fue concedido como mecanismo transitorio.

Además, en la Sentencia T-118/00, la Corte encontró procedente la tutela contra una aseguradora –que no una empresa de medicina prepagada- que

¹ Sentencia T-1008/99

² Sentencia T-288/95

³ Ver sentencia T-172/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz (En esta ocasión unas mujeres de la tercera edad con problemas de salud que habían habitado en una casa durante años colaborando con las labores domésticas, con posterioridad a la muerte de los dueños de la casa, iban a ser desalojadas por una sucesora con derechos. La Corte encontró que para proteger el derecho a la vivienda digna ellas se encontrarían en estado de indefensión puesto que por no tener calidad de poseedoras o tenedoras no habría medio jurídico alguno para tutelar su derecho. No obstante, consideró que la accionada no era el sujeto obligado a garantizar ese derecho.)

había vendido un seguro de tratamientos médicos a una persona y, posteriormente, aduciendo preexistencia de la enfermedad, se había negado a cubrir el tratamiento. Si bien la Corte encontró que la entidad no prestaba un servicio público, que su actividad no afectaba gravemente el interés colectivo, ni existía una relación de subordinación, consideró que sí se presentaba indefensión frente a la aseguradora.

Al respecto indicó: *“se muestra como ostensible la indefensión, como relación de carácter fáctico, en cuya virtud la persona afectada no puede oponerse de manera efectiva a la actitud de la compañía, que repercute en el perjuicio de los derechos fundamentales invocados.”*. La procedencia de la tutela se vio reforzada por el hecho de que lo demandado a la aseguradora no sólo involucraba aspectos pecuniarios, sino la protección de un derecho fundamental.

Igualmente, en la Sentencia T-1165/01 se encontró procedente la tutela interpuesta contra una aseguradora que no había querido vender una póliza de seguro de vida a los actores por ser portadores asintomáticos de VIH. Lo anterior, por existencia de indefensión y por el carácter de interés público de la actividad aseguradora. Señaló la Corporación:

“si bien en principio sería improcedente la acción de tutela en su contra, en los términos del artículo 86 de la Constitución y 42 del decreto 2591 de 1991, en el caso en estudio se acepta su procedencia, dado el estado de indefensión en que se encuentran los actores, quienes al ser portadores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana, ven frustrados sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora, al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida.

Por otra parte, esta Corporación ha señalado que: “de acuerdo con el artículo 335 de la CP., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra las prácticas abusivas a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial - se ha observado por parte del legislador histórico, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para

introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador” (Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Entonces, en aras de evitar las prácticas abusivas a las que recurren las aseguradoras, amparadas en su libertad de contratación, libertad que en ningún momento puede considerarse como absoluta, existe una disposición constitucional que señala el interés público de la actividad aseguradora.

En consecuencia, la Sala considera que es viable la procedencia de la acción de tutela en contra de la Aseguradora Solidaria de Colombia, por la actividad que ésta ejerce y las condiciones especiales en que se encuentran los demandantes.”

Al igual que en los casos anteriormente expuestos, en la Sentencia T-171/03 se consideró procedente la tutela interpuesta contra una entidad aseguradora por presentarse indefensión ante la misma. En efecto, de no proceder la tutela, según la Corte, la actora, quien solicitaba el cubrimiento de una intervención quirúrgica en virtud de la existencia de un contrato de seguros para tales fines, no podría tener una respuesta efectiva frente a la eventual vulneración de la demandada. Dijo la Corte:

“Encuentra la Sala (...) que se muestra como manifiesta en este caso la indefensión de la accionante, la cual tiene lugar cuando la persona afectada no está en condiciones de dar una respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de sus derechos fundamentales. En efecto, la demandante no tiene la posibilidad de oponerse de manera eficaz a la actitud de la compañía, de la que se desprendería la afectación de los derechos fundamentales invocados, por cuanto la negativa de dar un visto bueno para la cirugía requerida, implicaría la imposibilidad de practicarla hasta tanto el asunto no fuese definido en un proceso judicial, lo cual dado el estado de salud de la accionante resultaría gravemente lesivo, o le impondría la necesidad de acudir al POS, circunstancia que privaría de sentido al contrato de seguro.”

En tutelas interpuestas contra particulares diferentes a entidades aseguradoras, la Corte también ha encontrado procedente la acción. Así, en la Sentencia T-375/97, la Corte halló procedente la tutela contra particulares, en virtud de que la microempresa accionante que dependía para su producción del suministro del producto vendido por la empresa accionada generaba una indefensión material manifestada en la plena dependencia económica del producto para la subsistencia de la empresa.

En la presente ocasión, la Corte observa que también se presenta una situación de indefensión material de Mariela Cuervo Cruz ante las aseguradoras demandadas. La indefensión, como *situación de carácter fáctico* (T-118/00), se da en virtud de que:

- (i) Al utilizarse el criterio de autonomía de la voluntad y libertad contractual como argumento único para no conceder el seguro, no hay razón susceptible de ser cuestionada ante autoridad administrativa o judicial de control. En efecto las tres aseguradoras demandadas afirman que, amparadas en el artículo 1056 del Código de Comercio, el cual, en su criterio, les permite a las aseguradoras *a su arbitrio* el asumir o no los riesgos del eventual asegurado, negaron la venta de la póliza judicial. No constituyendo el arbitrio de las entidades accionadas un argumento desvirtuable ante entidad administrativa o judicial, la Corte observa que se presenta un primer factor de indefensión.
- (ii) El hecho de que la actora haya acudido no sólo a una sino a tres compañías aseguradoras para la compra de la póliza y en todas se le haya negado la expedición de ésta implica un debilitamiento de la posición de la demandante. En efecto, se estaría enfrentando el conjunto de las aseguradoras contra la demandante teniendo un mayor peso el primero. Lo anterior deriva en que los medios de defensa con los que cuenta la actora sean inservibles ante el gremio asegurador.
- (iii) Las aseguradoras accionadas y los jueces de instancia consideran que el hecho de que la actora pueda prestar caución dentro del proceso a través de otras modalidades como caución en dinero, caución real y caución bancaria implica que la tutela es improcedente por existir otros mecanismos de defensa. La Sala evidencia que en tal afirmación hay un error lógico en la medida en que lo que el juez debe constatar es que exista otro mecanismo a través del cual se pueda cuestionar la actuación que se considera vulnera los derechos fundamentales. Con el pago de ninguna de las formas de caución enunciada se garantiza que la conducta consistente en la no venta del seguro pueda ser analizada por un funcionario judicial o administrativo. El hecho de que la actora tenga la eventual posibilidad de prestar caución por otros medios no implicaría nada diferente a que se pudieran materializar los eventuales embargos sobre los bienes de la entidad aseguradora demandada en el proceso de parte civil.

Después de haber encontrado procedente la tutela, la Sala entrará a estudiar el problema jurídico de fondo analizando: los límites a la libertad contractual en general y los de las entidades aseguradoras, en particular, los límites a la

autonomía privada de la voluntad en aplicación del deber de solidaridad y los derechos de las víctimas dentro del proceso penal.

3. Límites constitucionales a la libertad contractual en actividades declaradas de interés público por la Constitución

La Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación y este principio se aplica a la actividad aseguradora.

Sin embargo, hay que tener en consideración que según el art.335 de la Constitución “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

Esto significa que la libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general. Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1º de la Constitución Política.

La Constitución no ha calificado la actividad financiera como un “servicio público sino como de “interés público”. Según la Corte Constitucional decir que la actividad financiera es de “interés público” significa que “esta actividad debe buscar el bienestar general” (Sentencia SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre “interés público” es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial.

En tratándose de la actividad aseguradora las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces. Sin embargo, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por consideraciones subjetivas, o que no respondan a criterios de razonabilidad o proporcionalidad.

Cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia, o el derecho a la reparación de las víctimas de un delito, deben prevalecer estos derechos.

Por otra parte, no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión.

La Corte ha considerado que “...*la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público*”. (Sentencia SU-157 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Igualmente, ha dicho que el seguro obligatorio de accidentes es un servicio público. En efecto en sentencia T-105 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se expresó lo siguiente:

“El seguro obligatorio de accidentes de tránsito, obedece a un régimen impositivo del Estado que compromete el interés general y busca de manera continua y regular satisfacer necesidades de orden social y colectivo, en procura de un adecuado y eficiente sistema de seguridad social que propenda por un mejor modo de vida. Así, la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, atendiendo a su propia naturaleza, revista un interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares, lo cual se concreta en la posibilidad de atribuirle al servicio del seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito prestado por entidades particulares, el carácter de servicio público. (Sentencia T-105 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la actividad aseguradora es de interés público (Sentencia C-940 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-269 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; sentencia T-057 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En sentencia C-269 de 1999 dijo la Corte:

“Desde este punto de vista, la regulación jurídica de la actividad de los seguros, aun cuando forma parte del derecho privado y del comercial, ofrece aspectos que no corresponden exactamente a los principios que caracterizan estos ordenamientos. Uno de ellos, y especialmente en cuanto interesa a la materia bajo examen, se refiere

a la intensidad de la regulación legal de la contratación propia de los seguros, que pro tratarse de un actividad calificada por el constituyente como de interés público, habilita al legislador para regular en mayor grado los requisitos y procedimientos a que deben ceñirse los contratantes, sin que ello signifique que se eliminen de un todo principios inherentes a la contratación privada.

De allí se debe partir: del interés público que reviste la actividad aseguradora, cimentado en los fines que como operación económica persigue y en la protección de la parte más débil –asegurado y beneficiario- de la relación contractual. (Sentencia C-269 de 1999 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

En Sentencia T-057 de 1995 expresó la Corte:

“De acuerdo con el artículo 335 de la C.P., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida”. (Sentencia T-057 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En Sentencia C-940 de 2003 la Corte reiteró lo siguiente:

“Los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política prescriben que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público se consideran de interés público y que estarán sujetas a la intervención, vigilancia y control estatal. De igual manera, el numeral 24 del artículo 189 señala que al presidente de la República corresponderá ejercer el control y vigilancia de las cooperativas y sociedades mercantiles.

Para esta intervención, vigilancia y control de tales actividades, así como de las cooperativas y sociedades comerciales, la Constitución ha dispuesto un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, reparto según el cual aquel, por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios legislativos a los cuales debe sujetarse la actividad presidencial en estas materias.⁴ A esta

⁴ Cf. Sentencia C-700 de 1999, C-955 de 2000, entre otras.

distribución de funciones se refiere particularmente el numeral 24 del artículo 189 superior, según el cual, al Presidente de la República corresponde “ejercer, de acuerdo con la ley” dichas inspección, vigilancia y control. Correlativamente, según el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta, el Congreso debe “dictar las normas generales”, y señalar en ellas “los objetivos y criterios” a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las referidas actividades.”

La anterior jurisprudencia permite establecer límites a la libertad de contratación en materias declaradas constitucionalmente como de interés público. Por tanto, no es aceptable a la luz de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, o del derecho a la reparación de las víctimas, que la negativa a expedir una Póliza Judicial no se motive, o se fundamente exclusivamente en la libertad de contratar, o tenga como causa criterios no objetivos, o no razonables, o subjetivos.

No es jurídicamente admisible darle efectos a la discrecionalidad absoluta respecto a si se otorga o no una Póliza de Seguros en tratándose de actividades de interés público que exigen tener en cuenta razones que conlleven la prevalencia del bien común, y protección de la parte débil, o que se encuentre en estado de indefensión, o cuando se trate de proteger un derecho fundamental.

En la Sentencia T-240/93⁵, se analizó la posibilidad de establecimiento de injerencias constitucionales a la libertad contractual. En esa ocasión se señaló que si bien se tenía como premisa general la libertad contractual, su ejercicio no podía ser arbitrario y, en consecuencia, la ley podía estipularle limitaciones. De otra parte, así como la ley podía establecer límites a su ejercicio también podía regular ciertos aspectos del mercado procurando evitar el abuso de la posición dominante y garantizar, simultáneamente, la posibilidad de hacer efectiva la libertad contractual. Dijo la Corte en esa ocasión:

“3. La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza,

⁵ En esta ocasión la Corte analizó una tutela interpuesta por una persona jurídica que acusaba a otra persona jurídica con la cual tenía un contrato de crédito de limitar su derecho al trabajo en virtud de que, por la suspensión del crédito -dada en virtud de la morosidad del deudor, actor de tutela- la entidad deudora se había visto abocada a la liquidación.

derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (CP arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (CP art. 42); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional.

La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333).

(...)

La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal.

(...)

De hecho, las intervenciones legales en el terreno del contrato se han orientado a establecer distinta suerte de protecciones a la parte débil y a instituir garantías tendientes a que a través suyo se persigan efectivamente intereses sociales y económicos dignos de tutela, lo

cual en parte ha publicado esta materia y ha objetivizado en cierto sentido los vínculos contractuales. En todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sólo responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts. 2 y 13).”

De otra parte, en la Sentencia T-375/97, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a la constitución de abuso de la posición dominante cuando, apelando a la libertad contractual, se da la negativa a contratar. Señaló la Corporación que tal abuso *“Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehúsa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí”*.

En esta ocasión, la Corte consideró que el mencionado abuso se había presentado en el caso en el cual un único proveedor de materia prima necesaria para que el actor de la tutela desarrollara su labor de subsistencia se había negado a la venta del producto, en virtud de que el comprador había presentado una denuncia por irregularidades en el pesaje del producto entregado. Consideró la Corte que *“Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación.”* En consecuencia, ordenó el suministro del producto.

En la misma sentencia, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a los límites de la libertad contractual en los siguientes términos:

“La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compite en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones

normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848).

Las normas y principios que en materia económica ha incorporado la Constitución Política, no permiten sostener que las hipótesis legales a las que se ha hecho alusión sean excepcionales. En primer lugar, al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa.” (subrayas ajenas al texto)

Posteriormente, en la Sentencia T-468/03, en la cual se analizaba la legitimidad de la cancelación de contratos bancarios con las personas mencionadas en la lista Clinton⁶, decisión bancaria con la cual se cerraba el acceso al sistema financiero, se dijo en relación con los límites a la libertad contractual impuestos por la Constitución:

“la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas de contenido financiero o bancario gozan de garantía constitucional, sin embargo, se encuentran limitadas o condicionadas por las exigencias propias del Estado Social de

⁶ Tal razón fue considerada como razón objetiva suficiente para que las entidades bancarias hubieran suspendido las relaciones bancarias.

Derecho, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios del citado sector.

Así mismo, se ha sostenido que la Carta Política como norma jurídica fundamental, señala las directrices de todo el ordenamiento jurídico, por lo que el derecho privado y, en particular, los contratos deben ser interpretados con sujeción a los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, es deber del juez constitucional intervenir obligatoriamente en las relaciones de carácter privado, siempre que las decisiones adoptadas por una de las partes que ostente una posición de supremacía jurídica, económica o comercial constituya una grave amenaza o violación de los derechos fundamentales.”

Por último, en la Sentencia T-763/05, la Corte encontró que la negativa de un banco a celebrar contrato de cuenta corriente con el pastor de una iglesia protestante no se podía aceptar teniendo en cuenta que la empresa no había expuesto ninguna razón objetiva para tal actuar. Simplemente había señalado que la actividad que el actor desempeñaba hacía presumir su incapacidad de pago. Sin embargo, no había siquiera observado que dentro de los documentos aportados por el demandante para la apertura de cuenta corriente se encontraba un certificado de ingresos mensuales por más de dos millones de pesos. Señaló la Corte:

“(…) las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto.”

Así las cosas, se puede afirmar que dentro de un Estado constitucional si bien la libertad contractual es regla general, dentro del respeto general de la libertad de actuación del individuo, ésta se debe ejercer con respeto a la norma de normas, pudiéndose ver limitada por ésta.

4. Límites a la libertad contractual de las aseguradoras

Por ser pertinente para el asunto de la referencia, se hace preciso citar varios ejemplos jurisprudenciales en los cuales se ha visto limitada la libertad contractual de empresas de seguros por las restricciones desproporcionadas de derechos fundamentales que conllevaban.

En la Sentencia T-1165/01, una aseguradora se negaba a expedir un seguro de vida a dos portadores de VIH por su calidad de tales. Este seguro era indispensable para obtener el préstamo para adquisición de vivienda, lo cual hacía que se afectara el derecho a la vivienda de los actores. La Corte estimó que si bien existe libertad contractual en materia de seguros, ésta no puede ser ejercida cuando subyacen argumentos discriminatorios para no celebrar el contrato. En esa medida, al encontrar que el negar un seguro de vida porque quien lo solicitaba era portador de VIH era discriminatorio y afectaba el derecho a adquirir una vivienda para tener una vida en condiciones dignas, la Corte ordenó la suscripción de la póliza en términos de igualdad para hacer posible la adquisición de vivienda. En relación con los límites a la libertad de contratación consideró la Corte:

“si bien existe una disposición legal contemplada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 100, que protege la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitación la aseguradora de su preferencia, la Sala no puede dejar de advertir, que en este caso, los demandantes optaron por la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue esa aseguradora la que en principio estuvo dispuesta a contratar con ellos, expidiendo a su favor la póliza que protege el inmueble en caso de incendio y de terremoto, no así la póliza de vida, bajo la excusa de que son portadores de vih (fl 17).

Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de vih, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales.

(...)

no hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella.

(...)

en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir la póliza de vida, además de ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial.” (subrayas ajenas al texto)

Posteriormente, en la Sentencia T-1118/02, la Corte analizó el caso de una tutela interpuesta contra una aseguradora que se había negado a suscribir un contrato de seguros con un grupo de discapacitados, en razón de su condición. La Corte precisó que el derecho privado por el cual se rigen las aseguradoras encuentra su límite en los parámetros constitucionales cuando entre el solicitante del seguro y la compañía aseguradora existe una relación asimétrica. Uno de los límites constitucionales que se aplica cuando tal tipo de relación se presente es, según la Corte, el del respeto al derecho a la igualdad, en su manifestación de no discriminación. Dijo la Corporación:

“Una interpretación de las normas legales que rigen la actividad aseguradora de conformidad con la Constitución permite concluir que las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas.

(...)

Dada la relación de indefensión de este grupo humano frente a los intereses del mercado de seguros, es claro que las personas con discapacidad pueden exigir de las aseguradoras el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades.

(...)

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

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte concedió la tutela y ordenó cotizar el valor correspondiente al seguro de accidentes personales a favor de las personas discapacitadas, si éstas así lo deseaban.

Pasa la Sala a precisar el límite a la autonomía privada de la voluntad que se deriva de la solidaridad.

5. Límites a la autonomía privada de la voluntad derivados del deber de solidaridad

La solidaridad social, como deber de la persona (art. 95, numeral 2) implica ceder de recursos propios para el cubrimiento de las necesidades básicas de un tercero⁷. Las formas concretas en las cuales este deber se convierte en mandatos particulares deben, en principio, estar establecidas en la ley. No obstante, también es posible que, a la luz de un caso concreto, el juez encuentre que debido a la necesidad de protección de un derecho fundamental no prevista por el legislador se hace imperioso determinar, vía tutela, una obligación en cabeza de los particulares para con sus pares.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la Sentencia T-520/03 en la cual se conoció de un caso en el que el demandante, quien había sido recientemente liberado de un secuestro, estaba siendo ejecutado por la entidad bancaria con la cual se encontraba en mora, por una deuda contraída con antelación a su privación de la libertad. La Corte consideró que debido a las circunstancias de debilidad en las que se encontraba una persona recién liberada y para permitir una efectiva reordenación de su plan de vida como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, era necesario que el Banco propusiera nuevas fórmulas de pago de la deuda, que observaran la situación del actor. Dentro de este fallo, la Corte, refiriéndose al deber de solidaridad dijo:

“Aunque en principio los deberes constitucionales requieren un desarrollo legal que garantice que las autoridades no van a restringir indebidamente las libertades individuales, estos deberes excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes pueden exigirse directamente por vía de tutela.

Sin embargo, la afectación de un derecho fundamental no es suficiente para que el operador jurídico, en este caso el juez, proceda

⁷ En la Sentencia T-550/94 se dijo en relación con el alcance del deber de solidaridad: “Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un **deber** -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.”

a aplicar directamente una cláusula constitucional que consagra un deber a un particular. Para ello es necesario además, que dicho deber no haya sido adecuadamente regulado por el legislador.

Esto ocurre cuando la ausencia o insuficiencia en la regulación de un deber constitucional implica una desprotección de los derechos fundamentales de determinado grupo social. Tal excepción se justifica por la necesidad de sustraer los derechos fundamentales de las mayorías políticas ocasionales, para lo cual es indiferente que su afectación provenga de la acción del legislador, o de su inacción.
(...)

La aplicación judicial directa de la solidaridad resulta particularmente exigible en estos casos. La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (C.N. art. 95.2), también es un principio fundamental (C.N. art. 1º). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.
(...)

[E]s necesario concluir que el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección.”

Recientemente, en la Sentencia T-170/05 se concedió la tutela a una pareja de esposos, portadores de VIH, desempleados y con cuatro hijos, contra los cuales una entidad financiera había adelantado un proceso ejecutivo hipotecario sin atender la situación de debilidad manifiesta en la cual éstos se encontraban. Tal situación había sobrevenido de manera simultánea al desarrollo del proceso. En atención al deber de solidaridad y a la protección de las personas en estado de debilidad manifiesta, la Corte ordenó suspender el proceso ejecutivo durante 60 días, tiempo durante el cual la entidad financiera debía refinanciar el crédito atendiendo a la situación de los actores.

Aplicando el contenido del deber de solidaridad al asunto de la presente tutela, cuando a pesar de la existencia de otras formas de prestar caución, la

víctima sólo cuenta con recursos para prestar ésta a través de una póliza judicial, las aseguradoras, en cumplimiento del deber de solidaridad, no pueden alegar de manera exclusiva el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, y en particular la libertad contractual, para la no venta de tal seguro.

6. Derecho a la reparación de las víctimas como fundamento cualificador de la garantía del acceso a la administración de justicia

El procedimiento de parte civil dentro del proceso penal tiene como pretensión básica, que no exclusiva⁸, buscar la garantía de uno de los derechos de las víctimas, a saber, la reparación, en el aspecto pecuniario. El artículo 228 de la Constitución señala que *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. (...)”*. Permitir que las víctimas puedan hacer uso de esa opción procesal es una de las formas de garantizar el acceso a la administración de justicia para estas personas que, a través de ese procedimiento, se constituyen como parte dentro del proceso penal.

El decreto de medidas cautelares dentro del proceso de parte civil permite asegurar a la víctima que el presunto responsable, en caso de ser condenado, dispondrá de recursos para la cancelación de los perjuicios patrimoniales. De esta manera, la medida cautelar permitirá que se materialice, en términos generales, el acceso a la administración de justicia y, en términos particulares, el derecho a la reparación de las víctimas, en su manifestación pecuniaria.

Para que se pueda pedir medidas cautelares, la parte que las solicita debe presentar una caución que cubrirá los eventuales perjuicios que se causen a la parte demandante (artículo 513 Código de Procedimiento Civil). En la Sentencia C-316/02⁹, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de definir la caución de la siguiente manera:

⁸ Hay que recordar que el hacerse parte civil en el proceso penal permite que las víctimas busquen no sólo la reparación en términos pecuniarios sino también la garantía de la verdad y la justicia. Al respecto señaló la Sentencia C-228/02: *“(...) tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia–no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.”*

⁹ En esta ocasión, la Corte analizó la constitucionalidad de la exigencia de caución prendaria equivalente, por lo menos, a un salario mínimo legal mensual dentro del proceso penal para poder obtener la libertad condicional. La Corte encontró que debido a que no todas las personas que reunían los requisitos de ley para obtener la libertad provisional podían contar con el monto mínimo exigido por la ley para prestar caución, la fijación de esa base mínima era contraria a la Carta. Al ser declarada inexecutable la expresión la Corte estableció que el juez podría, consultando la capacidad económica del procesado, imponer una caución por un monto menor, llegando incluso hasta prescindir de la caución si la capacidad de pago del inculcado es a tal extremo precaria.

“En términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen. Así entonces, mediante el compromiso personal o económico que se deriva de la suscripción de una caución, el individuo involucrado en un procedimiento determinado (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además, (2) garantiza el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Las cauciones operan entonces como mecanismos de seguridad y de indemnización dentro del proceso¹⁰.”

La relación existente entre el acceso a la administración de justicia y la posibilidad de adelantar el procedimiento de parte civil dentro del proceso penal ya ha sido reconocida por la Corte. En efecto, en la Sentencia T-536/94, la Corte consideró que el hecho de exigirle un requisito inexistente para la admisión de la demanda de parte civil a un actor que quería velar por la indemnización de la afectación de titulares de derechos colectivos constituía una vía de hecho que derivaba en la vulneración del derecho al acceso a la justicia. En consecuencia, ordenó *“admitir la demanda de constitución de parte civil y a darle el trámite que según la ley procesal penal corresponde”*

Por otra parte, en la Sentencia T-249/03 se demostró que la negativa de la Fiscalía a dejar constituir como parte civil a una persona que tenía interés en el proceso (como interés colectivo) por tratarse de la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario implicaba un desconocimiento de la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. La Corte indicó que si bien la parte civil debía probar un interés para constituirse como tal éste no tenía que ser, necesariamente pecuniario.

7. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Corte concederá la tutela al derecho al acceso a la administración de justicia en relación con la garantía de los derechos de las víctimas de la señora Mariela Cuervo Cruz. Tal decisión se tomará con fundamento en que (i) si bien las aseguradoras accionadas tienen un amplio

¹⁰ Numerosos ejemplos de éste segundo tipo de cauciones se encuentran en el derecho civil. Así, a manera de ejemplo, en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil se establece la obligación para el agente oficioso de prestar caución para responder porque el demandante ratificará su actuación. Si así no sucede, la garantía indemniza los perjuicios causados por su actuación procesal. Del mismo modo, se establece en el artículo 519 de la misma regulación que se deberá prestar caución para impedir o levantar embargos dentro del proceso ejecutivo; así como se dispone, en el artículo 513 que dentro del proceso ejecutivo, deberá prestarse caución para solicitar medidas cautelares con el fin de garantizar el pago de los perjuicios que dichas medidas pudieran ocasionar al demandado o a terceros.

margen de actuación a la luz de la libertad de contratación, tratándose la póliza judicial de una posibilidad de caución legalmente consagrada, el rango de tal libertad se ve restringido. (ii) Por tal motivo se hacía imperioso que las aseguradoras demostraran la existencia de una causal objetiva para negar la suscripción de la póliza de seguros, lo cual no se dio. (iii) La decisión se ve reforzada teniendo en cuenta que siendo la póliza judicial la caución de menor costo y habiéndose alegado por la actora que no contaba con medios económicos, de no venderse el seguro se limitaría desproporcionadamente el acceso a la administración de justicia, desconociendo el deber de solidaridad.

(i) Las aseguradoras accionadas aducen que el principio de libertad de contratación les permite vender o no las pólizas judiciales según su arbitrio. Agregan que la venta de seguros sólo es obligatoria cuando se trata de seguros de tal denominación, como el SOAT (seguro obligatorio de accidente de tránsito). La Sala reconoce que la actividad aseguradora se ve amparada por la libertad mencionada. Sin embargo, encuentra que en el caso de la venta de pólizas judiciales tal posibilidad discrecional de actuación está limitada por consideraciones de interés público, o por la protección de la parte más débil, por solidaridad, o para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación, o el acceso a la administración de justicia.

En efecto, si bien la póliza judicial no es un seguro de los denominados obligatorios, el legislador expresamente le dio la posibilidad a quien requiriera la constitución de caución para la garantía de un eventual perjuicio de prestarla a través de seguro. Así, en el artículo 678 del Código de Procedimiento Civil señala:

“ART. 678.—Clases, cuantía y oportunidad para constituir las. Las cauciones que ordena prestar este código pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Si el juez considera necesario un dictamen de peritos para fijar la cuantía de la caución, podrá decretarlo y las expensas serán de cargo de quien deba prestarla.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código.

Las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.

Podrá reemplazarse por dinero cualquier caución ya constituida, consignando su importe en la cuenta judicial, o por otra de las indicadas en el inciso primero cuando el concepto del juez ofrezca

igual garantía y facilidad para hacerla efectiva.” (subrayas ajenas al texto)

Dentro de las cauciones ordenadas en el Código de Procedimiento Civil está aquella que se presta cuando dentro del proceso ejecutivo antes de la ejecutoria del mandamiento de pago se piden medidas cautelares, con el fin de garantizar los eventuales perjuicios causados al demandado o a terceros. Al respecto, prevé el artículo 513 C.P.C. invocado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla en su providencia del 12 de mayo de 2005 para ordenar prestar caución:

“ART. 513.—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 272. Embargo y secuestro previos. Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado.

(...)

Para que pueda decretarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares. Esta caución se cancelará una vez el ejecutante pague el valor de los perjuicios liquidados o precluya la oportunidad para liquidarlos, o consigne el valor de la caución a órdenes del juzgado o el de dichos perjuicios, si fuere inferior.

El auto que decrete o niegue las medidas cautelares y el que las revoque por vía de reposición, son apelables en el efecto devolutivo.” (subrayas ajenas al texto)

Así las cosas, para el cumplimiento de un deber legal (pago de caución) el legislador previó la posibilidad de que, si quien presta la garantía así lo desea, ésta sea otorgada por una póliza de compañía de seguros. Tal posibilidad legal no puede ser negada al arbitrio de las aseguradoras, pues a éstas corresponde garantizar la posibilidad de hacer uso del margen de libertad otorgado por la ley.

Tal disposición es aplicable al proceso de parte civil en atención al artículo 60 de la Ley 600 de 2000. Según este artículo, la forma de prestar caución para adelantar el embargo y secuestro de bienes para responder por los perjuicios ocasionados con el delito se regularán según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil. Señala el mencionado artículo:

“ARTICULO 60. EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Simultáneamente a la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento o con posterioridad, el funcionario judicial decretará el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del sindicado.

En los eventos en que no haya lugar a resolver la situación jurídica, el funcionario judicial, con posterioridad a la vinculación, de oficio o a solicitud de la parte civil, ordenará el embargo y secuestro de bienes de propiedad del sindicado cuando obre en el proceso la prueba a que se refiere el artículo 356 de este código.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil. Esta decisión se adoptará mediante providencia de sustanciación. (...)” (subrayas ajenas al texto)

(ii) Existiendo una expresa permisión legal que favorece al asegurado, en este caso se hacía imperioso que las aseguradoras demostraran la existencia de una causal objetiva para negar la suscripción de la póliza de seguros, lo cual no se dio.

Las compañías de Seguros dicen ampararse en la facultad que da el artículo 1056 del Código de Comercio a las aseguradoras. La Sala encuentra que tal artículo no es soporte legal adecuado ni suficiente para negarse a suscribir una póliza judicial sin causal objetiva, como se expondrá a continuación.

El artículo 1056 indica: “*con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona asegurada.*” Como se desprende del texto de la disposición transcrita, las aseguradoras tienen la posibilidad de delimitar los riesgos asegurados, es decir, el contenido del contrato. La facultad que pueden ejercer a su arbitrio no radica, por tanto, en la posibilidad o no de suscribir el contrato, sino en determinar el contenido de su clausulado, es decir, en la **delimitación del riesgo**. De tal artículo se desprende el principio de la cobertura de riesgos estipulados, en virtud del cual la aseguradora tan solo asume aquellos que específicamente se indiquen en la póliza pertinente.

Tal es el entendimiento que, en varias ocasiones, se le ha dado al artículo por parte de la Corte Suprema de Justicia:

- a) En la Sentencia de la Sala Civil, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, del veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002).-Ref. Expediente Nro. 7288;
- b) En la Sentencia de la misma Sala, Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rúgeles, fallo del diecinueve (19) de noviembre de dos mil uno (2001).- Ref: Expediente No. 5978;
- c) Igualmente, en el fallo de la Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schools del veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).-Ref. Expediente No. 4894
- d) Y en la Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria, del diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), Referencia: Expediente No. 4923.

Para la Sala, hubiese sido aceptable alegar, por ejemplo, la existencia de alguno de los riesgos consagrados en el artículo 1055 del Código de Comercio en virtud del cual son actos inasegurables *“el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario”* o el *“amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”*

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.

Ninguna explicación, diferente a la autonomía privada de la voluntad, fue dada por las aseguradoras, lo cual no es aceptable constitucionalmente.

(iii) El cumplimiento de la carga legal (pago de la caución) era requisito para que la señora Mariela Cuervo Cruz pudiera asegurar los bienes con los cuales se le pagarían los eventuales perjuicios como parte civil dentro del proceso penal.

La accionante alegó, tanto en la demanda de tutela como en el escrito de impugnación, que su capacidad económica sólo le permitía cubrir el costo de la póliza judicial, la más económica de todas las formas de prestar caución previstas por la ley. Esta afirmación en ningún momento fue desvirtuada por ninguna de las aseguradoras accionadas.

Es de observar que la caución que se debía prestar, al corresponder al 10% de \$250.000.000 era \$25.000.000, cifra bastante alta para el ciudadano promedio. En esa medida, es aún más atendible el argumento de la actora según el cual ella no contaba con el dinero suficiente para pagar la caución mediante un mecanismo diferente al de la póliza judicial. No obstante es

presumible que sí podía cubrir el costo de una póliza judicial que corresponde al 6% del valor de la póliza, más gastos de expedición (\$2.800) e IVA (16%), para un total de un millón setecientos cuarenta y dos mil ochocientos (\$1.740.800). La posibilidad de comprar la póliza judicial se ve reforzada por el dicho de la misma actora.

Según informe del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, la caución ordenada en Providencia del 12 de mayo de 2005 *“no fue prestada por el interesado, quien además solicitó una prórroga del término para ello, porque ninguna empresa aseguradora le expedía la póliza respectiva; y al parecer no logró conseguir prestar la caución indicada; por lo que no se pudieron hacer efectivas las medidas cautelares.”*

Al no poder prestar caución, la actora vio limitada la posibilidad de garantizar el efectivo pago de los eventuales perjuicios sufridos como presunta víctima. En consecuencia, vio amenazado su derecho a la reparación, parte integrante del acceso a la administración de justicia como derecho de las víctimas.

Simultáneamente, se desatendió el deber de solidaridad aplicable en el caso concreto. Las aseguradoras, observando la insistencia de la víctima dentro del proceso penal (recuérdese que la solicitud se hizo tanto oralmente como a través de derecho de petición y finalmente por medio de tutela), debieron haber considerado el hecho de que la actora no podía prestar caución para hacer efectivo el embargo como parte civil. Al considerar la situación de la actora, en aplicación del mencionado deber, se debió haber menguado la primacía de la autonomía privada de la voluntad y proceder a vender la póliza judicial.

En atención a los argumentos arriba expuestos, la Sala considera ilegítima la actitud asumida por las aseguradoras La Previsora S.A., Liberty Seguros S.A., y Seguros del Estado S.A..

Por tanto, se concederá la tutela al derecho al acceso a la administración de justicia y la protección a los derechos de las víctimas y, en consecuencia, se ordenará a las aseguradoras demandadas que, en atención a la escogencia de entidad que haga la señora Mariela Cuervo Cruz, expidan la póliza judicial requerida para prestar caución dentro del proceso penal de la referencia.

De igual manera, la Sala ordenará al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla que, de presentarse la póliza judicial dentro del proceso penal, proceda a adelantar la medida cautelar solicitada sobre los bienes de COLSEGUROS S.A., a menos que esta entidad como lo había indicado en el auto en el cual se pidió la constitución de caución por la parte civil¹¹, preste

¹¹ En la mencionada providencia se indicó: *“el Despacho atendiendo la petición de la parte civil sobre medidas cautelares, con fundamento en las orientaciones del artículo 513 del C.P.C., como también la cuantía señalada por el apoderado de la parte civil en su memorial, dispone que deberá prestar caución por*

caución en dinero o constituya garantía bancaria o de compañía de seguros por un monto de doscientos cincuenta millones de pesos, en atención al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, inciso final, y 519, *ibídem*.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el 12 de agosto de 2005, y el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, el 17 de noviembre de 2005 y, en consecuencia, **TUTELAR** el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y el derecho a la reparación solicitada por la accionante señora Mariela Cuervo Cruz.

SEGUNDO: ORDENAR a La Previsora S.A., compañía de Seguros, Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A. que, atendiendo a la escogencia de aseguradora que realice la señora Mariela Cuervo Cruz, expida la póliza judicial para prestar caución en el trámite de parte civil dentro del proceso penal Rad. 0112-2005.

TERCERO : ORDENAR al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla que, de presentarse la póliza judicial dentro del proceso penal, en el término de quince días hábiles contados a partir de la presentación, proceda a adelantar la medida cautelar solicitada sobre los bienes de COLSEGUROS S.A., a menos que esta entidad como lo había indicado el Juzgado en Auto del 12 de mayo de 2005, preste caución en dinero o constituya garantía bancaria o de compañía de seguros por un monto de doscientos cincuenta millones de pesos, en atención al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, inciso final, y 519, *ibídem*.

CUARTO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

el 10% de doscientos cincuenta millones de pesos \$250.000.000 para entrar luego al pronunciamiento de tales medidas, y en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colseguros S.A., de febrero 17 de 2005, para efectos de impedir la practica (sic) de medidas cautelares que sean solicitados (sic) contra ella, con fundamento en el artículo 690 inciso final 519 idídem el juzgado señala que deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por un monto de doscientos cincuenta millones de pesos \$250.000.000.oo”

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-517/2006

ENTIDAD ASEGURADORA-Valoración objetiva y subjetiva del riesgo en concurso con Superintendencia Financiera (Salvamento de voto)

ENTIDAD ASEGURADORA-Orden impartida implica que sin realizar una valoración objetiva y subjetiva del riesgo simplemente deban asumirlo (Salvamento de voto)

POLIZA JUDICIAL-Valoración objetiva y subjetiva de riesgo por entidad aseguradora no constituye vulneración a derecho de acceso a la justicia (Salvamento de voto)

MEDIDAS CAUTELARES-Deber legal de garantizar indemnización de perjuicios es una carga procesal impuesta a quien hace solicitud/**CAUCION**-Pago obedece al cumplimiento de un deber legal (Salvamento de voto)

El “deber legal” de garantizar la indemnización de los perjuicios, que pudieren causar la exclusión de manera preventiva de bienes del tráfico jurídico, es una carga que el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil impone a quien solicita la medida cautelar y que la misma norma permite trasladar a una aseguradora o entidad bancaria, sin que para el efecto se puedan perder de vista las previsiones del artículo 1056 del Código de Comercio, a cuyo tenor “[c]on las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”. Se trata, entonces de permitir, a quien busca asegurarse de la efectividad de una condena contra su eventual deudor, que asuma, directamente o con el concurso de una entidad bancaria o de seguros, la responsabilidad por los daños que llegaren a causar las medidas, concurso que exige la presencia de condiciones técnico económicas que lo permitan, porque las actividades financiera y aseguradora son de interés público y se ejercen conforme a reglas preestablecidas, los cuales obligan a las aseguradoras a seleccionar adecuadamente los riesgos que asumen, es decir a establecer objetiva y moralmente el costo de la protección, en función de su pérdida efectiva.

ACTIVIDADES DE INTERES PUBLICO-Diferencias con noción de servicio público (Salvamento de voto)

A la luz de los artículos constitucionales no cabe confundir la noción de actividades de servicio público con la de actividades de interés público, pues unas y otras obedecen a lógicas distintas y por ende a regímenes igualmente

diferentes, mientras que en relación con las actividades que puedan ser calificadas como de servicio público, la Constitución prevé que si bien su prestación puede adelantarse “por el Estado directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares” se agrega en el artículo 365 que en todo caso “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, mientras que respecto de las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo e inversión de los recursos de captación, en el artículo 335 se prevé que son de interés público y que su ejercicio requiere previa autorización del Estado conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA-
Legislador no puede anular iniciativa privada (Salvamento de voto)

Es evidente que la propia Constitución prevé que la ley señale un régimen que sea compatible con la autonomía de la voluntad privada y el interés público proclamado, pero ese régimen no puede llevar a anular la iniciativa de las entidades encargadas de tales actividades; naturalmente en contrapartida ha de reconocerse a éstas una discrecionalidad en el recto entendido de la expresión, es decir sin que los actos de tales entidades puedan responder a la simple arbitrariedad.

Referencia: expediente T-1308125

Acción de tutela instaurada por Mariela Cuervo Cruz contra La Previsora Compañía de Seguros S.A. y otras

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el habitual respeto, manifiesto los fundamentos de mi desacuerdo con la decisión mayoritaria que resolvió revocar, por las razones expuestas en la providencia, las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla y la Sala Penal del H. Tribunal Superior de la misma ciudad y en su lugar conceder el amparo fundamental de acceso a la administración de justicia y a la reparación, impetrado por la señora Mariela Cuervo Cruz contra La Previsora Compañía de Seguros S.A., Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A.

Expone el fallo, entre otras consideraciones, que “cuando a pesar de la existencia de otras formas de prestar caución, la víctima solo cuenta con

recursos para prestar ésta a través de una póliza judicial, las aseguradoras, en cumplimiento del deber de solidaridad, no pueden alegar de manera exclusiva el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad y en particular la libertad contractual para la no venta de tal seguro” -aspecto éste que comparto plenamente, se destaca-

No obstante la providencia extrema hasta restringir a las demandadas todo poder de discernimiento, en cuanto ordena a la compañía de seguros accionada, atendiendo a la escogencia que realice la actora, que *“expida la póliza judicial para prestar caución, en el trámite de parte civil dentro del proceso penal Rad. 0112-2005”*, fundada en que *“en este caso se hacía imperioso que las aseguradoras demostraran la existencia de una causal objetiva para negar la suscripción de la póliza de seguros, lo cual no se dio”* –folio 24- y en que *“hubiese sido aceptable alegar, por ejemplo, la existencia de alguno de los riesgos consagrados en el artículo 1055 del Código de Comercio en virtud del cual son inasegurables “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario o el “amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”* – folio25-

Se trataría entonces, según la orden impartida y las consideraciones que la preceden –a mi entender- de que cualquiera de las entidades accionadas a elección de la actora, tenga, sin más, que asumir el riesgo –asegurable- de responder por los perjuicios que las medidas de embargo y secuestro ocasionen a la Aseguradora Colseguros S.A., en su condición de tercero civilmente responsable, dentro del proceso penal en que la señora Cuervo Cruz funge como parte civil. De ahí mi respetuoso disenso con la posición mayoritaria.

A mi parecer, la orden debía dirigirse a imponer a las aseguradoras accionadas –con el concurso de la Superintendencia del ramo- un pronunciamiento de fondo sobre la valoración –objetiva y subjetiva- del riesgo que la señora Cuervo Cruz les propuso asumir, sin cercenarles ni aminorarles su deber de valorar la posibilidad de pérdida o daño a que se expone la actora, al promover medidas de embargo y secuestro contra la Aseguradora eventualmente obligada a responder patrimonialmente, dentro del proceso penal No. 112-2005, que se adelanta en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla.

En ese orden de ideas, la actora, una vez conocidas las condiciones técnicas y económicas en que cada una de las aseguradoras expediría la caución o las razones que les impiden hacerlo, resuelva si asume el riesgo ofreciendo una garantía personal o si lo traslada a una entidad bancaria, en los términos del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil.

Posibilidades éstas que no comportan vulneración del derecho constitucional de acceso a la justicia, sino que han sido previstas por el legislador para mantener el equilibrio procesal entre quien, a modo de prevención de una posible insolvencia, pretende asegurar patrimonialmente la ejecución de una eventual condena y aquel que no puede ser obligado a responder sin juicio previo que así lo imponga.

En este orden de ideas, considero que no resulta posible sostener –como lo hace la providencia- que del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil se desprende “*el cumplimiento de un deber legal (pago de caución)*” y que el obligado a satisfacerlo, si “*así lo desea*”, puede exigir que la misma sea otorgada por una compañía de seguros, como quiera “*que [t]al posibilidad legal no puede ser negada al arbitrio de las aseguradoras, pues a éstas corresponde garantizar la posibilidad de hacer uso del margen de libertad otorgado por la ley*” –folio 23-.

Lo anterior, porque el “*deber legal*” de garantizar la indemnización de los perjuicios, que pudieren causar la exclusión de manera preventiva de bienes del tráfico jurídico, es una carga que el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil impone a quien solicita la medida cautelar y que la misma norma permite trasladar a una aseguradora o entidad bancaria, sin que para el efecto se puedan perder de vista las previsiones del artículo 1056 del Código de Comercio, a cuyo tenor “*[c]on las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*”.

Se trata, entonces de permitir, a quien busca asegurarse de la efectividad de una condena contra su eventual deudor, que asuma, directamente o con el concurso de una entidad bancaria o de seguros, la responsabilidad por los daños que llegaren a causar las medidas, concurso que exige la presencia de condiciones técnico económicas que lo permitan, porque las actividades financiera y aseguradora son de interés público y se ejercen conforme a reglas preestablecidas, los cuales obligan a las aseguradoras a seleccionar adecuadamente los riesgos que asumen, es decir a establecer objetiva y moralmente el costo de la protección, en función de su pérdida efectiva.

Por ello en el asunto en estudio, a mi juicio, lo conducente consistía en emitir la orden de que las accionadas expusiesen ante la Superintendencia Financiera de Colombia, con el conocimiento de la actora, los criterios que las condujeron a negarse a contratar con ésta, a fin de que la expedición de la caución solo pudiese ser impuesta si la negativa no resulta en armonía con las funciones económica y social inherentes a la actividad aseguradora, en los términos de los artículos 58, 333 y 335 de la Carta Política.

Por lo demás no sobra precisar, frente a afirmaciones que se hacen en la sentencia y a transcripciones de la jurisprudencia de la propia Corte, que a la luz de los artículos constitucionales no cabe confundir la noción de actividades de servicio público con la de actividades de interés público, pues unas y otras obedecen a lógicas distintas y por ende a regímenes igualmente diferentes, mientras que en relación con las actividades que puedan ser calificadas como de servicio público, la Constitución prevé que si bien su prestación puede adelantarse “*por el Estado directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares*” se agrega en el artículo 365 que en todo caso “*el Estado mantendrá la regulación , el control y la vigilancia de dichos servicios*”, mientras que respecto de la actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo e inversión de los recursos de captación, en el artículo 335 se prevé que son de interés público y que su ejercicio requiere previa autorización del Estado conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Es evidente que la propia Constitución prevé que la ley señale un régimen que sea compatible con la autonomía de la voluntad privada y el interés público proclamado, pero ese régimen no puede llevar a anular la iniciativa de las entidades encargadas de tales actividades; naturalmente en contrapartida ha de reconocerse a éstas una discrecionalidad en el recto entendido de la expresión, es decir sin que los actos de tales entidades puedan responder a la simple arbitrariedad.

Fecha *ut supra*

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado