



Universidad Católica del Táchira
Decanato de Investigación y Postgrado
Maestría en Derecho Mercantil
III cohorte

**EL CONTRATO DE SEGURO DE SALUD, LOS ASPECTOS
TÉCNICOS DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA, LAS
ENFERMEDADES PREEXISTENTES Y EL DERECHO A LA
SALUD, CONSIDERADOS COMO FACTORES EN EL
PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE
SEGUROS**

Trabajo de Grado para optar al Grado
de Magister en Derecho Mercantil
Línea de Investigación: Derecho mercantil
Temática: actividad de comercio

Autora: Carmen Zenaida Vivas Franco
Tutor: Adrián Filiberto Contreras Colmenares

San Cristóbal, octubre de 2019

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del Trabajo de Grado presentado por **Carmen Zenaida Vivas Franco** para optar al Título de Magister en Derecho Mercantil, cuyo título es: **El contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros**, aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 1 de junio de 2018 según Acta N° 153.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.



Adrián Filiberto Contreras Colmenares
C.I. 3795452

Agradecimiento

Desee manifestar mi gratitud:

Al Padre José del Rey Fajardo, s.i., quien vio en mí la madera para consagrarme a la vida académica.

A la Universidad Católica del Táchira por abrazarme académicamente.

A mi papito adorado Claudio Vivas Pérez, quien siempre me ha animado en mis proyectos, sueños y anhelos.

A mi hijo Juan Carlos por ser y estar.

A Rina Mazuera Arias y a Neida Albornoz Arias, ellas y yo sabemos las inmensas razones de mi gratitud.

A mi excelso tutor, doctor Adrián Filiberto Contreras Colmenares, quien generosa y magistralmente me llevó de la mano en el camino de la comprensión, creación y redacción. Su generosidad y humildad dan cuenta de su grandeza.

A mis profesores y compañeros de la maestría, en especial a Jorge Isaac Jaimés Larrota, quien me comentó que iba a preinscribirse y me animó a hacerlo. Todos, contribuyeron a que cada viernes y sábado de la presencialidad validara mi convicción: estudiar es una bendición y ser estudiante un privilegio.

A mi comadre Jenny Mildred Bustamante Varela por todo y más.

A la licenciada Rosaura Ramírez Meza y a la señora Evelia Cáceres, quienes cuidaron lo más preciado que Dios me ha encomendado mientras yo iba a clases.

A todos, gracias, gracias, gracias

Dedicatoria

Ofrendo esta satisfacción personal:

A mi mamita Isabel Teresa Franco de Vivas, quien desde el cielo sé que me bendice.

A mi papito, Claudio Vivas Pérez, el mejor del Mundo, porque él ha sido el mejor ejemplo de vida que he tenido.

A mi hijo Juan Carlos Perdomo Vivas porque me enseña a vivir con entusiasmo, amor y pasión.

A mi hermana Careli Isabel y mi hermano Claudio Jr., porque sé que en la distancia se alegran por mis logros.

A mis sobrinos Jesús David y Gustavo Andrés, porque los amo y los sueño sanos y felices.

A mi tutor, doctor Adrián Filiberto Contreras Colmenares, porque este ejercicio intelectual contó con su iluminación, guía y bendición.

Ellos y yo alzamos este galardón.

ÍNDICE GENERAL

	pp.
Aprobación del tutor	ii
.....	
Agradecimiento	iii
Dedicatoria	iv
Resumen	v
Resumen Ejecutivo	vi
.....	
Introducción	1
.....	
Objetivos de la Investigación	9
.....	
Objetivo General	9
.....	
Objetivos Específicos	9
.....	
Justificación de la Investigación	10
.....	
CAPÍTULO	
I Acercamiento al contrato de seguro de salud: relevancia en la atención al riesgo	13
.....	
Aproximaciones investigativas precedentes	13
.....	
Referente teórico	15
.....	
El riesgo en la vida cotidiana	15
.....	
El seguro de	16

salud	
.....	
Características del contrato de seguro de salud	21
.....	
Descripción del riesgo asegurable en el seguro de salud	23
.....	
Modalidades y tendencia del contrato de seguro de salud	27
.....	
La cláusula de exclusión por enfermedades preexistentes: un denominador común	29
.....	
CAPÍTULO	
II Incidencia de las enfermedades preexistentes como exclusión en el contrato de seguros y el menoscabo del derecho a la salud	30
.....	
La garantía constitucional del derecho a la salud: ¿responsabilidad del Estado o del sector asegurador?	30
.....	
Aproximaciones investigativas precedentes	31
.....	
Referente teórico	34
.....	
El contrato de seguro de salud ante las enfermedades preexistentes y las discapacidades preexistentes	34
.....	
Selección del riesgo, cálculo de la prima y preexistencia	40
.....	
El Estado Social de Derecho, el derecho a la salud y la actividad aseguradora ante el riesgo	41
.....	
La libertad económica conjugada con el derecho a la salud: la extraprima como alternativa a la exclusión	53
.....	
Conclusión	55
.....	

CAPÍTULO

III Criterios técnicos de la actividad aseguradora que justifican las enfermedades preexistentes como exclusión contractual estandarizada	56
---	----

.....
.....

Referente teórico	pp. 59
Estadística y estudios actuariales	59
Cálculo de la prima	59
Riesgos operacionales	67
Selección del riesgo	69
Período de carencia	72
Exclusiones	74
Conclusión	74

CAPÍTULO

IV Constitucionalización del Derecho de seguros y su incidencia en la esencia de la actividad aseguradora y del contrato de seguro	76
--	----

.....

Aproximaciones precedentes	investigativas	76
Control estatal sobre la actividad aseguradora: justificación ancestral		79
Constitucionalización del Derecho privado y Neoconstitucionalismo		85
Sistema de constitucionalización del Derecho de seguros predominantemente	judicial:	88

Colombia				
.....				
Sistema de constitucionalización del Derecho de seguros predominantemente legislativo:				101
Venezuela				
.....				
Una conclusión de lo				104
expuesto				
.....				
CAPÍTULO				
V			Conclusiones	106
.....				
Referencias				110
.....				

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

El contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros

Autora: Carmen Zenaida Vivas Franco
Tutor: Adrián Filiberto Contreras-Colmenares
Año: 2019

RESUMEN

El contrato de seguro de salud ha sido diseñado para brindar al individuo una eventual indemnización, para cuando enferme y sea menester la atención médica y/u hospitalaria. La actividad aseguradora, en razón de su tecnicidad se ha valido de estudios actuariales para predecir el comportamiento del riesgo que el contrato de seguro de salud ampara: el de contraer una enfermedad, con las consecuencias económicas que esa circunstancia trae consigo. El contrato de seguro de salud, en atención a la selección del riesgo, como un aspecto técnico, cuenta con una cláusula de exclusión de responsabilidad del asegurador: las enfermedades preexistentes. La exclusión referida atiende al hecho de que una enfermedad que se padece antes de la entrada en vigencia del contrato, no es un riesgo asegurable, sino es un siniestro. Pero la constitucionalización del Derecho de seguros ha promovido la defensa del derecho a la salud a costa del concepto de riesgo y de su selección. Esta actividad intelectual se propuso explicar la relación entre el contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros. Para ello, desde lo metodológico se apoyó en una investigación documental de tipo descriptivo. Como corolario, se estableció que la constitucionalización del Derecho de seguros avasalla -en nombre de la defensa de los derechos fundamentales- principios *iusprivatistas* del contrato de seguro y aspectos técnicos de la actividad aseguradora. Todo lo cual, se muestra como un avance y progreso de los derechos fundamentales, pero como un *presente griego* para la actividad aseguradora, que no es otra cosa sino una actividad comercial privada con ánimo de lucro.

Palabras clave: riesgo, contrato, seguro, salud, preexistencia, constitucionalización, Derecho de seguros.

Resumen Ejecutivo

Código del proyecto:
Título del Trabajo de Grado: El contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros.
Programa de postgrado: Maestría en Derecho Mercantil.
Financiamiento: Propio.
Estado: Concluido.
Investigadora: Carmen Zenaida Vivas Franco
Línea de Investigación: Derecho mercantil: actividad de comercio
Palabras clave: Contrato, seguro, salud, riesgo, enfermedad preexistente, discapacidad preexistente, indemnización, exclusión, derechos fundamentales, constitucionalización, Derecho privado, Derecho de seguros.
Descripción del Problema: El contrato de seguro de salud ha sido diseñado para ofrecer al asegurado una garantía de respaldo económico, para el evento, en que sufra de una patología y requiera de asistencia médica y/u hospitalaria. El contrato de seguro de salud se enmarca, en principio y por naturaleza, en el Derecho de seguros y éste en el Derecho privado. Sin embargo, el proceso de constitucionalización ha desdibujado los límites, que otrora, flanqueaban al Derecho privado y al Derecho de seguros. A propósito de esa constitucionalización del Derecho de seguros, se desconocen los

principios *iusprivatistas* del contrato de seguro y criterios técnicos que sustentan a la actividad aseguradora. Todo lo cual, atenta contra la esencia de ambas, y contra el concepto baluarte en materia aseguradora: el riesgo.

Objetivo General:

Explicar la relación entre el contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros.

Objetivos Específicos:

- Exponer el contrato de seguro de salud en relación con el riesgo que ampara.
- Determinar la incidencia de las enfermedades preexistentes como exclusión en el contrato de seguro y el menoscabo del derecho a la salud.
- Analizar los aspectos técnicos de la actividad aseguradora que justifican las enfermedades preexistentes como exclusión contractual estandarizada.
- Revelar la constitucionalización del Derecho de seguros y su incidencia en la esencia de la actividad aseguradora y del contrato de seguro.

Conclusiones:

- Las enfermedades y las discapacidades preexistentes son excluidas de la cobertura, porque no constituyen un riesgo, sino un siniestro. Y resulta que la actividad aseguradora y el contrato de seguro orbitan alrededor del riesgo. Si se permite que una aseguradora brinde cobertura a un hecho cierto, ya verificado, se está echando por tierra todo el entramado técnico que sostiene la actividad aseguradora, sobre todo los estudios actuariales que aplican las estadísticas para predecir el comportamiento de un riesgo, y permitir cuantificar su aseguramiento (cálculo de la prima). Amén de la selección del riesgo, que, conjugada con la libertad para contratar, se hacen presente en el contrato de seguro, en especial en la etapa precontractual.
- La constitucionalización del Derecho de seguros, en nombre de la defensa de los derechos fundamentales, hace que el Estado -por medio del Poder judicial y la jurisdicción constitucional, en Colombia, y del Poder Ejecutivo y Legislativo en Venezuela- se *inmiscuya* en una relación meramente de Derecho privado. Tal invasión, arrolla principios de Derecho privado y de Derecho de seguros, que plantean una seria inquietud, sobre la proliferación de esas órdenes que desconocen los principios técnicos y jurídicos del Derecho de seguros y, atentan contra el futuro de la actividad aseguradora.

La salud es un espectro que, como todo lo invisible, siempre nos invita a fabularla con no pocas dosis de imaginación y fantasía. Apesar de ello, ni la ficción es lo contrario a la verdad ni la fabulación es en el hombre un gesto menos natural que la deglución o el sueño. Arrojados, pues, al terreno de la fábula, tal vez merezca la pena acogernos a la estética del relato para satisfacer nuestra esperanza por resolver la siempre esquiva y pendiente de definición del bienestar.

Puede que sea imperfecta y, sin duda, muchos científicos certificarían con suficiencia y rotundidad su inexactitud. Pese a todo, en razón de su belleza, la anécdota no deja de antojarse verdadera. Cuentan los testigos que en el verano de 1939 un periodista le preguntó a Sigmund Freud cómo definiría la salud. Con naturalidad y sencillez el doctor, ya anciano, resolvió: sano es todo aquel capaz de amar y trabajar. No exigió poco. Miren a su alrededor y cuenten: a mí no me salen tantos.

Extracto de Clínica, ficción y fábula, por Diego S.

Garrocho Salcedo

Revista Actuarios, 38, 2016, p. 63.

INTRODUCCIÓN

El confort en la vida del siglo XXI es resultado de una ecuación en la que, sin duda, interactúa la actividad de comercio, que implica a su vez innumerables relaciones jurídicas¹. Incluso, se ha sostenido que: ...“la especialización que ha permitido la prosperidad humana requiere del comercio, que, en general, contribuye al crecimiento económico”².

Y, ello es así, porque la relación entre la actividad de comercio y la economía es simbiótica hasta el punto de que: ...“es posible personificar la variabilidad económica de los mercados estableciéndose para ello la significación o la trascendencia que representa la actividad comercial”³.

En el desarrollo de una actividad comercial lícita parece que todo, o casi todo, se puede vender y comprar. En el afán de satisfacer necesidades humanas, la actividad de comercio es una vorágine, en la que muchas de las relaciones jurídicas, que se concretan, pasan desapercibidas de la conciencia colectiva. Tal vez, porque ya están tan insertas en la cotidianidad y se dan por sentadas.

De modo tal que, en la medida en que la actividad de comercio satisface necesidades humanas, se conjuga la actividad de dos actores: el comerciante y el consumidor. El primero, debe determinar las necesidades no satisfechas para establecer si vende el producto o presta el servicio correspondiente; por su parte, el consumidor es el que necesita de ese producto o servicio⁴. En blanco y negro, esos son los protagonistas que interactúan en la actividad

¹ MORLES, A. (2000). *Curso de Derecho Mercantil. Introducción. Empresa. Empresario*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 5.

² ORTÚN, V. (2006). Comercio y salud (*Trade and health*). *Gaceta Sanitaria*, vol. 20, N° 3. Fecha de la consulta: 17 de junio de 2018. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112006000300001

³ CUBILLOS, C. (2011). “La visión técnica del acto mercantil”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 10, N° 2, pp. 24-38, p. 24.

⁴ PÉREZ, D. (2015). “El consumidor como sujeto del comercio”, *Revista Auctoritas Prudentium* (Guatemala), N° 12, pp. 43-47, p. 44.

comercial.

El comerciante para desplegar su actividad mercantil debe articular el trabajo de personas y los medios necesarios con el propósito de producir los bienes o prestar los servicios que demandan los consumidores⁵. Ahora bien, en la medida en que la relación comercial es esencialmente mutualista⁶, se espera que se desarrolle en igualdad de condiciones para ambas partes. Lo que evidenciaría un equilibrio jurídico-patrimonial que propicie la satisfacción mutua.

Dentro de las necesidades, cuya satisfacción busca el ser humano, está la de darle protección jurídica a sus invenciones y obras; así como determinar el alcance de sus relaciones bancarias y también se cuenta la de sentirse protegido, es decir, seguro. Y es allí, cuando la actividad y el Derecho mercantil se refinan y dan paso a lo que se conoce como: ...“Derechos informativos (v. gr., Derecho de la propiedad industrial, bancario, bursátil o del mercado de valores, de transportes, de seguros, etc.)”⁷ (Subrayado fuera de texto).

En el marco de tales derechos informativos se encuentra al consumidor de seguros que tiene una expectativa de protección y al empresario asegurador⁸. El desarrollo no solo de la economía, sino de la misma actividad mercantil sería inconcebible sin la ...“cobertura de los innumerables riesgos y peligros que vertiginosamente acechan a la ciudadanía”⁹. De modo que, tanto el

⁵⁵ SÁNCHEZ, F., (2004) *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid. MacGraw Hill/Interamericana de España, p. 53.

⁶ PÉREZ, D. (2015). “El consumidor como...”, *op. cit.*, p. 44.

⁷ SÁNCHEZ, F., (2004) *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 53.

⁸ VENEGAS, A. (2003) Derecho de seguros y 30 años del Código de comercio. En Baumeister, A. (coord.) (2003). *Estudios sobre Derecho de Seguros. Libro homenaje a los 40 años de la Fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA)*. (pp. 49-58), Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

⁹ CID, A. (2000). Evolución y perspectivas de la protección del asegurado en España. En Retos y Oportunidades del seguro y del reaseguro en el nuevo milenio. (2000). (pp. 79-99). Cartagena de Indias. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), p. 79.

consumidor como el comerciante protagonizan la actividad mercantil aseguradora en la que interactúan. Tal actividad aseguradora está inserta en el marco del sistema financiero, junto con el sector bancario y el mercado de valores¹⁰.

Hay que advertir que la doctrina no conviene pacíficamente en admitir que la actividad aseguradora tenga una naturaleza financiera. A pesar de ello, hay razones que justifican el control estatal sobre tal actividad aseguradora. Una de las más determinantes atiende al hecho de que las aseguradoras captan dinero del público, por medio del cobro de primas, recurso monetario que luego colocan en la economía¹¹. Otro argumento que apuntala el control estatal sobre la actividad aseguradora es el hecho de que existe en la ecuación contractual aseguradora, una parte débil: el asegurado-consumidor.

Pero al margen de la discusión de si la actividad aseguradora tiene tintes o no de naturaleza financiera, lo que es indiscutible, es su naturaleza mercantil¹². Dentro de este contexto, la actividad aseguradora tiene un eje central: el contrato de seguro¹³, también conocido como el negocio jurídico del seguro¹⁴. Contrato que está debidamente regulado por una rama especializada del Derecho: el Derecho de seguros. Hay que advertir -a pesar de que aún hoy, algunas legislaciones niegan el espacio especializado que como rama autónoma del Derecho merece- que el Derecho de seguros consagra un conjunto de normas jurídicas especiales que regulan la relación jurídica derivada del contrato de seguro.

El contrato de seguros vincula jurídicamente a sus partes. Esa vinculación es particular porque atiende a las características del contrato, que, aunque no

¹⁰ CHANG, K. y NEGRÓN, E., (2011). *Seguros en Venezuela*. Caracas, Vadell Hermanos Editores, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 13.

¹² ZORNOSA, H. (2001). "Las partes en el contrato de seguros", *Revista de Derecho Privado*. N° 7, pp. 65-86. Fecha de la consulta: 17 de junio de 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3253355>

¹³ CHANG, K. y NEGRÓN, E., (2011). *Seguros en Venezuela...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ ZORNOSA, H. (2001). "Las partes en...", *op. ci.*, p. 66.

vienen al caso, sí es necesario establecer que es bilateral sinalagmático perfecto. Lo que equivale a afirmar que en él se originan obligaciones para ambas partes, las que se espera se relacionen en un marco de proporción jurídico-económica. Ese anhelo representa uno de los desafíos más retadores que tiene la actividad aseguradora: equilibrar al contrato respecto de las pretensiones de los tomadores, pretensiones que en sí mismas son causa y objeto del contrato¹⁵.

El marco contractual contiene cláusulas que describen las circunstancias que como detonantes del siniestro, tienen cobertura; esto es, situaciones que una vez verificadas hacen que el riesgo se concrete en siniestro, lo que genera la obligación condicional del asegurador: pagar la indemnización o la suma asegurada, según se trate de un contrato de seguros meramente indemnizatorio o no. El contenido contractual también consagra cláusulas que eximen de responsabilidad al asegurador, y que, aunque hacen verificar al siniestro, no opera la indemnización o el pago de la suma asegurada.

Por tanto, de la interpretación y aplicación que se haga de las cláusulas de cobertura y de exclusión dependerá la satisfacción o no de los derechos del tomador, beneficiario o asegurado. En el caso específico de los seguros de salud, se contempla una exclusión generalmente aceptada, casi como estándar: las enfermedades preexistentes.

Tanto la ley como la doctrina coinciden, cuando de conceptualizar la enfermedad preexistente se trata:

Es la enfermedad o lesión que pueda comprobarse ha sido adquirida con anterioridad a la fecha de inicio de la vigencia del contrato o de la inclusión del Asegurado en la Póliza, y sea conocida por el Tomador o

¹⁵ VENEGAS, A. (2000a). Evolución y perspectivas de la protección del asegurado. En Retos y Oportunidades del seguro y del reaseguro en el nuevo milenio. (2000). (pp. 55-66). Cartagena de Indias. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), p. 55.

el Asegurado¹⁶

Lo que significa que las enfermedades preexistentes se asimilan a siniestros que han comenzado antes de la vigencia del contrato, y una circunstancia así, no tiene cobertura. Lo que equivale a decir, que las personas que enferman antes de contar con el amparo que le brinda un contrato de seguros, están condenadas -en principio- a sufragar a sus propias expensas, los gastos que dicha patología le implique. Sin poder contar con el respaldo económico que brindaría el amparo de una aseguradora a propósito de la suscripción de un contrato de seguro.

Por otra parte, tanto la Constitución de Venezuela como la de Colombia, declaran que en sus territorios reina un Estado Social de Derecho, lo que se materializa en pro de los derechos de sus ciudadanos. Derechos, entre los que se cuentan el de la salud y el de la libertad económica. Ambos derechos, tienen su correspondiente garantía a cargo del Estado. Además, concurren en el contrato de seguro de salud: el derecho a la salud en cabeza del tomador, beneficiario o asegurado y la libertad económica en la esfera patrimonial del asegurador.

Ahora bien, en Venezuela la actividad comercial ha hecho aguas. Y ha zozobrado como consecuencia natural de la contracción -por decir lo menos- de la economía nacional. En la medida en que se han implantado políticas macro, meso y micro económicas erróneas, se ha golpeado el eje de la actividad mercantil. A esa realidad no escapan las empresas de seguros. En especial, porque la intromisión, no solo indebida, sino poco calificada del Estado en la actividad mercantil y aseguradora, ha desconocido principios de orden técnico que informan al sector, a la actividad y al contrato de seguros.

Para ilustrar lo dicho, basta con otear las distintas versiones de la Ley de la

¹⁶MERCANTIL SEGUROS. Póliza de Seguro de salud individual. Condiciones particulares. Cláusula 1. Interpretación de términos. SEGUROS QUALITAS. Póliza de salud individual. Condiciones particulares. Cláusula 1. Interpretación de términos.

Actividad Aseguradora, que en Venezuela y desde su primera *edición* ha sido catalogada como el *código penal* de las aseguradoras. En especial, al revisar la exposición de motivos de la Ley de la Actividad Aseguradora promulgada en 2015 y reimpressa en 2016 se puede advertir la saña en el ánimo estatal contra la actividad aseguradora:

...Es urgente e imperiosa la transformación del metabolismo de la actividad aseguradora, para disponer de un rumbo y un ritmo cónsonos con los Grandes Objetivos Históricos estratégicos del Plan de la Patria (...) siendo un sector que por su metabolismo genera buenos niveles de rentabilidad a cambio de poca inversión (...) La masa monetaria que inyecta la actividad aseguradora en la economía nacional para el año 2013 alcanzó aproximadamente \$ USD 13.000 Millones (sic)... Esta problemática se inserta dentro del combate del Gobierno Nacional (sic) contra la guerra económica...¹⁷

En relación con las enfermedades preexistentes, la vigente Ley de la Actividad Aseguradora en Venezuela prohíbe expresamente a las aseguradoras: “Alegar las enfermedades preexistentes o adquiridas, defectos o malformaciones congénitas, como causal de rechazo de siniestros de hospitalización, cirugía y maternidad”¹⁸. El hecho de que una ley, que regula la actividad aseguradora, desconozca un elemento técnico como lo es el concepto de las enfermedades preexistentes como causal de exclusión y consecuente rechazo, deja mucho que desear. Conviene recordar que la actividad aseguradora es mercantil, pero, sobre todo técnica.

Como si fuera poco, que la Ley de la Actividad Aseguradora desconoce el principio técnico de las enfermedades preexistentes, la sola prohibición, que le impone a las empresas de seguros de alegar la preexistencia para rechazar

¹⁷ EJECUTIVO NACIONAL. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la actividad aseguradora Exposición de motivos. Fecha de la consulta: 30 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.sudeaseg.gob.ve/wp-content/uploads/2016/03/Ley%20de%20Actividad%20Aseguradora%20GO%206220%20%2015-05-2016.pdf?x41979>

¹⁸ EJECUTIVO NACIONAL. Decreto con Rango ..., *op. cit.*

el reclamo, equivale a un tiro en el corazón y el alma del contrato de seguros: el concepto de riesgo. El caso es que el riesgo se caracteriza por ser un hecho futuro e incierto, lo que implica que no existe para el momento de la suscripción del contrato de seguros. Si ese riesgo existiera para ese momento, técnicamente ya no se trataría de un riesgo, sino de un siniestro, lo que suprimiría de un tajo, el interés asegurable que es nada más y nada menos que la causa del contrato de seguros.

Además, esa prohibición hace írrito el proceso de selección del riesgo que como parte de las tratativas tiene derecho a realizar la empresa de seguros. Pues la actividad aseguradora es eminentemente privada, y, en ese marco, rige el principio de la autonomía de las partes. La empresa de seguros tiene un comité de suscripción cuyo propósito es el de determinar qué es o no un *buen riesgo* para asumir. Pero, si se le impone a la aseguradora que debe darle cobertura a los asegurados y, además, pagar la suma asegurada por los gastos médicos derivados de una enfermedad que ya sufría antes de la vigencia contractual, tal perversión descoloca todo el *andamiaje* técnico-científico que soporta al contrato de seguros y a la actividad aseguradora.

Lo que sin duda desconocería los esfuerzos actuariales que se hacen para pronosticar la ocurrencia o no del riesgo. Además, puede preguntarse: ¿de qué servirían las estadísticas para predecir si una persona va a sufrir o no de una afección cardíaca durante el desarrollo de la relación contractual, si para el inicio de la relación ya sufre de esa patología? ¿Dónde queda ahí el carácter futuro e incierto del riesgo?

En el panorama descrito, hay que resaltar de manera especial, y con mucho pesar, la deliberada intención que ha tenido el Ejecutivo Nacional en Venezuela de endilgar a las empresas de seguros la garantía del derecho a la salud de sus habitantes. Cuando es al Estado al que le corresponde ser garante de tal derecho. Y con esa deliberada intención, el Poder Ejecutivo pone en riesgo la sobrevivencia no solo del ramo de salud, sino del sector

asegurador en general. Hay que recordar que las empresas de seguros que se han constituido, previamente, como sociedades anónimas son comerciantes colectivos. Al ser comerciantes, es natural que presten los servicios que han organizado técnicamente para un solo propósito: obtener ganancias. Y si esas ganancias son esquivas, la decisión será inevitable: cesar en sus actividades comerciales.

En el caso colombiano, ha sido el Poder Judicial el lancero que ha asestado un duro golpe a la actividad aseguradora, vía tutela. La acción de tutela es un mecanismo, que la Constitución Política de Colombia¹⁹ prevé para inquirir a las autoridades a defender los derechos fundamentales de los habitantes del país. Mecanismo que procede, de manera excepcional, contra los particulares. En este caso, se han instaurado innumerables acciones de tutela en contra de las aseguradoras y la Corte Constitucional, en particular, ha ordenado desconocer la letra contractual para defender y honrar un derecho fundamental, como lo es el derecho a la salud.

Las órdenes judiciales de la Corte Constitucional colombiana y las normas jurídicas que regulan la actividad aseguradora en Venezuela, son la punta de lanza para la constitucionalización del Derecho de seguros. Fenómeno que toma, ya no al imperio de la ley como referente obligado de la labor interpretativa, sino al imperio de la Constitución, y en nombre de ella se desconocen principios *iusprivatistas* y aspectos técnicos fundamentales en el contrato de seguro y en la actividad aseguradora. Desconocimiento que tarde que temprano redundará en la distorsión de la actividad aseguradora.

Con base en estos planteamientos, cabe formular la pregunta que guía la investigación: ¿Cómo se relacionan el contrato de seguro de salud en sus aspectos técnicos, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud,

¹⁹ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 333. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-12/capitulo-1/articulo-333>

considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros?

A partir de este interrogante se plantean las siguientes preguntas ¿Cómo es el contrato de seguro de salud en relación con el riesgo que ampara? ¿Qué incidencia tienen las enfermedades preexistentes como exclusión en el contrato de seguro y el menoscabo del derecho a la salud? ¿Cuáles son los aspectos técnicos de la actividad aseguradora que justifican las enfermedades preexistentes como exclusión contractual estandarizada? ¿Cómo la constitucionalización del Derecho de seguros incide en la esencia de la actividad aseguradora y del contrato de seguro? Así entonces, con fundamento en estas preguntas se elaboran los objetivos de la investigación:

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Explicar la relación entre el contrato de seguro de salud, los aspectos técnicos de la actividad aseguradora, las enfermedades preexistentes y el derecho a la salud, considerados como factores en el proceso de constitucionalización del Derecho de seguros.

Objetivos Específicos

- Exponer el contrato de seguro de salud en relación con el riesgo que ampara.
- Determinar la incidencia de las enfermedades preexistentes como exclusión en el contrato de seguro y el menoscabo del derecho a la salud.
- Analizar los criterios técnicos de la actividad aseguradora que justifican las enfermedades preexistentes como exclusión contractual

estandarizada.

- Revelar la constitucionalización del Derecho de seguros y su incidencia en la esencia de la actividad aseguradora y del contrato de seguro.

Justificación de la Investigación

La investigación se justifica en la dimensión social, porque deja de manifiesto que el cese de las empresas de seguros en su actividad comercial, traería consecuencias nefastas en la dimensión social y económica. Así mismo, porque las personas ya no contarían con empresas de seguros dispuestas a asumir los riesgos que amenazan la existencia y vida de la humanidad. Igualmente, en lo económico porque una empresa menos es una fuente de empleo menos. El cierre de una empresa de seguros desde los aspectos metajurídicos, equivale a la democratización y consolidación de la zozobra colectiva, pues el riesgo seguirá presente pero no habrá posibilidad de tomar la previsión más técnica y efectiva para matizar las consecuencias económicas de la concreción del riesgo en siniestro: el contrato de seguro.

Desde la teoría de la actividad mercantil, la actualidad del tema se impone: existe una deliberada intención estatal en soslayar la responsabilidad constitucional que le ha sido conferida: garantizar el derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional. Y en el afán de rehuirla la ha querido endilgar a las empresas de seguros, que no son otra cosa que personas jurídicas de Derecho mercantil. Y que asumen una forma societaria de compañías anónimas para comercializar seguros, previa autorización estatal. En esa comercialización pretenden, como es natural, obtener un margen razonable de ganancia.

En la realización de esta investigación se ha considerado como unidades de análisis el contenido de la legislación aseguradora venezolana y colombiana, así como la doctrina contenida en decisiones de la Corte Constitucional colombiana. Además, este esfuerzo investigativo representó un aporte

sensible al estudio técnico de la materia aseguradora que en Venezuela ha sido deliberadamente disminuida, entre otras razones, por el desconocimiento y vulneración de sus principios técnicos. La actividad aseguradora en Venezuela ha resultado damnificada y contraída por políticas –tácitas o expresas- estatales. Ahora bien, al alcanzar el objetivo de la investigación se logró aclarar a la sociedad civil y a la academia, que el contrato de seguros tiene una naturaleza exclusivamente mercantil, que las empresas de seguros son comerciantes, que, por tanto, tienen ánimo de lucro y que la constitución del Derecho de seguros desconoce esas premisas básicas y vitales para el bienestar de la actividad aseguradora.

Para la UCAT es relevante esta investigación porque se desarrolla en el marco de la maestría en Derecho mercantil en donde se sitúa la línea de investigación Actividad de Comercio. Y en ese contexto está la actividad de seguros, cuya naturaleza mercantil²⁰ es indiscutible.

Desde lo metodológico se basó en una investigación documental de tipo descriptivo. Uno de los aportes de la investigación, es la exaltación y claridad que se hace del carácter mercantil y técnico del contrato de seguro; lo necesario de las enfermedades preexistentes como exclusiones en el contrato de seguros de salud y las consecuencias de la constitucionalización del Derecho de seguros.

Se explicó que el concepto de riesgo y sus aristas son inherentes al núcleo de la actividad aseguradora. Si alguno de ellos sale de la ecuación aseguradora, la actividad dejaría de ser rentable, y a la empresa de seguros por ser comerciante colectivo –se deja a salvo a las asociaciones cooperativas- le bastaría con *bajar la santamaría*, esto es, con cesar en sus actividades

²⁰ ZORNOSA, H. (2001). “Las partes en el contrato de seguros”, *Revista de Derecho Privado* (Colombia). N° 7, pp. 65-86. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3253355> Fecha de la consulta: 17 de junio de 2018

comerciales.

Pero al margen de la ganancia, se dejó claro que la actividad de seguros articula esfuerzos científicos sólidos que van desde la economía, hasta la estadística, pasando por las ciencias jurídicas y contables. Que la presencia del sector asegurador en la sociedad fortalece la economía y colateralmente el sector empresarial. Pues el riesgo es inherente a toda actividad humana, lo que incluye el esfuerzo empresarial, y si los efectos económicos perjudiciales del siniestro no pueden matizarse lo más probable es que el sector empresarial cese en sus esfuerzos mercantiles.

CAPÍTULO I

ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE SEGURO DE SALUD: RELEVANCIA EN LA ATENCIÓN AL RIESGO

Aproximaciones investigativas precedentes

La aproximación al contrato de seguro de salud se ha hecho desde diversas disciplinas científicas y desde disímiles concepciones. Para este esfuerzo investigativo, se tomaron en cuenta las aproximaciones que más se asemejan al propósito y anhelo de esta investigación.

Es así, como Herrera Ruiz²¹, se propuso como objetivo, establecer un marco real y actual sobre la selección del riesgo en los seguros de salud. Este esfuerzo investigativo se realizó en el ámbito empresarial asegurador de Barcelona, España. El autor no reveló, en el resumen consultado, el tipo de investigación utilizada. Resulta importante, resaltar que luego de agudizar la visión sobre el contrato de seguros de salud, desde la selección del riesgo, el autor concluye que ese procedimiento técnico y riguroso es la primera barrera de la que dispone el asegurador para conjurar la alta siniestralidad y controlar los gastos. Además, resalta que el sector asegurador y el contrato de seguros se pueden potenciar cuando se adelanta un proceso de selección del riesgo adecuado. Esa visión técnica del contrato de seguros afianza el propósito investigativo de este documento.

²¹ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo en el seguro de salud. Seguros de asistencia sanitaria*. Tesis del Master en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras. Universitat de Barcelona. Barcelona. España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: http://www.servidor-gestisqs.com/ub/intranet/pdf/tesis_alumnos/Javier_Herrera.Seleccion_Salud.pdf

Por su parte, Bonacic-Doric²² enfocó su interés investigativo en exponer el contrato de seguro como mecanismo de previsión. Para alcanzar ese objetivo adelantó una investigación exclusivamente teórica y documental. Efectivamente, analizó el contrato de seguro, como un medio de traslación de riesgos, lo que permite tranquilidad al cedente ante la eventual amenaza de sufrir pérdidas económicas a propósito de la ocurrencia de un siniestro. La investigación se realizó en un contexto meramente académico como ejercicio teórico en Caracas, Venezuela. La autora concluyó principalmente que el contrato de seguros tiene como función satisfacer la necesidad que tiene el ser humano de sentirse protegido y contar con una previsión efectiva ante la eventualidad de hechos futuros e inciertos. Tal análisis, destaca la verdadera esencia del negocio jurídico que significa el contrato de seguro y que tiene íntima relación con el propósito de este Capítulo.

También resulta gráfica, para esta investigación, la tesis de Matabay Guañuna, Salazar García y Valdiviezo Jiménez²³. Los autores se trazaron como objetivo: evaluar las condiciones de salud y bienestar de los beneficiarios del seguro médico de la compañía *Pan American Life Insurance Group*. Esa tesis, se realizó en el marco del método descriptivo-explicativo. Determinaron que la muestra estuviera compuesta por 382 beneficiarios de contratos de seguros de salud, suscritos por la compañía *Pan American Life Insurance Group*. En aras de la recolección de datos diseñaron un cuestionario y una encuesta. Este análisis se enmarcó en el sector empresarial asegurador de Quito, Ecuador.

²² BONACIC-DORIC A., P. (2012) *El contrato de seguros como mecanismo de previsión de riesgos*. Trabajo especial de grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, p. 18. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6552.pdf> Fecha de la consulta: 4 de septiembre de 2018.

²³MATABAY G, C., SALAZAR G., G. y VALDIVIEZO JIMÉNEZ, R. (2014) *Evaluación del impacto del seguro médico privado en las condiciones de salud y bienestar del beneficiario de la compañía de seguros Pan American Life Insurance Group, ubicada en la ciudad de Quito*. Tesis de grado. Universidad Técnica Salesiana. Disponible en: http://www.rraae.org.ec/Record/0007_639564204e38a7e481090cb5935b988e/Details Fecha de la consulta: 4 de septiembre de 2018.

Los autores con la investigación concluyeron que las personas pueden alcanzar mayores niveles de bienestar al suscribir un contrato de seguro médico privado, en tanto describe de manera técnica cómo un contrato de esa naturaleza minimiza, de manera sensible, el riesgo psicológico cognitivo y económico financiero de los asegurados. La descripción que hace del contrato del seguro médico deja de manifiesto la esencia del contrato de seguro de salud que lo individualiza y diferencia del resto de contratos de seguro, descripción que se relaciona de manera estrecha con el presente documento.

Referente teórico

Con el anhelo de *tomar de la mano* al lector en el desarrollo del Capítulo se hará una breve reseña de la definición de riesgo y a algunos riesgos a los que se ve expuesto el ser humano, solo por existir. De seguidas, se analizará al contrato de seguro de salud en particular, con las especificidades del riesgo que él ampara.

El riesgo en la vida cotidiana

El contrato de seguro existe en tanto y en cuanto el riesgo es inherente a la actividad del ser humano. El riesgo es connatural a la existencia y cotidianidad humana. Por tanto, la justificación del contrato de seguros se encuentra en la necesidad de conjurar las consecuencias económicas que traería consigo la concreción del riesgo en siniestro. Para dar cuenta de la presencia del riesgo en la vida, basta con enumerar los eventos a los que el ser humano se expone desde el alba: caerse de la cama; tropezarse al levantarse; resbalarse en el baño; quemarse al preparar el café; herirse un dedo al preparar el desayuno; intoxicarse con el desayuno; quemarse al planchar la ropa; triturarse un dedo con la puerta, al salir; caer por las escaleras que conducen al estacionamiento, o quedarse atrapado -por los anecdóticos apagones- en el ascensor. Hasta

aquí, ni siquiera el pobre individuo ha salido de su residencia.

Lejos de pensar que el riesgo consiste en la exposición a un hecho futuro, incierto siempre aciago hay que dar cabida a las situaciones alegres que también ameritan de un contrato de seguro: el nacimiento de los hijos, máxime si se trata de un nacimiento múltiple. ¿Por qué? Porque el suscriptor de un contrato de seguro, espera contar con un espaldarazo económico para el evento en el que lo necesite. Sin duda, el nacimiento de un nuevo integrante de la familia implica un desembolso adicional de dinero, para poder afrontar los gastos médicos, en una sociedad donde es común la medicalización sistemática e irrespetuosa del parto.

El caso es que el riesgo -aciago o no- está presente en la vida diaria. Es de advertir que el riesgo es una potencialidad, posibilidad o germen de sufrir un daño, o modificación de una realidad preexistente y consecuentemente, un descalabro económico derivado de tal alteración. Pero, cuando el riesgo deja de ser una potencialidad para convertirse en una realidad pasa a llamarse siniestro. El siniestro como la concreción del riesgo tiene resonancia directa en la economía del asegurado, quien puede ser a su vez beneficiario o no del contrato de seguro.

Entonces, ante esa presencia, inexorable, del riesgo en la vida del ser humano, se suma a sus necesidades, la de sentirse anímicamente tranquilo siempre, y económicamente respaldado para el evento en que el riesgo se convierta en siniestro. En ese afán, se diseñó al contrato de seguro como el ideado para brindarles al tomador, beneficiario y asegurado la tranquilidad anímica y el eventual respaldo económico referido.

El seguro de salud

En la economía mundial se encuentran los mercados de salud, constituidos por cuatro estamentos: el seguro de salud, los servicios médicos, los servicios de hospitalización y los medicamentos²⁴. Si bien es cierto, que el papel que juegan los seguros privados de salud, en principio, es secundario, es innegable que, de un tiempo para acá, han ganado terreno, entre otras razones, porque los sistemas públicos de salud -a cargo de administraciones estatales y o gubernamentales-han hecho aguas. Amén de que los gastos médicos y de hospitalización no son pocos ni austeros, es más, hay quienes reconocen un aumento sostenido en el valor de esos gastos, entre otras razones, debido al nivel de especialización de los profesionales de la medicina, aunado al progreso científico de técnicas y equipos, lo que ha ocasionado mayores costos en la atención²⁵. Ante esa realidad, el seguro de salud se presenta como un catalizador, que permite racionalizar²⁶ los gastos por ese concepto.

El caso es que si los asegurados no contaran con el amparo de una aseguradora, para los eventos descritos contractualmente en esa dimensión, tendrían que disponer de sus ahorros, vender bienes de su propiedad o asumir deudas inesperadas²⁷. Todo en perjuicio de su solvencia económica, personal y familiar. No en vano, el gasto por concepto de salud es reconocido como causante de pobreza²⁸. Ante ese amenazante panorama, el contrato de seguro

²⁴ ARANGO, M., RESTREPO, J., CASAS, L. y VELANDIA, D. (2002). "Estructura y conducta de la oferta del seguro de salud en Colombia". *Lecturas de economía*, Nº 45, pp. 33-68, p. 34.

²⁵ PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud y responsabilidad civil, un desafío social". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro*, vol. 15, Nº 4, pp. 41-83, p. 43.. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/14962>

²⁶ ARANGO, M., RESTREPO, J., CASAS, L. y VELANDIA, D. (2002). "Estructura y conducta ... *op. cit.*", p. 35.

²⁷ PUENTES-ROSAS, E., SESMA, S., GÓMEZ-DANTÉS, O. (2005). "Estimación de la población con seguro de salud en México mediante una encuesta nacional". *Salud Publica Mex*, Nº 47, pp. 22-26, p. 24.

²⁸ SOLÍS, R., SÁNCHEZ, S., CARRIÓN, M., SAMATELO, E., RODRÍGUEZ-ZUBIATE, R. y RODRÍGUEZ, M. (2009). "Cobertura de seguros de salud en relación con el uso de servicios médicos, condiciones de vida y percepción de la salud en Lima, Perú". *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, volumen 26, Nº 2, (s/p). Fecha de la consulta: 5 de octubre de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342009000200003&script=sci_arttext

de salud privado, permite atomizar²⁹ o dispersar el riesgo. Así, la amenaza no debe ser afrontada de manera exclusiva y desoladora por el amenazado.

Por medio del contrato de seguro privado se logran bondades, que redundan en beneficio de la sociedad: se moderan los gastos médicos y hospitalarios, se diluye el riesgo aliado a tales gastos, cada asegurado honra su prima. Primas, que una vez reunidas masivamente, proveen los fondos requeridos para pagar a los proveedores sus servicios. El contrato de seguro es testimonio del nivel de organización solidaria que ha alcanzado la colectividad en términos y manifestaciones de solidaridad social: el contrato de seguro y las técnicas de dispersión, que lo sustentan, permiten que un gasto descomunal, como el de salud, no sea sufragado por una sola persona, antes, se logra distribuirlo en un conglomerado, sobre la base de la mutualidad³⁰.

En ese panorama, se distinguen tres actores: los asegurados, los aseguradores y los proveedores³¹. Son esos contratos de seguro de salud los que permiten satisfacer las necesidades de salud de los asegurados, con una reducción sensible de los gastos, que, de otro modo, deberían ser sufragados total y, exclusivamente, por el afectado.

Los seguros de salud, conocidos, comercialmente, en Venezuela como seguros de hospitalización, cirugía y maternidad (HCM) y en otras latitudes como seguro de enfermedad³², tienen por eventual indemnización un límite máximo, previa y contractualmente establecido. En estos seguros se habla de indemnización, porque en el evento de que el beneficiario sufra una de las

²⁹ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Privado Externado*, N° 17, pp. 141-173, p. 173.

³⁰ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.* p. 173.

³¹VELÁZQUEZ, M. (2000). "Naturaleza jurídica del seguro". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 102, pp. 153-168, p. 154.

³²SOARES, M. (1994). "El nuevo orden del seguro en la América Latina: su liberación". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 5, pp. 35-42, p. 36.

enfermedades de las enfermedades amparadas en el contrato, la aseguradora deberá dejarlo indemne al respecto. Esto es, debe dejar sus bienes o patrimonio en el mismo estado en el que se encontraban antes de ocurrido el siniestro³³. Claro está, si se cumplen los extremos contractuales para ello.

El contrato de seguro de salud, como especie, hace parte del género que comporta el contrato de seguro. Y brinda cobertura al riesgo de que el asegurado enferme y requiera de asistencia médica, materializada en servicios médicos, quirúrgicos y hospitalización³⁴. En blanco y negro, el contrato de seguro es el que brinda cobertura a los riesgos relacionados con la salud de los individuos³⁵. El que brinda cobertura al riesgo de enfermedad del asegurado³⁶.

Es conveniente señalar, que por medio de este contrato se puede asegurar cualquier persona en buen estado de salud. Puede ser que el solicitante del amparo, no sea sometido a examen médico³⁷ alguno, durante las tratativas; pero, en otros casos, se le somete a una *inspección*, consistente de pruebas médicas y de laboratorio, todo para establecer el estado físico de la persona que pretende contratar el amparo³⁸.

Para algunos autores, los seguros privados de salud están al alcance de una pequeña porción de la población citadina, con altos ingresos y sin enfermedades preexistentes³⁹. Ciertamente, siendo el contrato de seguros un producto financiero, anclado en un sistema capitalista, aún es imperfecto:

³³ ÁVILA, L. (2013). *La actividad aseguradora venezolana*. Universidad Católica Andrés Bello, p. 52.

³⁴ GUIASOLA M., J. (2016). "El seguro de salud está de moda". *Actuarios*, Nº 38, pp. 8-10., p. 9.

³⁵ PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud...", *op. cit.*, p. 69.

³⁶ GUIASOLA M., J. (2016). "El seguro de...", *op. cit.* p. 89.

³⁷ ÁVILA, L. (2013). *La actividad aseguradora venezolana*. Universidad Católica Andrés Bello, p. 232.

³⁸ VELÁZQUEZ, M. (2000). "Naturaleza jurídica del...", *op. cit.*, p. 161.

³⁹ KNAUL, F., ARREOLA-ORNELAS, H., MÉNDEZ, O. y MARTÍNEZ, A. (2005). "Justicia financiera y gastos catastróficos en salud: impacto del Seguro Popular de Salud en México". *Salud Pública Mex*, Nº 47, pp. 54-65, p. 55.

brinda magníficas oportunidades de protección solo a quienes tienen capacidad de pago⁴⁰. Es más, un mecanismo que, como el seguro privado, normaliza y justifica una distribución solo en función de los aportes, segrega a quienes no pueden aportar: niños, enfermos y adultos mayores⁴¹. Pero, al margen de esa afirmación, hay que reconocer su importante función social: propende a una atención de inmediata, lejana a la burocracia que puede aquejar a los sistemas públicos y, además, los descongestiona.

En el contrato de seguro, las obligaciones en cabeza de la aseguradora son derechos que asisten al tomador, asegurado y/o beneficiario. Y como se trata del contrato de seguro de salud, en cuanto la aseguradora asume el riesgo a que está expuesto el asegurado, éste obtiene un halo de tranquilidad, porque contará con el respaldo económico de la aseguradora, en el evento de que el riesgo cedido se convierta en siniestro. Así, las consecuencias gravosas y pecuniarias de esa concreción del riesgo en siniestro serán soportadas por el asegurador, que no por el asegurado⁴².

Vale detallar, que el asegurador, en este tipo de contrato, está obligado a indemnizar al beneficiario los gastos por concepto de asistencia médica y hospitalaria. Para ello, la aseguradora podrá elegir, de acuerdo con lo pactado previa y contractualmente, entre reembolsar los gastos referidos o por medio de la prestación del servicio de salud requerido, por intermedio de un centro médico o de un profesional de la medicina⁴³.

Características del contrato de seguro de salud

Algunos doctrinarios han enumerado las particularidades del contrato de

⁴⁰ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.*, p. 143.

⁴¹*Ibidem*, p. 143.

⁴²VELÁZQUEZ, M. (2000). "Naturaleza jurídica del...", *op. cit.*, p. 161.

⁴³LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). Guía práctica de seguros. Caracas. Legislación Económica, p. 167.

seguro de salud, entre las que se cuentan: (a) dinámico;(b) implica una red de servicios asistenciales, (c) la siniestralidad puede ocurrir al instante de haberse perfeccionado, (d) puede presentar varias modalidades de pago. Se pasará a comentar brevemente cada una de esas particularidades.

La medicina, como ciencia aliada a la tecnología, va en ascenso vertiginoso en innovaciones⁴⁴. En la medida en que el contrato de seguro de salud ampara el riesgo de necesidad económica generada por patologías que ameriten servicios médicos y hospitalarios, es inevitable que el contrato esté sometido a presiones permanentes para reinventarse, por tanto, es **variable**⁴⁵. El sector asegurador debe forzarse a diseñar productos que respondan a las necesidades cada vez más, especializadas, innovadoras y costosas que implica la atención de salud. Incluso hay países como España, donde el contrato se remoja año a año⁴⁶. Se deja a salvo, claro está, el tan temido ensañamiento terapéutico⁴⁷, que en sí mismo, representa un riesgo para el contrato de seguros y su estructura técnica.

El contrato de seguro está enmarcado en el llamado mercado de la salud. Mercado que tiene otros tres actores. Dos de los cuales, son los servicios médicos y hospitalarios. Las aseguradoras articulan alianzas con clínicas, laboratorios y profesionales de la medicina para organizar los servicios que permitirán al asegurado a monitorear y mantener su salud. Es impensable, proyectar al contrato de seguros sin la sinergia que logra con las redes de servicios asistenciales⁴⁸.

⁴⁴PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud...", *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵GUISASOLA M., J. (2016). "El seguro de...", *op. cit.* p. 8

⁴⁶*Ibidem*.

⁴⁷ Se entiende por ensañamiento terapéutico el empeño desmesurado, desenfrenado y sin límites de algunos médicos tratantes, en someter al paciente a cuanto tratamiento tradicional o experimental, con tal de mantenerlo con vida.

⁴⁸GUISASOLA M., J. (2016). "El seguro de...", *op. cit.* p. 8.

El contrato de seguro de salud, **reporta siniestralidad desde el primer día de cobertura**⁴⁹, y en un análisis metajurídico, es entendible. Es natural que el asegurado quiera *poner a prueba* de manera deliberada el funcionamiento del contrato, con un pequeño y no muy incierto (en cuanto al momento de ocurrencia) riesgo: consulta médica de control. De este modo, la tranquilidad que obtuvo, al ceder el riesgo aumentará, y tendrá la certeza de que el contrato funciona adecuadamente, y lo tendrá, entonces, afinado y listo, si se presenta una emergencia.

Entre las modalidades de pago el contrato de seguro de salud, presenta básicamente dos modalidades: asistencia médica concertada y por reembolso⁵⁰. En el primer caso, es el asegurador el que impone una gama de profesionales de la medicina para que el asegurado se valga de ellos en caso de siniestros, sin que tenga que pagar por ese servicio, salvo algunos pagos concertados contractualmente. Mientras que la modalidad por reembolso, permite que sea el asegurado quien elija al profesional de su confianza, a cambio de soportar todos los gastos en los que incurra. Gastos que luego comprobará ante el asegurador en busca del reembolso correspondiente.

Descripción del riesgo asegurable en el seguro de salud

El riesgo en la actividad aseguradora, es concebido como un hecho futuro e incierto de cuya ocurrencia depende el nacimiento, a la vida jurídica, de la obligación condicional del asegurador de indemnizar, en los términos contractualmente establecidos. El riesgo consiste en la...“probabilidad de acaecimiento de un acontecimiento dañoso cuya ocurrencia es futura e incierta”⁵¹. Es, por tanto, la situación, que amenaza al asegurado y que la aseguradora está dispuesta a asumir⁵², a cambio de la prima. También se le

⁴⁹*Ibidem*, p. 8.

⁵⁰*Ibidem*, p. 9.

⁵¹ ZORNOSA, H. (2009). “El riesgo asegurable...”, *op. cit.*, p. 143.

⁵² PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). “Seguros de salud...”, *op. cit.*, p. 73.

ha descrito como una ocurrencia transferible⁵³. El riesgo, *per se*, es un acontecimiento, que al azar, pudiera o no ocurrir, pero si llega a verificarse genera una necesidad económica⁵⁴. Y es ahí cuando, la aseguradora debe honrar su obligación condicional de indemnizar.

En el contrato de seguro de salud, el riesgo al que está expuesto el asegurado, es el de padecer una enfermedad que merme su estado físico y/o mental, esto es, su salud. Por tanto, el riesgo que cede el asegurado y que asume la aseguradora tiene doble naturaleza: (a) incierta, en cuanto a la posibilidad de que el asegurado sufra una patología que no tiene al inicio de la relación contractual, (b) cierta, cuando se trata de las consultas médicas programadas⁵⁵ (por ejemplo: visitas anuales de control médico). De otra forma, ...“el seguro de salud cubre el riesgo de enfermedad del asegurado, proporcionándole servicios médicos, quirúrgicos e internamientos en clínicas y centros asistenciales, dentro de las especialidades y con los límites que figuran en la correspondiente póliza”⁵⁶.

Es tan importante el riesgo en el contrato de seguro, que bien vale el análisis del mismo en el contrato de seguro de salud. Porque así se puede dimensionar el alcance del amparo, cuya contra cara son las exclusiones, entre las que la exclusión por preexistencia es típica y connatural a estos contratos de seguro. El riesgo asegurable cuenta con unas peculiaridades: incierto o aleatorio, posible, concreto, lícito, fortuito, con contenido económico,⁵⁷ entre otras. Bien vale detenerse en cada una de ellas.

⁵³ RÍOS, V. (2018). “Evolución en la noción de riesgo asegurable y nuevos mercados: efectos y desafíos para la industria aseguradora desde una aproximación práctica”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. Nº 49, pp. 133-170, p. 134. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/search/search>

⁵⁴ PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). “Seguros de salud...”, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁵ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ GUIASOLA M., J. (2016). “El seguro de...”, *op. cit.* p. 8.

⁵⁷ PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). “Seguros de salud...”, *op. cit.*, pp. 73-75.

El riesgo asegurable es **incierto o aleatorio**, porque de no serlo, dejaría de ser riesgo⁵⁸. El riesgo está aliado con la incertidumbre: se desconoce si la amenaza respecto de la que se está contratando el amparo, se va a verificar o no. En el contrato de seguro de salud, se desconoce si el asegurado va o no a padecer de la patología o patologías respecto de las que se está asegurando.

El riesgo asegurable debe ser **de posible realización**; de otro modo, la amenaza, respecto de la que se está protegiendo el asegurado con el contrato de seguro, debe ser de posible concreción en la realidad fáctica y jurídica. Tal posibilidad debe oscilar entre la alta frecuencia y la imposibilidad. Entre la certeza y la imposibilidad⁵⁹. En el contrato de seguro de salud, la alta frecuencia de concreción de los siniestros, pudiera desvirtuar a la aseguradora y su función, y, por tanto, presionar su mutación a compañía prestadora de servicios de salud. Por su parte, la imposibilidad de concreción del riesgo en siniestro, sería un *absurdo asegurador*, porque la aseguradora estaría recibiendo la prima, sin la mínima posibilidad de que deba indemnizar, parcial o totalmente⁶⁰. Tal imposibilidad vacía de contenido y utilidad socio-económico-jurídica al contrato de seguro.

También el riesgo asegurable **debe ser concreto**. Para ello, la aseguradora debe tener la información detallada y precisa del estado del riesgo. Es deber del asegurado declara con sinceridad y amplitud la información que permita la precisa individualización y delimitación del riesgo⁶¹. Solo así, podrá la aseguradora analizarlo durante la etapa precontractual. Tal análisis es dicotómico, porque se evalúa en sus dimensiones cualitativa y cuantitativa⁶².

⁵⁸ Ibídem, p.p. 73-74.

⁵⁹ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.*, p. 148.

⁶⁰PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud...", *op. cit.*, p. 74.

⁶¹ RÍOS, V. (2018). Evolución en la..., *op. cit.*, p. 140.

⁶²PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud...", *op. cit.*, p. 74.

Al respecto, hay que explicar que el análisis cualitativo del riesgo (selección del riesgo), permite la adecuada cuantificación de su aseguramiento (cálculo de la prima). En ese punto, hay que resaltar que el asegurador calcula la prima en función del riesgo⁶³, pues la relación que guardan el riesgo y la prima es directamente proporcional.

Al finalizar el referido análisis, la aseguradora podrá manifestar su conformidad para que se verifique la cesión y consecuente asunción de los riesgos, y de no sentirse *cómoda* con los resultados del análisis podrá declinar de la suscripción. Básicamente, los riesgos se aceptan o no, luego de haberlos dimensionado objetiva y subjetivamente⁶⁴. Todo lo que apunta a concluir que mal pudiera una aseguradora asumir riesgos en abstracto, una asunción así, equivaldría a un *harakiri*.

Asimismo, el riesgo debe ser **lícito**, lo que implica que no debe transgredir: (a) las normas jurídicas, (b) Las normas morales, ni (c) el orden público del Estado donde se esté suscribiendo el contrato. Abundan las razones para comprender que el riesgo asegurable en el contrato de seguro de salud tiene esta característica en tanto el contrato orbita sobre un anhelo tan humano como lícito: la salud y su preservación.

Además, el riesgo asegurable debe ser **fortuito**; para ser más precisos, se trata es de la ocurrencia del siniestro. Dicho de otro modo, la aseguradora deberá indemnizar si se verifica el siniestro, siempre y cuando su ocurrencia se deba a acciones de individuos distintos del asegurado⁶⁵. Lo que prohíbe, en principio, que se deba a una deliberada y consciente conducta del tomador, beneficiario o asegurado, encaminada a producir el siniestro. Ello es así,

⁶³ ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.*, p. 142.

⁶⁴*Ibidem*, p. 148.

⁶⁵PERALTA, R., VIVES, J. e INFANTE, J. (2006). "Seguros de salud...", *op. cit.*, p. 75.

porque es un principio en el Derecho de seguros, que la ocurrencia del siniestro no puede depender de la sola voluntad del tomador, beneficiario o asegurado. Por tanto, permitir una situación así, echaría por tierra todos los pilares actuariales que sustentan al contrato de seguro y a la actividad aseguradora.

Por último, el riesgo asegurable ha de tener un **contenido económico**. En este particular, hay que precisar igualmente, que no se trata del riesgo, como amenaza o potencialidad de pérdida económica, sino el siniestro; ya como realidad verificada. Entonces, el siniestro debe generar en la realidad jurídica una necesidad económica⁶⁶, germen de la obligación condicional del asegurador de indemnizar. Y aquí, queda en evidencia la relación estrecha que hay entre el riesgo asegurable y el interés asegurable. El interés asegurable es la relación jurídico-económica o interés económico que tiene el tomador respecto del riesgo cuyo amparo pretende suscribir.

Dicho de otro modo, si la concreción del riesgo en siniestro, no genera una pérdida económica para el tomador, éste, no puede suscribir un contrato de seguro. Porque el seguro no puede ser causa de enriquecimiento: la función del contrato de seguro es indemnizar pérdidas⁶⁷, no enriquecer patrimonios. Y si no hay posible pérdida económica ante la verificación del siniestro, para qué se suscribe un contrato de seguro. Para qué se espera recibir una indemnización. De recibirla, sin tener interés asegurable, esa suma de dinero dejaría de ser indemnización para convertirse en enriquecimiento sin causa.

Modalidades y tendencia del contrato de seguro de salud

Entre los matices que puede tener el contrato de seguro de salud como

⁶⁶*Ibidem*, p. 75.

⁶⁷ ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.*, p. 143.

producto comercial se encuentran los seguros de: hospitalización, cirugía y maternidad (HCM), expatriados, reembolso de gastos, asistencia sanitaria (individuales, familiares, colectivos⁶⁸) asistencia médica concertada, subsidios, seguro dental, hospitalización, enfermedades graves, y en un futuro cercano, por lo menos en España, se vislumbra la posibilidad de comercializar un contrato en este rubro que permita estar más cerca del *wellness*⁶⁹. Se debe entender por *wellness* bienestar.

Ese bienestar, contextualizado en el sector asegurador, implica que un seguro de salud no se limita a la realización de exámenes médicos, diagnóstico o despistaje y curación de enfermedades; antes bien, debe relacionarse y estar aliado a otras dimensiones preventivas, entretenidas y lúdicas que tanto bien le hacen al ser humano. En este sentido, se puede observar en el mercado asegurador una reciente y peculiar gama de opciones integrales que apuntalan el bienestar, también integral del asegurado.

Tales opciones hacen que el seguro de salud ofrezca como ventajas adicionales la oportunidad de asistir y gozar del servicio en: centros de deporte, consultoría de nutricionista, fisioterapia deportiva individualizada, centros de belleza, circuitos termales, spas, balnearios, ludotecas, parques recreacionales⁷⁰. Y en los casos más *exóticos* del seguro de salud, como es el seguro para mascotas, que comporta servicio de peluquería, vacunación y atención veterinaria⁷¹. Porque el mercado asegurador ha entendido las

⁶⁸ÁVALOS, L. (2016). "El seguro de salud en España". Actuarios, Nº 38, pp 11-14, p. 10.

⁶⁹ GUIASOLA M., J. (2016). "El seguro de...", *op. cit.* p. 10

⁷⁰Es una enumeración enunciativa de los servicios que en nombre del bienestar pueden estar aliados a la nueva concepción del seguro de salud. Mapfre España es una de las empresas que ya *abordó* el avión de la nueva era del seguro de salud, desde lo multidimensional y *meta médico*. MAPFRE. MAPFRE te cuidamos. Disponible en: <https://www.balneariosurbanos.es/publicaciones/mapfre-te-cuidamos/> Fecha de la consulta: 12 de noviembre de 2018.

⁷¹Se trata, también de una enumeración enunciativa de los servicios que brinda este tipo de contratos de seguros y que ofrecen aseguradores como MAPFRE en España. MAPFRE. Seguros para animales.

bondades para la salud del asegurado que trae consigo saber a su mascota bien.

Y esa tendencia inminente del seguro de salud atiende, cabalmente, al concepto de salud que contempla la Organización Mundial de la Salud (OMS): “La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”⁷². Dicho de otro modo, la salud ... “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁷³.

La cláusula de exclusión por enfermedades preexistentes: un denominador común

El contrato de seguro de salud tiene un sello distintivo: la cláusula de exclusión por enfermedades preexistentes. Antes de referirla, es menester explicar que la materia prima para el Derecho de seguros⁷⁴, y, por ende, para el contrato de seguro, en este caso de salud, es el riesgo. Toda la actividad aseguradora -nadie puede decir lo contrario- orbita en relación con el riesgo, y la amenaza que representa en la cotidianidad.

Disponible en: <https://www.mapfre.es/seguros/particulares/otros-seguros/seguros-animales/>
Fecha de la consulta: 12 de noviembre de 2018.

⁷²ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2010. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

⁷³ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2013). Preguntas frecuentes. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142

⁷⁴ZORNOSA, H. (2009). “El riesgo asegurable...”, *op. cit.*, p. 146.

Es tal la preponderancia del riesgo en el contrato de seguro, que en la mayoría de las legislaciones⁷⁵ es uno de sus elementos esenciales. Del riesgo y su adecuado dimensionamiento depende la actividad aseguradora en toda su estructura. Ese dimensionamiento implica una arista subjetiva: cualidades peculiares del asegurado como su ocupación, riesgo moral; y una arista objetiva: aspectos físicos que lo hacen menos o más azaroso⁷⁶. En la dinámica aseguradora hay compensaciones viables: si se trata de un mal riesgo en la dimensión objetiva, tal malignidad se puede compensar elevando la prima que se pretende cobrar por el aseguramiento del riesgo. Pero, una pretendida compensación de esa manera, para un mal riesgo moral, no funciona, porque los riesgos morales malos no los compensa nada⁷⁷.

La razón de ser y de existir de la actividad aseguradora, del contrato y del Derecho de seguros es el riesgo. Y queda planteada una interrogante, sobre la pretensión de suscribir un contrato para amparar los eventuales gastos médicos que deba afrontar un individuo, que no está amenazado de padecer una enfermedad que merme su salud, sino que ya la padece.

CAPÍTULO II

INCIDENCIA DE LAS ENFERMEDADES PREEXISTENTES COMO EXCLUSIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO Y EL MENOSCABO DEL DERECHO A LA SALUD

Introducción

El contrato de seguro de salud ha sido diseñado para que el asegurado ceda

⁷⁵*Ibidem*, p. 146.

⁷⁶*Ibidem*, p. 148.

⁷⁷ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable...", *op. cit.*, p. 148.

riesgos al sector asegurador. Sector que se encuentra económica y técnicamente preparado para asumirlos, gestionarlos y en caso de que tales riesgos se concreten en siniestros, pagar al beneficiario la indemnización pactada, si los extremos contractuales se cumplen. Por tanto, el contrato de seguro de salud excluye naturalmente del amparo a las enfermedades preexistentes. Por una razón llana: no se trata de riesgos, sino de siniestros.

La garantía constitucional del derecho a la salud: ¿responsabilidad del Estado o del sector asegurador?

El derecho a la salud está consagrado constitucionalmente, tanto en Colombia como en Venezuela. Tal consagración y consideración asiste a los habitantes de ambos Estados. La actividad aseguradora privada, por su parte, se encarga de asumir riesgos que orbitan en cabeza de los ciudadanos. Entre esos riesgos, está el de perder la salud. En ese orden de ideas se diseñó el contrato de seguro privado de salud. Tal contrato coexiste en ambos países con los sistemas de seguridad social.

Puede suponerse, que la garantía del derecho a la salud debe ser asegurada por el Estado. Y que, en aras de honrar la naturaleza privada del contrato de seguro, el Estado se limitará a regular la actividad aseguradora, el sector asegurador, y por ende al contrato de seguro de salud. Sin embargo, hay quienes advierten que por estar involucrado el derecho a la salud, en su condición de derecho fundamental, genera muchas reservas y rechazo la existencia de una cláusula de exclusión de responsabilidad del asegurador: la referida a las enfermedades preexistentes.

Las reservas y rechazo, radican en que no parece justo -al romper- que un contrato diseñado para respaldar económicamente al asegurado, en cuanto éste, requiera de asistencia médica y hospitalaria, no ampare, precisamente

una patología que aqueja su salud, Visto así, pareciera que el contrato de seguro de salud, no cumple con su función. Pero si el análisis se genera desde el Derecho de seguros, la actividad aseguradora y el contrato de seguro de salud, y se posa el microscopio para desentrañar la estructura técnica actuarial de la actividad, resulta razonable, natural y casi obvia tal exclusión. La discusión oscila, entre, precisar en cabeza de quién recae la obligación de garantizar el derecho a la salud, en tanto su naturaleza de fundamental: ¿En cabeza del Estado o del sector asegurador privado?

Aproximaciones investigativas precedentes

Las enfermedades preexistentes, también llamadas en el sector asegurador dolencias preexistentes, propician, de manera inexorable, un debate, que tiene como antagonista el derecho a la salud. Varios autores se han acercado al ojo del huracán, entre los que se encuentran los que se reseñan a continuación.

Martí Bernaus⁷⁸ se trazó como norte de su esfuerzo investigativo, determinar la viabilidad del cobro de una sobreprima para que la aseguradora pudiera dar cobertura a las dolencias preexistentes. Además, quiso acercarse a un cálculo de esa eventual sobreprima y su aplicación al mercado. Esta investigación se realizó en el sector asegurador español. El autor no hizo mención alguna sobre el tipo de investigación aplicado. Martí Bernaus, luego de transitar el camino de la concepción social y razonable de la actividad aseguradora, concluye que las empresas de seguros pueden, en ciertos casos, no excluir a un potencial cliente por una dolencia preexistente.

⁷⁸ MARTÍ BERNAUS, J. (2017), Dolencias preexistentes en el seguro de salud: exclusiones o extraprimas. Tesis de Maestría de la Universidad de Barcelona, España. Fecha de la consulta: 19 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/imagen_id.cmd?idImagen=1108311

Antes cree, de manera muy sustentada, que las empresas pueden considerar con seriedad la posibilidad de cobrar una extraprima a personas que sufren de una patología antes de suscribir el contrato de seguro, para brindarles cobertura al respecto. Tal es el caso, de los diabéticos leves o incluso de pacientes sobrevivientes de cáncer, que hayan sufrido su último episodio varios años atrás. De esta manera, el autor resalta que, en el seguro de salud, lo que está de por medio es precisamente el derecho a la salud del asegurado. Por tanto, en la extraprima pueden conciliarse el ánimo de lucro de la aseguradora con la necesidad de protección del asegurado. Tal conciliación tiene una relación directa con el presente Capítulo.

Por su parte, Nuñez del Prado Simons⁷⁹ analizó la declaración del estado del riesgo en los seguros de personas, lo que incluyó el deber de declarar las enfermedades preexistentes, en virtud del principio y deber de buena fe de las partes en el contrato de seguro. Hizo especial énfasis en los seguros de vida y médico. Al respecto, se refirió a las enfermedades preexistentes y el tratamiento que la ley aseguradora peruana les profesa. Al decir de Nuñez del Prado Simons, la ley peruana ha evolucionado de manera acertada, al prohibir que las enfermedades preexistentes sean consideradas una exclusión inexorable. El caso planteado es el siguiente: si el asegurado estuvo gozando de cobertura, por parte de otra aseguradora, respecto de esa dolencia, la nueva aseguradora debe dar cobertura al asegurado, siempre que el contrato se suscriba antes de los 90 días desde que terminó la relación contractual precedente. Ese tratamiento legal que hace Perú de las enfermedades preexistentes y que describe el autor, representa un faro para esta investigación.

⁷⁹ NUÑEZ DEL PRADO S., A., (2018). “La declaración del riesgo en los seguros para personas: deber de información y deber de informarse”. Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, Nº 48, pp. 41-62, p. 45.

Domínguez Martínez⁸⁰ analiza el riesgo en los seguros de asistencia sanitaria. Entre otros aspectos, estudia las enfermedades y discapacidades preexistentes como causal de negación de esos seguros a quienes padecen dolencias y condiciones de tal naturaleza. En el marco de la investigación, la autora no señala el método del que se valió para transitar el camino hacia sus objetivos. Para adelantar su investigación, la autora se dio a la tarea de separar y estudiar en detalle el régimen jurídico aplicable a esa naturaleza de seguros: asistencia sanitaria. Además, hizo un análisis crítico de la posición vulnerable en la que quedan las personas con enfermedades y discapacidades preexistentes frente al contenido contractual.

Es así como señala, con preocupación, el estatus de las personas con discapacidad frente a esa limitante que les impide contar con una cobertura sobre las afecciones derivadas de la discapacidad que les afecta. Ese acercamiento que hace Domínguez Martínez a las enfermedades y discapacidades preexistentes en relación con el seguro de asistencia médica resulta de vital pertinencia para este documento.

Referente teórico

El contrato de seguro de salud es claro en punto de la exclusión por preexistencia, ya de enfermedades, ya de discapacidades, porque lo que se juega, con esa cláusula de exclusión, es el riesgo como uno de sus pilares. Pero la extraprima en lugar de la exclusión se presenta como una alternativa que concilia la libertad económica de la aseguradora y el derecho a la salud

⁸⁰DOMÍNGUEZ, P. (2013), "La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 8, pp. 421-440. Fecha de la consulta: 8 de mayo de 2019. Disponible en: [file:///C:/Users/Carmen/Downloads/Dialnet-LaContratacionDelSeguroDeAsistenciaSanitariaYLasLi-4524550%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Carmen/Downloads/Dialnet-LaContratacionDelSeguroDeAsistenciaSanitariaYLasLi-4524550%20(1).pdf)

del candidato a ser asegurado. Los detalles de este panorama se exponen en este Capítulo.

El contrato de seguro de salud ante las enfermedades preexistentes y las discapacidades preexistentes

El contrato de seguro tiene una teleología que trasciende la dimensión puramente económica. Tal contrato le infunde al asegurado, tomador y/o beneficiario, durante su vigencia, una certeza de compañía, una convicción de que protagoniza una comunidad de intereses, que comparte su *suerte* con la aseguradora. Y en el evento de que necesite de un espaldarazo económico lo tendrá. De allí que se defina el interés asegurable como: “la relación económica de una persona con una cosa en virtud de la cual de dañarse o destruirse la cosa, la persona sufriría una pérdida o lesión económica”⁸¹.

Ahora bien, en la práctica aseguradora venezolana y colombiana es casi un dogma considerar como exclusión a las llamadas enfermedades preexistentes. Se entiende por enfermedades preexistentes las patologías o dolencias que ya ha padecido el asegurado antes de la entrada en vigencia de la letra contractual. Cuentan también, como enfermedades preexistentes, las sufridas por el asegurado durante la vigencia de un contrato de seguros anterior⁸². Asegurado que, al pretender cambiar de aseguradora, se encontrará en una situación precaria respecto de esas dolencias sufridas, porque la nueva aseguradora considerará a esas enfermedades preexistentes; calificación que las excluye del ampro contractual.

Tales enfermedades preexistentes son conceptualizadas por la Ley del

⁸¹ LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). *Guía práctica de...*, op. cit., p. 26.

⁸² MARTÍ BERNAUS, J. (2017), *Dolencias preexistentes en...*, op. cit., p. 9.

contrato de seguro peruana como: “cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un médico, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud”⁸³.

Por su parte, Navarro⁸⁴ resalta que las enfermedades preexistentes, para que sean consideradas tales, deben ser “Existentes y actuales al momento de la contratación (...) diagnosticables de forma previa o simultánea al acuerdo de voluntades que dar (sic) lugar al contrato (...) como tal de diagnóstico exacto y particular, comprobables desde la perspectiva médica”. También se han definido como: “toda enfermedad que pueda comprobarse ha sido adquirida con anterioridad a la fecha en que se haya celebrado un contrato de seguros de hospitalización, cirugía y maternidad y que sea conocida por el tomador, el asegurado o el beneficiario”⁸⁵.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo⁸⁶, en sentencia número 2009-1675 de 15 de octubre de 2009, definió la enfermedad preexistente como:

...aquella padecida por el asegurado anteriormente al momento que se contrata el seguro y que fuera conocida o no por el asegurado (o el tutor, en casos de menores de edad), pero que en todo caso deberá ser diagnosticada con anterioridad a la suscripción del mismo, bien sea mediante los exámenes realizados por las compañías aseguradoras o por la declaración que a tal efecto haga el asegurado.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁸⁷ venezolano

⁸³ NUÑEZ DEL PRADO S., A., (2018). “La declaración del riesgo...”, *op. cit.*, p. 57.

⁸⁴ NAVARRO, E (2012). “Las patologías preexistentes en los contratos de seguros de salud y de medicina prepagada, frente a los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios”. *Magistra*, Nº 1, pp. 153-167, p. 170.

⁸⁵ LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). *Guía Práctica de...* *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ NAVARRO, E. (2012). “Las patologías preexistentes...”, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁷ SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (2007). Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 00035 del 17 de enero de 2007. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Pierre Tapia, Oscar, Número 1, pp. 227-232.

recordó que en el caso de que una aseguradora alegue una enfermedad preexistente ...“deberá por una parte probar tal circunstancia (...) y en caso de duda se considerará que la enfermedad no es preexistente, pero en caso de probarlo adicionalmente la aseguradora deberá demostrar que la enfermedad era conocida por el asegurado”.

La cláusula de exclusión por enfermedades preexistentes, constituye una práctica que priva de amparo contractual a las personas con dolencias preexistentes. Pero también, de manera injusta afecta y margina a las personas con discapacidad (por ejemplo: ceguera y baja visión, hipoacusia, movilidad reducida, discapacidad cognitiva, entre otras⁸⁸). Las personas con discapacidad, están, estadísticamente, expuestas de la misma manera y en la misma medida a riesgos que amenazan su salud, como las personas que no tienen discapacidad alguna. Pero la confusión conceptual que hace el sector asegurador entre enfermedad y discapacidad, refunde impropia y perjudicialmente la segunda en la primera o “tiende a confundir la situación preexistente referente a la `salud` del solicitante con su situación de `discapacidad`”⁸⁹. Aunado al inconveniente de que considera y trata de manera homogénea las discapacidades (enfermedades, para ellos) entre sí.

Es conveniente advertir, que para los efectos de esta investigación, enfermedad y discapacidad son conceptos distintos. Por tanto, el hecho de

⁸⁸ FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). “El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamientos, análisis de barreras e identificación de oportunidades” Colección Accesibilidad, pp. 1-127, p. 8. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/coleccion-accesibilidad/el-sector-seguros-y-las-personas-con>

⁸⁹ GONZÁLEZ, C. (2013), “Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 8, pp. 441-452., p. 450. Fecha de la consulta 25 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=i&source=images&cd=&ved=2ahUKewiu3o_li4nlAhWSjVvkKHTB7DQkQjhx6BAgBEAI&url=https%3A%2F%2Fdocplayer.es%2F23672611-Discriminacion-por-razon-de-discapacidad-en-los-seguros-privados-de-asistencia-sanitaria-1.html&psig=AOvVaw3T9q3iM_1lYYV5PXdxRiW-&ust=1570501315194647

considerar enferma a una persona con discapacidad, implica la idea de que necesita someterse a un tratamiento para lograr la cura de su afección⁹⁰. Resulta que algunas enfermedades, debidamente tratadas se pueden curar, en cambio no todas las discapacidades tienen tal pronóstico, porque sus causas, naturaleza y alcance son muy distintos a los de las patologías.

La enfermedad como `alteración más o menos grave de la salud`⁹¹ nada tiene que ver con las `restricciones de actividad`⁹² que sí causan las discapacidades. Considerar a las discapacidades como enfermedades, dista mucho de la deficiencia que implica la discapacidad. Pues las personas con discapacidad pueden gozar o no de buena salud. Pues la salud no está aliada a la dificultad que tengan para desenvolverse. Es más, la dificultad o no que tengan para desarrollar las actividades cotidianas en igualdad de condiciones no depende de ellos ni de su discapacidad en sí misma, sino del entorno; por ejemplo: las rampas que tenga o no una edificación para garantizar el acceso a las personas con movilidad restringida.

Es fundamental que haya un cambio de concepción y se migre de la discapacidad como enfermedad a su verdadera naturaleza e implicaciones:

...deficiencia física, sensorial, intelectual o mental que puede presentar una persona, y las barreras físicas y sociales y que limitan su participación y el ejercicio de derechos, aspectos por lo tanto no necesariamente relacionados con el estado de salud previo a la contratación de la póliza⁹³.

La verdad es que, ante este panorama, resulta más cómodo para la aseguradora no asumir riesgos que no conoce y que mucho menos sabe

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2019). Diccionario de la Lengua Española. Enfermedad. Fecha de la consulta: 19 de mayo de 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FHA3D3L>

⁹² FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). "El sector seguros y...", *op.cit.*, p. 30.

⁹³ GONZÁLEZ, C. (2013), "Discriminación por razón...", *op. cit.*, p. 448.

administrar⁹⁴. Y es que:

...la discapacidad es un elemento `perturbador' para los sistemas tradicionales de salud, que introduce perplejidad e incertidumbre, en un sistema poco flexible, concebido para el canon de usuario medio (...) [Por tanto, las aseguradoras] (...) tienden a eliminar lo que no encaja, lo que no renta, lo que molesta⁹⁵.

El panorama ideal contemplaría la discapacidad preexistente como una probabilidad más de riesgo⁹⁶. Concepción que apagaría las alarmas, porque no es una enfermedad preexistente y así se podría tratar a la persona con discapacidad como un eventual asegurado, respecto del que corresponde evaluar solo su exposición al riesgo, tal como si se tratara de una persona sin discapacidad. Pero la realidad actual es que, desde la óptica del asegurador, la discapacidad es considerada, al igual que las enfermedades preexistentes, como una exclusión de cobertura y, para otros doctrinarios más críticos, son cláusulas limitativas del ejercicio pleno de los derechos del asegurado.

A la confusión conceptual, se le suma la metajurídica dimensión de los prejuicios sobre la verdadera esencia y estructura de la discapacidad. Todo aunado, genera una visión distorsionada de la discapacidad y promueve la invisibilidad de los matices que puede tener, en razón de factores socio demográficos⁹⁷.

Por tanto, esa visión históricamente sostenida respecto de las enfermedades y discapacidades preexistentes es, a todas luces, errónea y discriminatoria. Además, ese tratamiento discriminatorio genera interés en otras ramas del Derecho, como lo es el de Derecho de consumo, en cuyo marco, el sujeto, que no puede acceder a un contrato de seguro en razón de su salud precaria, es

⁹⁴ FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). "El sector seguros y..., *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵ GONZÁLEZ, C. (2013), "Discriminación por razón...", *op. cit.*, p. 447.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 447.

⁹⁷ FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). "El sector seguros y..., *op. cit.*, p. 27.

protegido por las normas jurídicas que regulan el consumo y que lo catalogan de débil jurídico⁹⁸, porque su antagonista contractual es nada más y nada menos que la aseguradora: una corporación en gran ventaja económica frente al individuo que anhela y necesita de amparo contractual.

Ahora bien, la cláusula que prevé la exclusión de estas patologías es considerada por Domínguez⁹⁹ como una: ...“cláusula limitativa de los derechos del asegurado” y no como una cláusula de exclusión de cobertura. Limitación que deriva en precariedad aseguradora y que causa la existencia de un número, nada despreciable, de personas que no tienen posibilidad alguna de suscribir un contrato de seguro que le ampare respecto de tales patologías. En relación con la calificación de la cláusula, hay que advertir que si se la considera limitativa de los derechos del asegurado, entonces será una de las cláusulas abusivas que se tendrá por válida¹⁰⁰. He ahí la importancia de considerarlas de una índole o de otra.

Al respecto, las jurisprudencias venezolana y colombiana coinciden en considerar esa cláusula como una de naturaleza abusiva, entre otras razones porque la aseguradora la impone, desde su entronizada postura ventajosa, tanto en lo económico como en lo funcional. Por tanto, la aseguradora en cuanto detecta ese antecedente médico decide, tanto en Colombia como en Venezuela, rechazar la solicitud de aseguramiento, o considerar como exclusión del contrato a esa patología. Tal decisión de la aseguradora es natural, si se tiene presente la libertad para contratar que tiene. Derivado de tal libertad de contratación es el proceso de selección del riesgo. Aunado a que esa dolencia previa, incrementa la posibilidad de que el asegurado

⁹⁸ NAVARRO, E. (2012). “Las patologías preexistentes...”, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁹ DOMÍNGUEZ, P. (2013), “La contratación del seguro...”, *op. cit.*, p. 395.

¹⁰⁰ NAVARRO, E (2012). “Las patologías preexistentes...”, *op. cit.*, p. 163. Causa 1603/2003 Orden 4051, CLIO Medicina Prepaga S.A. c/ Ministerio de la Producción - Dirección Provincial de Comercio S/Apelación, Cámara Federal Penal de Apelaciones de La Plata, Sala II.

requiera atención médica, que de tener cobertura contractual debiera pagar la aseguradora¹⁰¹. Pago, cuya alta frecuencia y cuantía atenta -sin duda- contra la rentabilidad de la aseguradora.

Selección del riesgo, cálculo de la prima y preexistencia

En punto de la rentabilidad, merece ser recordada la función que las matemáticas financieras y los estudios actuariales tienen en la actividad aseguradora: en tanto y en cuanto un mal riesgo que es incorporado a la masa asegurada: ...“supone empeorar el coste del colectivo total asegurado y redundante en empeoramiento de condiciones para captar clientes”¹⁰².

La selección del riesgo hace parte del proceso necesario que antecede a la contratación, pues es natural, que la aseguradora prefiera los buenos riesgos a los malos. Porque, como lo sostiene Martí Bernaus¹⁰³, la selección del riesgo es ...“parte fundamental del seguro, necesaria para el equilibrio técnico del mismo”. Y es que la naturaleza del negocio asegurador radica: ...“en el cálculo de probabilidades y riesgos según el perfil de las personas y colectivos”¹⁰⁴ y eso pasa por el tamiz de la selección, todo, de cara a la rentabilidad del negocio.

Por tanto, la selección del riesgo en sí misma no está en discusión. Lo que resulta grave e irreparable para el candidato a asegurarse o al asegurado que pretende cambiar de aseguradora, es el hecho de que es revictimizado: ya sufre una enfermedad que menoscaba su salud plena, o tiene una discapacidad y como colofón es execrado del sector asegurador por tal motivo y resultan ser los parias del mercado asegurador.

¹⁰¹ MARTÍ BERNAUS, J. (2017), Dolencias preexistentes en..., *op. cit.*, p. 33.

¹⁰² *Ibidem*, p. 33.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁴ FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). “El sector seguros y..., *op. cit.*, p. 3.

La situación descrita, hasta ahora, parece que no trasciende la práctica aseguradora, cuya naturaleza es exclusivamente privada. Pero si se pretende hacer este análisis desde la estructura de una ecuación, hay que incorporar el factor constitucional que trae consigo el derecho a la salud implicado en el panorama bosquejado. Tanto el ordenamiento jurídico colombiano como el venezolano consagran constitucionalmente el derecho a la salud. Tal consagración hace ineludible una...“interpretación constitucionalizada”¹⁰⁵ de la situación.

El Estado Social de Derecho, el derecho a la salud y la actividad aseguradora ante el riesgo

En este punto, es menester aproximarse a lo que es un Estado Social de Derecho, porque tanto Colombia como Venezuela lo son, o, por lo menos, así lo declaran sus constituciones. Un Estado Social de Derecho favorece -entre otras dimensiones- la igualdad social real, entendida más como igualdad de oportunidades que una igualdad en términos absolutos¹⁰⁶. Otro elemento particular del Estado Social de Derecho es la equidad social, lo que comporta la supresión de abusos gestados en el poder económico.

Entre otras garantías el Estado Social de Derecho colombiano preceptúa la atención en salud. Es el artículo 49 de la Constitución Política¹⁰⁷ el que

¹⁰⁵ NAVARRO, E (2012). “Las patologías preexistentes...”, *op. cit.*, p.172.

¹⁰⁶ KATZ, A. (1987). Staatsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, citado por VILLAR, L. (2007). “Estado de derecho y Estado social de derecho”. *Revista Derecho del Estado*, N° 20, pp. 73-96.

¹⁰⁶ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>. Fecha de la consulta: 7 de mayo de 2019.

¹⁰⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en:

consagra tal garantía, y lo hace en los términos siguientes:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰⁸ la consagra en su artículo 83, en que se lee:

La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Vista así la ecuación investigativa, la marginación que el sector asegurador hace de las personas con discapacidad y de las personas víctimas de enfermedades preexistentes resulta, en términos constitucionales, una discriminación, pues en blanco y negro, se le impide a las personas con

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>. Fecha de la consulta: 7 de mayo de 2019.

¹⁰⁸ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de 24 de marzo de 2000. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_archivos/constitucion-nacional-7.pdf

discapacidad y a las que tengan enfermedades preexistentes ostentar la cualidad de asegurados respecto de esas dolencias y discapacidades. Entonces, la causa de la discriminación, en estos casos, es la enfermedad o discapacidad que soportan.

Aunque ambas situaciones (enfermedad y discapacidad preexistentes) son precarias, y al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) las personas que sufren patologías o tienen discapacidad, física, sensorial o mental, se encuentran en una condición de vulnerabilidad e impotencia¹⁰⁹, hay que reconocer que la situación de las personas con discapacidades preexistentes es trágica en estas latitudes¹¹⁰. Ello, en virtud, de la convergencia de varios factores: la confusión conceptual con la enfermedad, los prejuicios reinantes en la dimensión social y la invisibilidad legislativa y social que padece la discapacidad.

Hay que dejar a salvo, el esfuerzo institucional que adelanta Colombia, desde las distintas instancias estatales, para visibilizar a las personas con discapacidad. Ejemplo de ello, es la estadística que sobre discapacidad¹¹¹ ofrece el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) con el propósito de localizar y caracterizar a las personas con discapacidad que se encuentren en territorio colombiano¹¹². Esa información estadística es ofrecida para contribuir a los objetivos de la Política Nacional de Discapacidad e Inclusión Social que desarrolla el Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁰⁹ VÁSQUEZ, J. (2004). "El derecho a...", *op. cit.*, p. 266.

¹¹⁰ Hay que reconocer los avances que en el espacio comunitario se han logrado y en el caso de Suramérica, Perú ha ido a la vanguardia, con la Ley que regula la utilización de las preexistencias en la contratación de un nuevo seguro de enfermedades y/o asistencia médica con la misma compañía de seguros a la que se estuvo afiliado en el período inmediato anterior.

¹¹¹ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2010). Estadísticas por tema. Demografía y población. Discapacidad (s/p). Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad>

¹¹² DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2010). Estadísticas por tema..., *op. cit.*

Colombia ratificó en mayo de 2011 la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad¹¹³. Tal ratificación impone a los Estados parte varias obligaciones, entre esas:

Asegurar a las personas con discapacidad, la igualdad tanto de derechos como de oportunidades.

Entender y acordar que una persona con discapacidad no está enferma, por tanto, no es un tratamiento médico lo que requiere sino la erradicación de la discriminación.

La referida Convención¹¹⁴ preceptúa en relación al derecho a la salud lo siguiente:

Artículo 25 Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;
- c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
- d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la

¹¹³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (s/f). Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (s/f). Convención de la..., *op. cit.*

- dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
- e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán porque esos seguros se presten de manera justa y razonable;
 - f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Venezuela, por su parte, ratificó la referida Convención en 2013, además cuenta con el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONADPIS) que es el ente encargado de otorgar el Certificado de Discapacidad a las personas que tengan alguna discapacidad, previa evaluación del Programa Nacional de Atención en Salud para las Personas con Discapacidad¹¹⁵.

Ahora bien, sentadas las bases para comprender la naturaleza y necesidades de las personas con enfermedades y discapacidades preexistentes, se pretende precisar qué puede resolverse para que puedan contar con un servicio de salud. En este caso, la salud como servicio puede ser prestada por entidades públicas y privadas, Pero en virtud de los altos costos de la atención médica privada, los seguros de salud, también llamados sanitarios, se presentan como una excelente alternativa de previsión e inigualable respaldo económico, para el evento de requerir atención médica privada.

Pero, cuando se trata de las personas con enfermedades y discapacidades preexistentes, ya se ha establecido, que sus condiciones personales y su situación, frente al mercado asegurador, pasa por el tamiz del análisis e interpretación constitucional del panorama. Y es que el derecho a la salud y la

¹¹⁵ DISCAPACIDAD VENEZUELA (s/f). Fecha de la consulta: 5 de agosto de 2019. Disponible en: <https://sites.google.com/site/discapacidadvenezuela/Home/articulos/proceso-de-calificacion-y-certificacion>. Con pesar hay que reseñar, que a la fecha de la investigación, el sitio Web de CONADPIS no estaba disponible, a propósito de una reestructuración esencial del Consejo.

libertad económica -ambos derechos constitucionalmente consagrados- convergen cuando de preexistencias, exclusiones de cobertura y contrato de seguro se trata.

El derecho a la salud en un Estado Social de Derecho -como lo son Colombia y Venezuela¹¹⁶ - comporta la ...“garantía real a gozar de un estado físico, mental, emocional y social que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general”¹¹⁷. El derecho a la salud, además, es fundamental, lo que implica que se estructura como condición necesaria para llevar a cabo, dignamente, cualquier otra acción en la vida (plan de vida: conjugación de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad). El derecho a la salud debe entenderse como ...“el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”¹¹⁸.

En tanto el derecho a la salud sea fundamental, en un Estado Social de Derecho el énfasis deberá ponerse ...“en la posibilidad material de todos los ciudadanos –diríamos de todas las personas– para gozar efectivamente de la libertad real en condiciones de igualdad”¹¹⁹. Entonces, el derecho a la salud entraña la facultad, para su titular, de contar con los mecanismos legales, judiciales, legislativos e institucionales necesarios para facilitar su pleno ejercicio.

¹¹⁶ Porque así, por lo menos, lo declaran sus constituciones.

¹¹⁷GAÑAN R., J. (2011). “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”, *Estudios de Derecho*, volumen 68, Nº 151, pp. 187-212, p. 190.

¹¹⁸ VÁSQUEZ, J. (2004). “El derecho a la salud”. *Revista IIDHH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Nº 40, pp. 265-289, p. 269.

¹¹⁹OSUNA P., N. (1997) Citado por GAÑAN R., J. (2011). “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia” Osuna Patiño, Néstor Iván. Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. Nº 37.

En un Estado Social de Derecho la solidaridad es medular¹²⁰. Más aún, la idea de persona y de sociedad tiene como eje nuclear la dignidad y no la libertad. Pues no se encauzan los esfuerzos para alcanzar la libertad en sí misma, sino que ella se hace medio para lograr que la dignidad humana sea...“el fin supremo de la persona y de la sociedad”¹²¹. Así, el derecho a la salud y los demás derechos sociales no complementan los derechos de libertad sino...“que en sí mismos serán verdaderos derechos universales y vinculantes”¹²².

Ahora, bajo el prisma del Estado Social de Derecho el derecho a la salud encierra...“la dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral”¹²³. Es un...“derecho humano, universal, vinculante e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”¹²⁴; por tanto, su relación con los demás derechos, además de estar interconectada, es, sin duda, simbiótica. La salud es innegablemente un bien público que los Estados deben garantizar¹²⁵. Por tanto, el Estado debe asegurar no solo el derecho a la salud en sí mismo, sino, también, la materialización de los servicios y bienes de salud.

Por si eso fuera poco, hay que añadir que el derecho a la salud es indisponible, lo que impide que su titular deje de serlo voluntariamente (no disponibilidad activa), o que el Estado o un tercero puedan hacerlo (no disponibilidad pasiva). Son, no disponibles por...“tratarse de condiciones básicas o esenciales de humanidad, inherentes a toda persona”¹²⁶. Es así, como debe quedar sentado

¹²⁰GAÑAN R., J. (2011). “De la naturaleza...”, *op. cit.*, p. 192.

¹²¹*Ibidem*, p. 192.

¹²²*Ibidem*, p. 192.

¹²³*Ibidem*, p. 192.

¹²⁴*Ibidem*, p. 192.

¹²⁵ GAÑAN E., J. (2012). “Del derecho a la salud en Colombia. ¿Un derecho seriamente fundamental? *Quid*, Nº 19, pp. 11-24, p. 16.

¹²⁶*Ibidem*, p. 16.

que los derechos fundamentales...“son indisponibles para los poderes públicos, innegociables ante los poderes privados e irrenunciables incluso ante la (aparente) aceptación de quienes deciden claudicar de ello”¹²⁷. Porque...“toda disposición de los derechos fundamentales equivale a una lesión”¹²⁸; eso significa que cualquier intervención arbitraria, ya estatal ya particular, está prohibida.

El caso es que, entre el derecho a la salud y la libertad económica que rige la actividad aseguradora se puede generar “tensión”¹²⁹, porque si bien -en principio- lucen muy distintas y distantes entre sí, ambas convergen cuando una persona con enfermedad o discapacidad preexistente se presenta ante el sector asegurador, con la pretensión de suscribir un contrato de salud para contar con el respaldo económico en caso de necesitar atención médica. Porque esa convergencia, en la mayoría de los casos, se materializa en una confrontación, pues, sin duda el conflicto entre los intereses de los candidatos y anhelantes a ser asegurados y las aseguradoras genera situaciones de discriminación e injusticia. Pero eso sí, hay que decirlo: en dos vías.

Y se asegura que es en dos vías, porque resulta, por una parte, injusto y discriminatorio, que una persona por padecer de una enfermedad preexistente o tener una discapacidad, igualmente preexistente, sea excluida del sector asegurador por esa razón. Pero, también, es necesario reconocer que en la otra *orilla* del debate intelectual se encuentra la aseguradora, para la que resulta inconveniente, una imposición judicial de que deba asumir riesgos

¹²⁷ SOSA., J. (2008). “Sobre el carácter ‘no disponible’ de los derechos fundamentales”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 9, Gaceta Jurídica, pp. 503-516, p. 503.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 503.

¹²⁹ LONDOÑO B., C., GIRALDO G., J. y TABORDA C., W. (2014). “Tensión entre el derecho fundamental a la salud y la libre voluntad de las partes contratantes en los planes voluntarios de salud. Caso seguros de vida Suramericana s.a. años 2011 - 2013”. *Revista CES Derecho*, volumen 5, Nº 2, pp. 122-138, p. 124. Fecha de la consulta: 28 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192014000200002

que ya evaluó y descartó por inconvenientes, desconocidos o malos. Esa imposición judicial es un atentado al derecho a la libertad económica, al principio de autonomía de la voluntad de las partes y a un proceso que por técnico es inherente a la actividad aseguradora: el proceso de selección del riesgo.

Vista así la situación, no se evidencia muy fácil la solución, que antes de ser salomónica debe ser respetuosa del talante constitucional que ambas aristas tienen. Porque es tan constitucional el principio de no discriminación como el derecho a la libertad económica, génesis de la libertad para contratar, la autonomía de la voluntad de las partes y, en materia aseguradora, del proceso de selección del riesgo. Y como lo asegura McCloskey¹³⁰...“la libertad económica es parte de la libertad (...) de hecho la libertad económica es la libertad que más le interesa a la gente ordinaria”.

El Estado, como la:

...organización política de la Sociedad (sic) (...) y el instrumento de la Sociedad (sic) para el logro de los objetivos plasmados en el pacto político constitucional: el bien común. La justicia social, el orden democrático y el respeto a la dignidad humana...¹³¹

es el verdadero garante del derecho a la salud de los administrados, esto es, de los habitantes -nacionales o no- de su territorio. Tal garantía la puede cristalizar sin intermediarios, es decir, mediante el sistema público de salud o mediante las autorizaciones previstas en la ley para que particulares lo hagan.

¹³⁰McCLOSKEY, D. (2018). La esencia de la libertad es la libertad económica. *The Mises Report*. [sitio web de noticias independientes], fecha de la consulta 5 de agosto de 2019. Disponible en: <https://misesreport.com/la-esencia-de-la-libertad-es-la-libertad-economica/>

¹³¹BREWER-CARÍAS, A. (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo I. El régimen histórico-constitucional del Estado*. Caracas-San Cristóbal. Editorial Jurídica Venezolana. Universidad Católica del Táchira, p. 590.

En el caso colombiano es el Ministerio de Salud y Protección Social es el encargado de:

Dirigir el sistema de salud y protección social en salud, a través de políticas de promoción de la salud, la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad y el aseguramiento, así como la coordinación intersectorial para el desarrollo de políticas sobre los determinantes en salud; bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, equidad, sostenibilidad y calidad, con el fin de contribuir al mejoramiento de la salud de los habitantes de Colombia¹³².

Por su parte, el Ministerio del Poder Popular para la Salud¹³³...“es un organismo del estado venezolano que coordina, controla, administra y supervisa las operaciones y servicios de salud de los venezolanos”.

Hay varias razones que mueven a un particular a suscribir un contrato de seguro de salud, para así tener la alternativa de ser atendido médicamente por el sector privado, estatalmente autorizado para prestar el servicio de salud. Como ya se dijo, anteriormente, es aquí dónde cobra importancia clave el contrato de seguros, que se suscribe entre una aseguradora, también autorizada estatalmente para desplegar su actividad, y un particular. Porque si bien es cierto, que el particular puede optar -contra su exclusivo patrimonio- sufragar los gastos en que incurra por ser atendido médicamente por el sector privado que presta servicios de salud, también es cierto, que son pocas las personas que empeñan su patrimonio de manera exclusiva para tal fin. Máxime que el contrato de seguros se ha diseñado para, entre otras bondades, minimizar ese eventual desembolso patrimonial.

¹³² MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (2019). Misión. Fecha de la consulta: 30 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>

¹³³ MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA SALUD (2019). Fecha de la consulta: 30 de mayo de 2019. Disponible en: <http://www.mpps.gob.ve/index.php/ministerio>

Puede creerse, válidamente, que a las personas que sufren una enfermedad preexistente o tienen una discapacidad de tal naturaleza, siempre les va a quedar libre el camino de optar por la atención médica prodigada por el sector público de salud. Pero, en la medida en que sea su única opción, estaría condenado a varias consecuencias: (1) no tendría libertad de elección, pues el sector privado de salud le estaría vedado por exclusivas razones económicas; (2) tendría que conformarse con la atención, precaria o no, del sector público, dicho sea de paso en Venezuela está completamente resentido y resulta incapaz de solventar, siquiera básicamente un cuadro de enfermedad medianamente grave.

Pero, desde una óptica constitucional, en tanto y en cuanto, las personas con enfermedad o discapacidad preexistente son execradas del sector asegurador, son víctimas de discriminación. Al respecto, hay que resaltar que existe en ambos países el principio de no discriminación, que se quiera o no, permea al sector asegurador privado. La pregunta es si ese principio cabalga sobre o desplaza el proceso técnico de selección de riesgos, que se sostiene así mismo sobre la libertad de contratación. Además, surge la inquietud de cómo se puede erradicar esa discriminación, quién debe salir en defensa de esa injusticia y quién debe dar garantías ciertas para que puedan ejercer a plenitud su derecho a la salud las personas con enfermedades y discapacidades preexistentes.

Para dar respuesta a esas inquietudes hay que establecer ciertas premisas que permitirán marcar los pilares que puedan delinear soluciones viables. Si una eventual respuesta es endilgarle al sector asegurador la obligación de asumir riesgos malos -como han sido *vistos* hasta ahora las personas con enfermedades o discapacidades preexistentes- de acuerdo a un proceso de selección del riesgo todo en nombre de que el derecho a la salud es una

garantía constitucional, hay que recordar la naturaleza jurídica y económica de la actividad aseguradora privada.

El sector asegurador tanto en Venezuela como en Colombia se compone de aseguradoras que, en su mayoría, tienen capital exclusivamente privado. Lo que permite concluir que la actividad aseguradora, en ambos países referidos, representa iniciativa y esfuerzo privados. Estas aseguradoras para poder comercializar seguros requieren, en ambos Estados, de previa autorización estatal.

La autorización previa y el control constante sobre la actividad aseguradora se justifican, porque si bien los capitales invertidos pueden ser, como efectivamente lo son: privados, la actividad aseguradora funciona y se financia con dinero que recauda del público. Por tanto, es deber del Estado garantizar la confianza en el sector asegurador. Además, la presencia de un débil jurídico (tomador, beneficiario o asegurado) en la relación contractual, amerita un control y no pocas veces intervención estatal. Tal intervención se puede materializar en sede administrativa, en cabeza del ente rector, y en sede judicial, donde los jueces pueden conminar a las aseguradoras a honrar sus obligaciones contractualmente establecidas.

En punto del sector salud público hay que reconocer que no siempre se encuentra en capacidad de dar la atención médica requerida. Y es aquí donde cabe la pregunta de si el Estado es el que debe mantener a tono el sector de salud público, porque esa sería la solución natural para las personas que por razones técnicas no sean amparadas por el sector asegurador privado. Es imperativo aclarar quién es el legitimado pasivo en relación con el derecho de salud como garantía constitucional.

También cabe preguntarse si el Estado no destina los recursos suficientes a

los centros públicos de salud, si no diseña e implementa campañas contra la corrupción lo que ocasiona el deterioro del sector. ¿Está siendo el garante del derecho a la salud? ¿Se justifica que por esa negligencia o corrupción se pretenda que el sector asegurador cumpla con funciones meramente estatales? ¿Se justifica que el Estado *se lave las manos* y se descargue en el sector asegurador para garantizarle a sus ciudadanos el derecho a la salud? ¿Dónde queda la selección del riesgo ante una orden judicial de asumir riesgos previamente analizados y descartados? ¿Dónde queda la noción técnica de riesgo, ante una enfermedad que ya se padece?

La libertad económica conjugada con el derecho a la salud: la extraprima como alternativa a la exclusión

El otro factor en la ecuación investigativa, es la libertad económica. Para estudiarla es fundamental resaltar que el Estado venezolano y el colombiano son, en términos constitucionales, un Estado Social de Derecho -como ya se ha explicado- lo que implica que...“el sistema de libertades se sostiene bajo principios y valores constitucionales, el interés particular debe estar supeditado al interés general”¹³⁴.

Nuñez del Prado¹³⁵ expone un punto medio en que se pueden conjugar la libertad económica de la aseguradora con el derecho a la salud que asiste tanto a personas sanas como a las que ya no lo están, y a las que tienen una discapacidad. Lo que quiere hacer ver a las aseguradoras es que tienen una alternativa a la exclusión y el rechazo: la extraprima. Y Perú ha avanzado sensiblemente en esa dirección, donde:

¹³⁴ ÁLVAREZ, J. (2006). “La dialéctica sobre la libertad económica frente a la interpretación teleológica de la libertad de trabajo”, *Telos*. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales, volumen 8, Nº 3, pp. 516-528, p. 520.

¹³⁵ NUÑEZ DEL PRADO S., A., (2018). “La declaración del...”, *op. cit.*, p. 45.

...hoy no sólo es necesario que la dolencia le haya sido diagnosticada al asegurado (segundo párrafo del artículo 118 de la [Ley del Contrato de Seguro] LCS), sino que también es obligatorio cubrirlas sin recargos si el asegurado estuvo cubierto previamente por otra compañía y una Entidad Prestadora de Salud (EPS) y contrata dentro de los siguientes 90 días.

Es tal la preponderancia de los derechos del individuo que se ven vulnerados con la práctica aseguradora descrita, que se ha generado una tendencia jurisprudencial que identifica las cláusulas de exclusión de enfermedades preexistentes con cláusulas abusivas propias de los contratos de adhesión¹³⁶.

Pero hay una premisa que debe sentarse y es que el derecho a la salud de las personas con enfermedades y discapacidades preexistentes no debe ser garantizado necesariamente por el sector asegurador como iniciativa privada. Por tanto, ...“la falta de productos idóneos de salud para personas que escapan del `estándar` es un problema de política de salud pública que corresponde al Estado resolver y no a la empresa privada”¹³⁷.

Se habla incluso de una discriminación indirecta cuando una política, postura, criterio, práctica, entorno, servicio o producto, neutros en apariencia sean capaces de causar una:

...desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios¹³⁸.

Pero en materia aseguradora hay que tomar en consideración los criterios técnicos que se imponen para excluir del amparo contractual a las enfermedades y discapacidades preexistentes. Esa consideración

¹³⁶ NAVARRO, E (2012). “Las patologías preexistentes...”, *op. cit.*, p. 172.

¹³⁷ GONZÁLEZ, C. (2013), “Discriminación por razón...”, *op. cit.*, p. 449.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 450.

matiza un poco el concepto de discriminación.

Conclusión

En virtud de lo expuesto y argumentado se evidencia que el derecho a la salud es una garantía constitucional, tanto en Colombia como en Venezuela. En tanto ambos países se declaran constitucionalmente como Estado Social de Derecho es su deber garantizar tal derecho a sus habitantes. Pero la inquietud radica en precisar si ese deber de garantizarlo les permite trasladar la responsabilidad y materialización de ese derecho a las entidades aseguradoras, las que, por tanto, deben desconocer principios técnicos propios de la actividad aseguradora para poder ser garantes, de un derecho que excede su función social. Sin duda, en la mitad del debate queda desamparada, la persona con enfermedad o discapacidad preexistente.

CAPÍTULO III

CRITERIOS TÉCNICOS DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA QUE JUSTIFICAN LAS ENFERMEDADES PREEXISTENTES COMO EXCLUSIÓN CONTRACTUAL ESTANDARIZADA

La actividad aseguradora es *per se* técnica. Tal vez, a un *ojo no entrenado* escapan las implicaciones matemáticas, actuariales, contables, financieras e incluso bursátiles que sostienen a la actividad. Por tanto, es conveniente e ilustrativo enumerar y explicar las implicaciones técnico-científicas que sustentan la actividad aseguradora.

En la medida en que el riesgo no puede excluirse de la actividad humana, y que el riesgo está aliado con sucesos aleatorios, entonces, se hace necesario

cuantificarlo y calcular el precio de su aseguramiento¹³⁹. Para ello, las aseguradoras han acrisolado los métodos, procesos y mecanismos para lograr que sus recursos se correspondan con la actividad que realizan. Tales métodos, procesos y mecanismos se apoyan, entre otras ciencias, en las matemáticas, finanzas y estadística. En estas implicaciones tan técnicas, también han reparado algunos autores con la intención de radiografiar la actividad aseguradora, entre ellos se encuentran los autores siguientes.

Herrera Ruíz¹⁴⁰ desarrolló el proceso de selección del riesgo en el contrato de seguro de salud en toda su magnitud: procedimientos, agentes, personal técnico, normas jurídicas e implicaciones económicas. La investigación la realizó desde la perspectiva y experiencia de las aseguradoras españolas. Herrera Ruíz no admitió haber seguido un método de investigación particular, lo que sí hizo fue presentar de manera esquemática los distintos procesos seguidos para seleccionar el riesgo. Además, se acercó al polémico tema del genoma humano como fuente de información para aceptar o desestimar a una persona como asegurado. Herrera Ruíz concluyó que el procedimiento de selección del riesgo es vital para las aseguradoras, que recientemente se han utilizado tecnologías que han hecho creer que se pretende llegar a una selección *on line*. Y sobre los test genéticos, el autor hace evidente las reservas éticas que generan aquéllos cuando se pretenden utilizar como causal de no suscripción o exclusión de cobertura. La investigación reseñada se relaciona con la presente, porque se detiene a estudiar el proceso de selección del riesgo, que es un elemento técnico del contrato de seguros de salud, dimensión que se pretende evidenciar y exaltar en este apartado.

¹³⁹ HERNÁNDEZ, M., LOZANO, C. y VILAR, J. (2013). El cálculo de la prima única de riesgo mediante la medida de riesgo transformada proporcional del tanto instantáneo. *Revista Atlántica de Economía*, Vol. 1, (s/p). Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <https://ideas.repec.org/a/eac/articl/05-12.html>

¹⁴⁰ HERRERA, F. (2010). *Selección del...*, *op. cit.*

Cunillé Salgado¹⁴¹ se propuso establecer, analizar y disertar sobre la gestión de los riesgos operacionales de las aseguradoras. La autora omitió develar el *íter* metodológico que siguió para alcanzar el objetivo trazado: el riesgo operacional y su gestión. Cuando Cunillé Salgado hizo referencia al concepto de riesgo, en el sector asegurador, explicó que la tendencia es a reparar en el riesgo que corre el asegurado y cede a la aseguradora. Pero, poquísimas veces se consideran los riesgos a los que la aseguradora está expuesta en sí misma como corporación. Así, la autora empezó por evidenciar y enumerar los distintos riesgos (operacionales o no) a los que están expuestas las aseguradoras, hasta llegar a sugerir cómo implantar un modelo de gestión de riesgos, pasando por las clases de riesgo operacional. Cunillé Salgado concluyó que el riesgo operacional, en sí mismo, es complejo de gestionar; complejidad que se acentúa porque ese tipo de riesgo, varía de aseguradora en aseguradora. Tal disimilitud, imposibilita normalizar un modelo para tal fin. Ante esa imposibilidad, la autora exaltó la importancia de que las aseguradoras cuenten con personal calificado técnicamente para gestionar los riesgos operacionales. Esa investigación de Cunillé Salgado y su intención se relacionan con este apartado, porque hacen evidente que la gestión de la actividad aseguradora es primordialmente técnica.

Finalmente, Rodríguez-Pardo¹⁴² enalteció la profesión y labor de los actuarios. Para ello, reconoció que su desempeño consiste en cuantificar tanto el riesgo como los efectos económicos que de él se deriven. Tal desempeño se fundamenta básicamente en técnicas investigativas avanzadas y contribuye a las estadísticas, como ciencia, por medio de la modelización que hace del

¹⁴¹CUNILLÉ, M. (2004). *Los riesgos operacionales en las entidades aseguradoras. Cómo gestionarlos*. Tesis del Master en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras. Universitat de Barcelona. Barcelona. España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: http://www.servidor-gestisgs.com/ub/intranet/PDF/tesis_alumnos/MONTSERRAT_CUNILL_SALGADO.pdf

¹⁴² RODRÍGUEZ-PARDO, J. (2016). La estadística y el actuario. *Revista Índice*, Nº 87, pp. 31-32.

riesgo. Esa modelización es lo que sostiene a su vez a la actividad aseguradora.

Para esa modelización, asegura el autor, los actuarios pueden utilizar varias técnicas y métodos: a) Métodos tradicionales deterministas, sin uso de técnicas predictivas; b) Modelos lineales generalizados; c) Modelos aditivos generalizados; d) Técnicas de inteligencia artificial, con el uso de variables internas, externas y de comportamiento, con técnicas de computación cognitiva. El autor insistió, en que la labor de los actuarios es vital para la actividad aseguradora y concluyó que deben los actuarios utilizar con mayor intensidad las técnicas y métodos que les brinda la tecnología. El esfuerzo investigativo reseñado aquí, es fundamental para este Capítulo, porque pone de relieve el andamiaje técnico-estadístico-actuarial que sustenta la actividad aseguradora.

Referente teórico

La actividad aseguradora comporta una serie de decisiones gerenciales de las que depende no solo la gestión cotidiana de la aseguradora, sino la solvencia de la misma. Y, dentro de los insumos, que forman el criterio gerencial de toma de decisiones, están las ciencias matemáticas, estadísticas, actuariales, entre otras. Por tanto, los pilares de la actividad aseguradora son, en su mayoría, meramente técnicos.

Estadística y estudios actuariales

El seguro se fundamenta en la estadística y sus métodos. Ello en razón de que la estadística le suministra a la aseguradora los datos que le facilitan

la actividad en los distintos ramos, amén de que le permite establecer primas suficientes y atractivas¹⁴³. Ancestralmente, la estadística ha echado mano de datos ciertos y disponibles, para predecir las consecuencias perdidas y su probabilidad de ocurrencia. Es así, como la estadística hace parte de la médula en la estadística y en la gestión de riesgos¹⁴⁴. Todo ello, sumado, sustenta la actividad aseguradora, porque la esencia del negocio asegurador no es otra, sino la asunción y gestión de riesgos.

Cálculo de la prima

El cálculo de la prima no es otra cosa, sino la medida del riesgo. La prima, entendida como el precio del seguro, es la suma de dinero que debe pagar el tomador a la aseguradora, por cederle riesgos, propios o ajenos. Lo ideal es que la prima que se cobre sea directamente proporcional a la pérdida¹⁴⁵, para el evento en que el riesgo se concrete en siniestro. Esa prima debe ser la suma de dinero mínima que la aseguradora deberá cobrar a cambio de la asunción del riesgo. El pago de la prima está a cargo del tomador¹⁴⁶. Esa suma de dinero debe ser suficiente y atractiva, para que la aseguradora se sienta motivada a suscribir el contrato de seguro¹⁴⁷. La prima, lejos de ser una simple cifra nominal y voluntariosa, es el resultado de la *alquimia* de fundamentos y enunciados científicos, de cálculos actuariales, pronósticos estadísticos y anhelos empresariales.

¹⁴³ CALVO, S. y GAITAN, G. ((1994). Protección jurídica de tomadores y asegurados. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA- en el ámbito técnico, jurídico y financiero* (pp. (pp. 277-385). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, p. 297.

¹⁴⁴ GUILLÉN, M. (2016) Big Data en seguros. *Revista de Estadística y Sociedad*. Nº 76, pp. 29-30. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <http://www.revistaindice.com/numero67/p28.pdf>

¹⁴⁵ HERNÁNDEZ, M. (2013). *Tarificación en seguros de vida con la medida de riesgo esperanza distorsionada*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/20925/>

¹⁴⁶ LÓPEZ, F. (1999). *Contrato de seguro*. Santafé de Bogotá. Dupre Editores, p. 73.

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ, M., LOZANO, C. y VILAR, J. (2013). El cálculo de... *op. cit.* p.10.

La prima tiene como pilar la ley de los grandes números, y se estructura sobre estudios actuariales. Esto sirve, y es así, para el caso de los riesgos acerca de los cuales hay muchas unidades expuestas a los mismos peligros, y sobre los que su comportamiento puede ser fácilmente predecible, sobre la base de experiencias anteriores¹⁴⁸. La estadística y los estudios actuariales permiten que la aseguradora cuente con la información necesaria para establecer y examinar tanto la severidad como la frecuencia de los riesgos. Tal severidad y frecuencia permite evaluar, valorar y cuantificar al riesgo y su aseguramiento¹⁴⁹.

En la misma forma, y para evitar sobreestimar o subestimar al riesgo, el proceso que se debe seguir para su valoración debe fundamentarse en factores probabilísticos, los que permitirán cuantificar: (a) el costo del riesgo puro, también llamado prima pura de riesgo;(b) comisión del intermediario; (c) gastos de administración¹⁵⁰ y, por supuesto, (d) el margen razonable de ganancia, que anhela obtener la aseguradora, pues su ánimo de lucro le es connatural a su naturaleza de comerciante.

Tal proceso de valoración, en adelante, se conocerá con el nombre inglés de *pricing* que, en el contexto asegurador, consiste en: “Cambiar un riesgo con un coste desconocido (Siniestro) por un precio fijo (Prima)”¹⁵¹. Ese proceso es llevado a cabo en las aseguradoras por un personal especializado en fijar el precio del seguro. Su labor, parte desde la ciencia actuarial y consiste en determinar el *punto medio monetario* entre retener a los mejores clientes - *buenos riesgos*- por ser los de menor riesgo, y establecer precios competitivos

¹⁴⁸CALVO, S. y GAITAN, G. ((1994). Protección jurídica de..., *op. cit*, p. 297.

¹⁴⁹*Ibidem*, p. 303.

¹⁵⁰CALVO, S. y GAITAN, G. ((1994). Protección jurídica de..., *op. cit*, p. 303.

¹⁵¹ ADDACTIS WORLDWIDE RISK & INSURANCE SOLUTIONS (2015). Addactis pricing. Pricing-as a process. Fecha de la consulta: 19 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/305-2015-06-21-ADDACTIS-Pricing-Michael%20Noack.pdf>

pero suficientes para garantizar las cuantías de indemnización¹⁵² o la llamada prima pura de riesgo.

En punto del contrato de seguro de salud, ese empeño por *conquistar* y retener los *buenos* riesgos, deja fuera de la ecuación del interés comercial de la aseguradora a los individuos que, en tiempo de tratativas, ya padecen una patología o tienen una discapacidad. Es así, porque ya es un hecho, que su estado de salud no es pleno, y que representan, desde ya, un siniestro y no un riesgo. No hay germen, sino realidad, no hay potencialidad sino hechos objetiva y médicamente establecidos.

Por otro lado, y al interior de la misma aseguradora se encuentra el equipo de comercialización, encargado de cautivar nuevos clientes y retener los ya conquistados. Tal vez, la más determinante estrategia de conquista y retención se basa en el valor de la prima. Y allí, radica la tensión *crónica* entre los equipos ya referidos. Los actuarios aseguran que si la prima es más elevada se pueden ofrecer mayores beneficios y prebendas al asegurado amén de que la reserva de seguridad para la solvencia de la empresa se incrementa¹⁵³. Mientras que el personal encargado de la colocación -comercialización- de los productos ve a esa prima elevada como su primer y más grande enemigo para lograr su cometido: fidelizar a los asegurados que ya hacen parte de la cartera de la compañía y conquistar nuevos clientes-*buenos* riesgos.

La tensión descrita al interior de una aseguradora, y que tiene como protagonistas a los actuarios que hacen *pricing* y a los empleados que hacen mercadeo, pretende determinar el punto medio entre precios atractivos en el mercado asegurador, pero suficientes para cumplir con las reservas que le

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ GUILLÉN, M. (2016). Big Data en..., *op. cit.*, p. 28.

impone el órgano rector a las aseguradoras¹⁵⁴.

Es así, como los métodos predictivos clásicos y técnicas recientes de modelización predictiva, como por ejemplo, la metodología de valores extremos¹⁵⁵, son vitales en la actividad aseguradora, porque a partir de ellos, se observa al pasado con una vocación proyectiva; eso se traduce en tablas estadísticas sobre la base de la experiencia y observación. Esa experiencia y observación permiten calcular y establecer una prima que implica predicción del *comportamiento del riesgo*, es decir, predicción del futuro. Hoy, eso le permite a las empresas: calcular la prima (tarificar), comercializar (colocar el producto) y mantener al cliente (fidelizar)¹⁵⁶.

En el caso específico de los seguros de salud, la tendencia es detenerse en la consideración -de cara a la tarificación- de la longevidad y predicción de servicios médicos de cada asegurado, en virtud de su récord histórico. Pero hay que analizar también, por un lado, que el hecho de que el asegurado demande atención médica enciende las alarmas de siniestralidad. Hay que considerar por otro lado, que la atención médica, el diagnóstico y medicación adecuados y a tiempo, redundan en un aumento de perspectivas de sobrevivencia. Ambas dimensiones: disminución de la salud que deriva en la atención médica y el aumento de sobrevivencia a propósito de esa atención médica, aunque inciden de manera distinta y distante sobre la tarificación permiten monitorear, de manera casi personalizada, el *comportamiento* del contrato de seguro de salud para cada asegurado. Todo bien articulado permite establecer precios competitivos¹⁵⁷.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁵ Diseñada para grandes riesgos, y por tanto, para predecir grandes siniestralidades. Lo que hace esta metodología es proporcionar un modelo paramétrico para excesos de siniestralidad. GONZALO-COLOMER, C. y VILAR-ZANÓN, J. (2009). La media geométrica, como principio de cálculo de primas. *Anuario del Instituto de Actuarios Españoles*. Nº 15, pp. 51-70.

¹⁵⁶ GUILLÉN, M. (2016) Big Data en..., *op. cit.*, 29.

¹⁵⁷ GUILLÉN, M. (2016) Big Data en..., *op. cit.*, 30.

En el cálculo de la prima también intervienen principios como: monotonía, subaditividad, invarianza a las traslaciones, homogeneidad positiva. Principios que, en sí mismos, son propiedades necesarias para que una medida de riesgo sea coherente¹⁵⁸. Así, la monotonía impone que, ante la diversidad de riesgos asumidos por una aseguradora, ésta deba cobrar una prima más alta por otorgar cobertura a los riesgos que le resultarán más perjudiciales a su *salud* económica y financiera¹⁵⁹. Por su parte, la **subaditividad** implica que al interior de una aseguradora que ha asumido un número específico de riesgos, debe tener por riesgo global, uno menor o igual al de cualquiera de los riesgos asumidos analizados individualmente, porque de haber realizado una adecuada selección del riesgo, los riesgos más perjudiciales se han de compensar con los mejores riesgos asumidos¹⁶⁰.

Al mismo tiempo, la **invarianza a las traslaciones** permite aumentar la prima cobrada inicialmente, si el riesgo asumido se incrementa por elementos externos¹⁶¹. Y la **homogeneidad positiva** preceptúa que de generarse cambios inflacionarios que incrementen o disminuyan la cuantía de la pérdida estimada, tales cambios deberán incidir en la misma proporción sobre la prima calculada y cobrada por la aseguradora¹⁶².

De la misma manera, para calcular la prima se deben considerar elementos de diversa índole, por ejemplo: factores *a priori* y factores *a posteriori*¹⁶³. En el caso específico del contrato de seguro de salud, los elementos, que inciden en el cálculo de la prima, han sido agrupados en dos categorías: intrínsecos y extrínsecos¹⁶⁴. En la primera categoría se encuentran la edad, el género y la

¹⁵⁸HERNÁNDEZ, M., LOZANO, C. y VILAR, J. (2013). El cálculo de... *op. cit.* p. 9.

¹⁵⁹*Ibidem*, p. 10.

¹⁶⁰*Ibidem*, p. 10.

¹⁶¹*Ibidem*, p. 10.

¹⁶²HERNÁNDEZ, M., LOZANO, C. y VILAR, J. (2013). El cálculo de... *op. cit.* p. 10.

¹⁶³ ADDACTIS WORLDWIDE RISK..., *op. cit.* pp. 31-33.

¹⁶⁴ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...*, *op. cit.*, p. 17.

ubicación geográfica¹⁶⁵ del asegurado, pero también su estado de salud, profesión, estilo de vida, aficiones y hábitos¹⁶⁶. Al mismo tiempo, y en la segunda categoría se consideran: grupos y colectivos de asegurados, límites de cobertura, copagos y deducibles, entre otros.

Respecto de los elementos intrínsecos, vale bien el tiempo de detallar su incidencia en el cálculo de la prima. En punto de la edad, se debe recordar que el riesgo que ampara el contrato de seguro de salud es el representado por la posibilidad de que la salud se vea afectada por una enfermedad o accidente. Así las cosas, y en punto de las patologías, hay que reconocer que, a mayor edad, la exposición al riesgo de sufrir alguna dolencia es mayor.

De la misma manera, hay que reconocer que la maternidad es una arista que incrementa el aseguramiento del riesgo en el caso de las mujeres en su edad fértil, que no así en la *vida contractual aseguradora* de los hombres. Ello es así, porque si bien es cierto que la maternidad no es una enfermedad, sí hay que admitir que altera las condiciones *normales* de la mujer en su integridad e indemnidad física.

En consecuencia, en el caso de la maternidad, sin duda, el sexo del asegurado marca una diferencia innegable. El sexo como elemento diferenciador para calcular la prima se justifica a partir de estudios actuariales y tablas estadísticas¹⁶⁷. En este caso, hay que evitar caer en la trampa de creer que, al considerar el género como diferenciador, en el caso del embarazo, se está haciendo una discriminación. Antes bien, esa consideración del género no es otra cosa, sino la distinción de lo que por naturaleza ya es distinto: el hombre

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁶⁷ BETÉS DE TORO, A. (2012). La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común? *Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros*, N° 44, pp. 31-34, p. 32.

por naturaleza no puede quedar embarazado¹⁶⁸.

Ahora bien, en punto de la ubicación geográfica del asegurado, hay que precisar que de sus coordenadas geográficas depende, en gran parte, el valor de los servicios médicos. Y es así, porque, por ejemplo, en ciudades donde la oferta de servicios médicos es mayor, se pueden concertar mejores precios de tales servicios médicos¹⁶⁹, no así en poblaciones apartadas y/o de baja densidad poblacional.

Respecto de los elementos extrínsecos, se debe explicar que los grupos y colectivos de asegurados hacen la diferencia a la hora de calcular la prima. De modo que, en la medida en que esas maneras masivas de contratar facilitan el ingreso a la aseguradora de la llamada “masa crítica”¹⁷⁰ de asegurados; esto es, de un gran número de asegurados y de características muy disímiles, resulta que al interior del grupo los *malos* riesgos se compensan con los *buenos*. Todo sumado hace que los altos precios que por concepto de prima debieran pagar los *malos* riesgos se compensen con los *buenos* y resulte una prima atractiva para los asegurados, además de competitiva ante el mercado asegurador.

Otro elemento extrínseco es el límite de cobertura¹⁷¹; en este sentido, es imperativo recordar la relación directa y proporcional que hay entre el alcance de la cobertura y la prima que se paga a cambio. Cuando se suscribe el contrato de seguro, el asegurado anímicamente gana tranquilidad, porque tiene la convicción de que en el evento de que el riesgo pase a ser siniestro contará con el apoyo económico de la aseguradora. Ahora bien, esa cobertura, puede ser amplia o limitada. Si la cobertura es amplia la prima es alta, y viceversa. Por tanto, si el asegurado acuerda con la aseguradora circunscribir

¹⁶⁸ BETÉS DE TORO, A. (2012). La futura tarifa..., *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁹ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁰ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo..., op. cit.* p. 19.

¹⁷¹ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo..., op. cit.* p. 19.

la cobertura a ciertos y determinados riesgos, y excluye otros tantos, la prima será menor de manera directa y proporcional.

Relación similar se deriva del pago de deducibles (altos o bajos) y de los llamados copagos por el asegurado. En el primer caso, se trata de la suma de dinero que inexorablemente debe pagar el asegurado en caso de siniestro. El deducible es un mecanismo propio del contrato de seguro, que impone una comunidad de intereses: en la medida en que el asegurado vea afecto su patrimonio a sufragar los gastos que implique la materialización del siniestro, pondrá toda la diligencia de un buen *pater familiæ* para evitar tal materialización. Es así como un deducible alto, incidirá en la estipulación de una prima más baja. Por su parte, el co-pago impone al asegurado la obligación de pagar de su peculio pequeñas sumas de dinero¹⁷², cada vez que demande la prestación de un servicio médico, derivado de la letra contractual.

Por lo anteriormente explicado, queda sentado que las probabilidades de que se cobre una prima deficitaria o una prima excedentaria, se minimizan cuando los cálculos tienen bases en leyes matemáticas y actuariales. Aunado al conocimiento cierto del comportamiento, magnitud, severidad, y frecuencia de ocurrencia de los riesgos asumidos. Asimismo, se deben considerar la exposición y estimación de las pérdidas posibles pronosticables¹⁷³.

Riesgos operacionales

Todas las aseguradoras corren riesgos que ponen en peligro su situación económica¹⁷⁴, hasta el punto de llevarla al borde de la quiebra¹⁷⁵. Las aseguradoras, como toda corporación, están expuestas a dos grandes tipos

¹⁷² *Ibidem*, p. 19.

¹⁷³ CALVO, S. y GAITAN, G. ((1994). Protección jurídica de..., *op. cit*, p. 304.

¹⁷⁴ HERNÁNDEZ, M. (2013). *Tarifación en seguros...* *op. cit*, p. 18.

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ, M., LOZANO, C. y VILAR, J. (2013). El cálculo de... *op. cit*. p. 6.

de riesgo: los de negocio y los financieros. Los de negocio, también llamados riesgos operacionales, se derivan de la actividad económica a la que se dedican; esto es, son los inherentes y producidos por el objeto social de la compañía. Mientras que los financieros derivan de la estructura financiera de la entidad¹⁷⁶.

Alguno de los riesgos operacionales son: provisión de primas no consumidas, riesgos en curso, reservas técnicas, reservas matemáticas, desviaciones en la siniestralidad esperada, riesgo de crédito o insolvencia; riesgo de mercado; riesgo de liquidez; riesgo de inflación; riesgo país; riesgo de inversión; riesgo legal; riesgo por obsolescencia; riesgo de redimensionamiento; riesgo reputacional¹⁷⁷; riesgo de suscripción¹⁷⁸, entre otros. Hay que advertir, que el riesgo de suscripción figura como el más alto y grave, por tratarse del *core business* de las aseguradoras y porque es el que más resonancia tiene sobre el capital de la compañía¹⁷⁹.

Los legisladores y órganos rectores del sector asegurador, anhelan que las aseguradoras sean capaces de sortear peligros de insolvencia, y que para ello cuenten con recursos propios no afectos a obligaciones, lo que se conoce como margen de solvencia mínimo¹⁸⁰.

Es conveniente, en este punto, hacer la distinción conceptual entre solvencia y margen de solvencia. Se debe entender por solvencia, la capacidad de la aseguradora de honrar, a corto plazo, sus obligaciones económicas. Es por ello, que la solvencia más allá de ser un simple concepto, es una situación de

¹⁷⁶CUNILLÉ, M. (2004). *Los riesgos operacionales...*, op. cit, p. 8.

¹⁷⁷*Ibidem*, p. 10

¹⁷⁸FERRI, A. BERMÚDEZ, L. y GUILLEN, M. (2013). Influencia de la variable aleatoria implícita en la fórmula estándar en el cálculo del SCR del riesgo de suscripción no vida. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*. 3ª época, Nº 19, p. 65.

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 65.

¹⁸⁰CUNILLÉ, M. (2004). *Los riesgos operacionales...*, op. cit. p. 6.

la aseguradora¹⁸¹. Mientras que el margen de solvencia, es la capacidad que tiene una aseguradora de permanecer en el mercado, a pesar de enfrentar desviaciones en la siniestralidad de los contratos suscritos, y cambios drásticos de su entorno. Para hacer la explicación más llana: la solvencia es una instantánea de la situación de la empresa, mientras que el margen de solvencia, dinámico *per se*, se enfoca en el porvenir de la aseguradora, a la par de que determina la relación existente entre el “volumen de compromisos y el capital social”¹⁸².

Todos los riesgos o amenazas relacionados deben ser identificados, gestionados y mitigados por la aseguradora. Para ello, puede adoptar sistemas de gestión de riesgos¹⁸³. Esas decisiones son técnicas y actuariales. Cada paso que de la aseguradora deberá ser pensado y medido concienzudamente, porque redundará de manera directa en su capital de solvencia. Pero, la realidad es: no todas las aseguradoras se han tomado en serio la gestión de sus riesgos operacionales. Esos riesgos ignorados o mal gestionados pueden ser el germen de destrucción (insolvencia y en el peor de los casos, quiebra) de una aseguradora.

Por tanto, muy conveniente, incluso necesario, que las aseguradoras implanten sistemas de análisis de riesgos. Para gestionar unos u otros, las aseguradoras pueden utilizar modelos de cálculo del capital de solvencia requerido para hacer frente a los referidos riesgos. Para elegir un modelo u otro, es necesaria la determinación de los baremos de medición para cada modelo, por ejemplo, tomando como referente los índices de siniestralidad de la aseguradora en cuestión.

¹⁸¹BETANCOURT, A., JIMENEZ, R., RIVEROS, M. (1994). Condiciones de ejercicio. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero* (pp. 199-213). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, p. 208.

¹⁸²*Ibidem*, p. 239.

¹⁸³CUNILLÉ, M. (2004). *Los riesgos operacionales...*, *op. cit.*, p. 10.

Es frecuente que sea la estadística bayesiana y sus modelos la utilizada como modelo de gestión de los riesgos que afrontan las aseguradoras. En el caso de los riesgos financieros, las bondades de un sistema de análisis y gestión incidirían directamente en: ...“el establecimiento correcto de precios, la gestión del riesgo, la evaluación de estrategias de inversión, el cálculo de niveles de capital ajustados al riesgo y la implantación de sistemas de medición de rentabilidad basados en el valor”¹⁸⁴. Los métodos bayesianos permiten analizar datos observados para modelizar un fenómeno y, desde ahí, hacer proyecciones. La metodología bayesiana tiene tres fases vitales:

1. Especificar un modelo de probabilidad que incluya algún tipo de conocimiento previo (*a priori*) sobre los parámetros del modelo dado.
2. Actualizar el conocimiento sobre los parámetros desconocidos condicionando este modelo de probabilidad a los datos observados.
3. Evaluar el ajuste del modelo a los datos y la sensibilidad de las conclusiones a cambios en los supuestos del modelo.¹⁸⁵

Selección del riesgo

El concepto del riesgo aliado a acaecimientos sujetos al álea es lo más relevante en la actividad aseguradora¹⁸⁶. El riesgo es, por sí mismo, incierto; la labor es cuantificarlo, a él ya su aseguramiento. Tal labor pasa por la selección. La selección del riesgo es trascendental para el equilibrio técnico¹⁸⁷ y financiero de la actividad aseguradora. Es la primera *compuerta* al gasto y a la siniestralidad en una aseguradora. Y consiste en las medidas técnicas y médicas que emplea la entidad para procurar que entren como asegurados las personas que impliquen un menor riesgo y no así, las que por sus condiciones

¹⁸⁴ OTERO, J. (2005). Análisis y medición del riesgo financiero en carteras de vida. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXXIV, N° 127, pp. 925-950.

¹⁸⁵ UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (S/F). Tema 1: Introducción a la estadística bayesiana, pp. 1 y 2. Fecha de la consulta: 25 de agosto de 2019. Disponible en: <http://halweb.uc3m.es/esp/Personal/personas/jimmarin/esp/Bayes/tema1bayes.pdf>

¹⁸⁶ HERNÁNDEZ, M. (2013). *Tarificación en seguros...*, op. cit., p. 1.

¹⁸⁷ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...* op. cit., p. 8.

están altamente expuestas al riesgo, que de entrar a la masa de asegurados atentarían contra el equilibrio económico de la aseguradora¹⁸⁸. En este punto, es conveniente recordar, que las aseguradoras son personas jurídicas de Derecho mercantil, que se constituyen como comerciantes colectivos y que, por ser comerciantes, tiene afán de lucro, como ya se ha advertido. Lo que explica y justifica las estrategias que puedan diseñar para cuidar sus finanzas, solvencia y margen de ganancia.

Una adecuada selección del riesgo deriva en beneficios en dos vías: respecto de la aseguradora, porque la blinda de alta siniestralidad, además de que puede contener los efectos devastadores de *malas ventas* por parte de los intermediarios y respecto del asegurado porque les garantiza un amparo real a cambio del pago de una prima proporcionada¹⁸⁹. Si se da paso a un asegurado que represente una alta exposición al riesgo que pretende amparar, aumenta la posibilidad de que la siniestralidad se apodere de los indicadores de la aseguradora y eche por tierra sus oportunidades de lucro. Por tanto, cada aseguradora establecerá las pautas que constituirán sus políticas de suscripción sobre la base de lo que puede y de lo que quiere asumir. Esas dos dimensiones se fundamentan en la libertad económica y sellan la libertad de contratación.

Cuando la selección del riesgo se contextualiza en el seguro de vida, lo ideal sería conquistar y amparar a un gran número de asegurados nuevos sin enfermedades preexistentes. La selección del riesgo se hace sobre la base de la información, en este caso, de orden médico del candidato a ser asegurado. Las aseguradoras pueden obtener esa información mediante la aplicación de un test o de un cuestionario¹⁹⁰ diseñado para obtener información médica del asegurado. De ser un cuestionario, éste contiene información personal,

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹⁰ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...*, op. cit. p. 24.

profesional, médica y familiar del candidato a ser adoptado. El propósito del cuestionario no es otro, sino...“objetivar al máximo el riesgo”¹⁹¹ que, de enfermarse, corre el candidato a ser asegurado. Esa objetivación del riesgo facilita a su vez estimar la siniestralidad del contrato de seguro, de llegarse a suscribir.

Si se espera que el cuestionario sirva para el propósito referido; habrá de ser redactado de manera clara, sencilla, espaciosa y atractiva; las preguntas deben ser adecuadas, pertinentes y no excesivas¹⁹². Pero también hay que considerar que mientras menos preguntas se formulen, menos información se podrá recabar, lo que implicaría un impreciso perfil del riesgo que eventualmente asumiría la aseguradora.

Otro mecanismo utilizado por las aseguradoras, para adelantar la selección del riesgo en el contrato de seguro de salud, es el examen médico al que someten al candidato a ser asegurado. Ese examen deriva en un informe médico contentivo, entre otros datos e información, de una opinión del facultativo sobre si es o no conveniente admitir al examinado en *las filas* de lo aseguradoras de esa compañía. Este examen se impone a determinados candidatos: de avanzada edad, o que por las respuestas del cuestionario ya mencionado se puede sospechar de la alta exposición a un riesgo de enfermedad específico¹⁹³.

Sea uno u otro mecanismo el utilizado por la aseguradora, sea que el cuestionario se adelante de manera tradicional (presencial) u *on line*, los posibles resultados de la selección del riesgo se reducen a lo siguiente: (a) se acepta al candidato; (b) no se acepta; (c) es aceptado pero con exclusiones; (d) Es necesario que envíe un informe médico para determinar si es aceptado

¹⁹¹*Ibidem*, p. 26.

¹⁹²*Ibidem*, p. 28.

¹⁹³ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...*, op. cit. p. 30.

o no¹⁹⁴.

Un adecuado proceso de selección del riesgo permite a una aseguradora “conocer con mayor detalle su cartera y su comportamiento, obtener mejores resultados económicos y reducir sus tiempos y recursos en los procesos de contratación”¹⁹⁵.

Período de carencia

Es un plazo de espera -que puede oscilar entre tres y doce meses- que las aseguradoras imponen en ciertos contratos de seguro de salud, para evitar lo que se conoce como anti selección del riesgo¹⁹⁶; esto es, artificios de algunos asegurados, que pretenden suscribir un contrato de seguro de salud, pero no para protegerse de las consecuencias económicas de un riesgo en caso de convertirse en siniestro durante la vida contractual, sino para amparar un siniestro.

Ejemplo patente de ello, son las mujeres que, ya en estado de gestación, pretenden suscribir un contrato de hospitalización, cirugía y maternidad (HCM) cuando en verdad ya el riesgo de quedar embarazada se gestó (en todo el sentido de la palabra) antes de la suscripción del contrato de seguro. Por todo ello, la aseguradora impone una cláusula de período de carencia para el seguro de las mujeres que no de los hombres. Cláusula que se justifica en la distinción fisiológica entre ambos sexos y, además, que ya se estableció líneas arriba, y en la pretensión válida del asegurador de conjurar el fraude¹⁹⁷. Además, ese período de carencia consolida la buena fe que caracteriza al contrato de seguros.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 50.

¹⁹⁷ BETÉS DE TORO, A. (2012). La futura tarifa unisex...*op. cit.*, p. 32.

En punto de la buena fe, López explica que aunque debe estar presente en todos los negocios jurídicos, resulta que en el contrato de seguros se habla de la ubérrima *bona fides*¹⁹⁸. Tal manifestación, superlativa, de la buena fe, se materializa en el contrato de seguros en varios momentos, uno de ellos, es al instante de declarar el estado del riesgo. Tal deber se debe honrar con sinceridad y precisión de cara a la suscripción contractual¹⁹⁹.

Otro ejemplo de anti selección se materializa cuando un sujeto suscribe un contrato de seguro de salud para protegerse ante la eventualidad de sufrir una patología como la diabetes, cuando tiene la certeza de que ya la padece. La anti selección redundará en perjuicio de la compañía y sus utilidades, en tanto, se genera una siniestralidad no prevista actuarialmente.

Por tanto, durante ese tiempo, ya referido, aunque haya cobertura sobre determinados riesgos, la obligación condicional del asegurador de indemnizar no nacerá a la vida jurídica si el siniestro se reporta sin que se haya vencido dicho plazo. Por tanto, pudiera asimilarse a una exclusión, pero temporal o a una *vacatio* de la cobertura. Todo esto, para disuadir a los artificiosos de sus fraudulentos anhelos de hacer pasar por riesgo lo que ha es siniestro.

Exclusiones

Son riesgos que no asume la aseguradora y se expresan claramente como exclusiones de cobertura. Para otros autores son acuerdos entre las partes contratantes por medio de los que establecen que un determinado riesgo no tendrá amparo o cobertura²⁰⁰. Las razones por las que se excluyen son disímiles: porque la empresa no ha tenido experiencia previa y no puede tarificar adecuada y suficientemente, porque asumir ese riesgo es tan costoso que no

¹⁹⁸ LÓPEZ, F. (1999). *Contrato de seguro...*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁹ BETÉS DE TORO, A. (2012). *La futura tarifa unisex...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁰ LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). *Guía práctica de seguros*. Caracas. Legislación..., *op. cit.*, p. 23.

es una opción ofrecer cobertura al respecto. Existe una lista de exclusiones generales en el contrato de seguro de salud: tratamientos estéticos (salvo que sean necesarios a propósito de un accidente sufrido por el asegurado); hospitalizaciones para reposo, aislamiento o cuarentena; epidemias declaradas oficialmente; enfermedades, lesiones, afecciones, dolencias conocidas o diagnosticadas de manera previa a la suscripción del contrato de seguro, esto es, enfermedades preexistentes²⁰¹.

Las exclusiones se justifican en el proceso de selección del riesgo, y en la observación que los estudios actuariales ha hecho de los riesgos, su comportamiento y concreción como siniestros. Los riesgos malos, severos y/o azarosos resultan muy poco atractivos, y se pueden excluir perfectamente de la cobertura contratada. Resulta que la rentabilidad de la asegurada oscila entre amparos y exclusiones. Unos son los contrapesos de las otras.

Conclusión

Como se dejó sentado en este Capítulo, la actividad aseguradora es tan técnica “que se basa en el cálculo de probabilidades, en prever la siniestralidad, y de calcular a priori la prima respecto del riesgo asumido”²⁰². Por tanto, si en vez de ceder riesgos, se ceden siniestros (enfermedades y discapacidades preexistentes), por medio del contrato de seguros, éste se vacía de contenido, se desconoce su naturaleza jurídica, se *le da la espalda* su función socio-jurídica-económica, amén de que se echan por tierra los postulados actuariales de valoración y cuantificación de un riesgo y su aseguramiento, porque ya no se trata, se reitera, de un riesgo, sino de un siniestro.

²⁰¹ HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...*, op. cit. p. 51.

²⁰² HERRERA, F. (2010). *Selección del riesgo...*, op. cit. p. 60.

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS Y SU INCIDENCIA EN LA ESENCIA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y DEL CONTRATO DE SEGURO

El Estado -a pesar de ser el garante de la confianza del público en el sector asegurador tanto en Colombia, como en Venezuela- ha irrumpido en el contrato de seguro, en especial, en los de salud y vida. Tal irrupción, por no llamarla intromisión, ha invocado marcos y derechos constitucionalmente consagrados. Esa intrusión se ha concretado, en algunos casos, por medio de decisiones judiciales, y, en otros, mediante preceptos legales.

Aproximaciones investigativas precedentes

Resulta que esa presencia estatal acentuada ha sido analizada por algunos doctrinarios, -entre los que se pueden contar-, que se relacionan de seguidas.

Santoro Trujillo²⁰³, precisa las razones que justifican los controles, supervisión y vigilancia estatal sobre la actividad de seguros. También explica, cuál es el rol del ente regulador y los distintos sistemas de control estatal en el contexto económico y jurídico colombiano. Santoro Trujillo²⁰⁴ no hizo alusión al método de investigación que aplicó para llegar a su conclusión: el sector asegurador concentra los ahorros de una inmensa masa de particulares y tiene la obligación de honrar su obligación condicional de indemnizar. El esfuerzo investigativo de Santoro Trujillo concierne a este Capítulo porque se pretende

²⁰³ SANTORO, C. (1994). Justificación de la supervisión del Estado sobre la actividad aseguradora. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero*. (pp. 105-136). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.

²⁰⁴ *Ibidem*.

justificar el control, conveniente por demás, del Estado sobre la actividad aseguradora, puesto que, hay de por medio, dinero del público, de los administrados.

Zarante Bahamón²⁰⁵, expuso *in extenso* lo que ella cataloga de tendencia: la constitucionalización del Derecho de seguros y la protección especial que la Corte Constitucional de Colombia le ha profesado a ciertos individuos, denominados por la Corte referida como sujetos de protección especial constitucional. Se entiende por tales sujetos, a los asegurados o beneficiarios de contratos de seguro de vida, que, sin tener posibilidad contractual de ser amparados por muerte, incapacidad total o incapacidad permanente, solicitan, vía tutela, a la Corte que, en nombre de preceptos constitucionales, les sea pagada la suma asegurada.

La autora explica que la Corte ha argüido principios excelsos la solidaridad, porque se trata del resguardo de derechos constitucionalmente consagrados como: vida, mínimo vital, vivienda y seguridad social. Los argumentos de la Corte han servido de plataforma para que se les ordene a las aseguradoras - contra la letra contractual- a pagar las sumas aseguradas, a pesar de que según el criterio de la aseguradora se ha incurrido en reticencia respecto de enfermedades preexistentes.

La autora no hizo mención del método de investigación que utilizó. Y concluyó, que las sentencias de la Corte Constitucional, que fueron analizadas, generan inseguridad jurídica del y en el contrato de seguros, porque en nombre de la defensa de derechos fundamentales se dejan de lado la buena fe, la autonomía de la voluntad, el equilibrio contractual, el concepto del riesgo y la

²⁰⁵ ZARANTE, G. (2016). "Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguros análisis jurisprudencial - Corte Constitucional de Colombia". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 45, pp. 169-204.

obligación condicional del asegurador. La investigación de Zarante Bahamón irradia a la presente, porque coinciden -ambas- en la alarma que causa que desde los estrados judiciales se permee al contrato de seguro y se le *quiebre el brazo* a los estudios actuariales que sostienen la actividad aseguradora.

De la misma manera, Isaza Ramírez²⁰⁶, relató tres globalizaciones del pensamiento jurídico, que han tenido resonancia en el Derecho privado y por ende en el Derecho de seguros, en especial al contrato de seguros. Isaza Ramírez, empezó por describir la primera globalización como la propulsora de la autonomía de la voluntad y del libre mercado. Avanzó, y narró la segunda globalización que empieza a dar protagonismo a los intereses sociales y al intervencionismo estatal, *mix*²⁰⁷ que dio paso a un mercado asegurador regulado. Por último, refiere a la tercera globalización en la que preponderan las decisiones tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional. Preponderancia que gestó la constitucionalización que le ha dado un nuevo cariz al contrato de seguros, al interés asegurable y a las obligaciones de las partes.

Isaza Ramírez, concluyó que en Colombia el Derecho de seguros y el contrato de seguro ha sido constitucionalizado, porque -desde los argumentos de proporcionalidad e igualdad y en defensa de derechos fundamentales involucrados en algunos contratos de seguro- la Corte Constitucional y la Corte Suprema Justicia han reevaluado los cimientos del contrato de seguros, del Derecho de seguros y del Derecho privado. El documento aquí reseñado, interesa al presente en la medida en que exalta la injerencia que el Poder Judicial ha tenido sobre una actividad, en principio privada, como la aseguradora.

²⁰⁶ ISAZA, E. (2016). "La constitucionalización del Derecho de seguros en Colombia. Evidencia de la transformación del Derecho privado". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 5-3, pp. 76-113.

²⁰⁷ *Mix* = mezcla

Control estatal sobre la actividad aseguradora: justificación ancestral

La actividad aseguradora se refiere a toda relación o transacción concerniente al contrato de seguros y de reaseguros, dentro de los parámetros fijados por la ley especial respectiva²⁰⁸. También hay que considerar en esa actividad: la intermediación, el peritaje de riesgos y siniestros, el avalúo de riesgos y siniestros, ajustes de pérdidas, la medicina prepagada, financiamiento de primas, entre otros aspectos y actividades²⁰⁹.

Hay que reconocer que las implicaciones financieras de la actividad aseguradora han acercado la brecha que existía, otrora, entre la dimensión pública y la privada. En tanto, hay dinero del público involucrado, el Estado debe intervenir y supervisar la actividad y su giro. Tal intervención, se materializa ya en la complementación o limitación de la iniciativa de empresa, pública o privada, amén de la imposición de condiciones mínimas para desarrollar la actividad. Condiciones que pasan por medidas patrimoniales cuya teleología es la preservación de la confianza de la colectividad en el sector asegurador²¹⁰.

En un principio, el control del Estado en materia de seguros se limitaba al simple control del contrato de seguros, con el paso del tiempo, resultó natural empezar a vigilar a la aseguradora y, luego se extendió al mercado de seguros, como sector, porque constituye el contexto en el que operan las aseguradoras,

²⁰⁸ ÁVILA, L. (2013). *La actividad aseguradora venezolana*. Universidad Católica Andrés Bello, p. 78.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 78.

²¹⁰ VENEGAS, A. (2000b). "Perspectivas de la protección del asegurado". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 2, Nº 2, pp. 120-132.

donde se suscriben y deben cumplirse los contratos²¹¹.

Al control que ejerce el Estado sobre la actividad aseguradora y todas sus aristas, también se le conoce como supervigilancia, intervención y fiscalización²¹². Tal control, encuentra justificación en el deber que tiene la Administración de garantizar la fe pública, en el sector asegurador. El caso es, que, con la suscripción de cada contrato de seguro, el asegurado cede el riesgo que en sí mismo corre. Del mismo modo que la aseguradora asume los riesgos que le son cedidos, por medio del contrato de seguros, recibe la contraprestación por ello. Contraprestación que resulta ser el precio del seguro, la prima.

Si se suman todas las primas que recauda el sector asegurador en Colombia y en Venezuela, resultan sumas cuantiosas en cada caso. Tales sumas son confiadas por los usuarios al sector asegurador. En tanto, los usuarios consignan sumas monetariamente establecidas, también consignan en el sector una dimensión intangible, metajurídica: la confianza. Tal confianza, se materializa en el profundo anhelo de contar con el pago de la indemnización o suma asegurada - según sea la índole del contrato- cuando el riesgo, de manera eventual, se concrete en siniestro. Entonces ese anhelo es la confianza que los asegurados depositan en el sector asegurador.

Es necesario advertir que la confianza de los usuarios en el sector asegurador orbita más, en la situación futura de la aseguradora que en la concomitante con la suscripción del contrato, esto es, importa más sus operaciones y solvencia a largo plazo²¹³. Ese porvenir de la aseguradora depende de su solvencia financiera, técnica, legal y comercial. Por tanto, el Estado ejerce

²¹¹DE ANGULO, L. (1999). "Incidencia del Derecho público de los seguros privados sobre el Derecho privado de dichos seguros", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Nº 13, pp. 7-40.

²¹² SANTORO, C. (1994). Justificación de la..., *op. cit.*, p. 106.

²¹³*Ibidem*, p. 112.

control cercano y sin tregua sobre las empresas de seguro, con énfasis en su solvencia financiera para lograr que tengan capacidad permanente para honrar sus obligaciones. Solo así, se puede dar protección efectiva a los intereses y anhelos de quienes cedieron riesgos, propios o ajenos²¹⁴.

Hay quienes aseveran que el sostén del control estatal sobre el sector asegurador es el poder de policía que ostenta y ejerce el gobierno para conjurar posibles soluciones de continuidad en la “normalidad institucional”²¹⁵ de su Estado. Desde esa supremacía se gestan las relaciones de fiscalización que protagonizan el Estado y las aseguradoras²¹⁶.

Otra de las razones que justifican la fiscalización estatal a la actividad aseguradora es el desequilibrio técnico y económico de las partes del contrato de seguros. El desequilibrio referido deriva en la debilidad jurídica de los usuarios del sector. Debilidad que se origina en el poderío económico de las compañías aseguradoras y que pudiera hacer inclinar el fiel de la balanza para beneficiarlas contractualmente, en perjuicio de los usuarios del sector. Porque hay que recordar que los contratos de seguros son redactados, previa y masivamente, por la parte dominante de la relación jurídica: la aseguradora.

Tal realidad, puede derivar en la merma sensible de la libertad del tomador y asegurado, así como de su capacidad y libertad de negociación de las cláusulas²¹⁷. Se debe exaltar que el primordial sujeto de la relación contractual

²¹⁴ ÁLVAREZ, F., MOTTA, A. y PINILLOS, L. (1994). Régimen general de inversiones del asegurador. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero*. (pp. 277-385). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, p. 461.

²¹⁵ OSPINA, M. y OBANDO, M. (s/f). *La intervención estatal en el sector financiero*. Tesis de grado. Legis. Bogotá. Colombia, p. 128 (*Apud*. Santoro, C), (1994).

²¹⁶ SANTORO, C. (1994). Justificación de la..., *op. cit.*, p. 106.

²¹⁷ CALVO, S. y GAITÁN, G. (1994). De la libertad de competencia y libertad de contratación. En Álvarez, F. y Betancourt, A. (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en*

no es la aseguradora²¹⁸, sino que son los débiles jurídicos: tomador, beneficiario y/o asegurado; por tanto, sus derechos deben ser defendidos, muy a pesar de la supremacía de la aseguradora. Ante esa disimilitud de roles y estatus económicos, el Estado se muestra como garante de un equilibrio que no es connatural al contrato de seguros. Todo lo expuesto, deriva en un gran desafío en el marco de la actividad aseguradora: lograr un equilibrio contractual, en el que convergen los anhelos del tomador (que en sí mismos son causa y objeto del contrato) y la necesidad imperiosa de conjurar los fraudes, porque aniquila la solidez económica del sector asegurador²¹⁹.

Si las anteriores razones resultaren insuficientes, se puede sumar el hecho de que del buen o mal desempeño del sector asegurador se puede beneficiar o perjudicar el sector económico de una Nación. Porque la actividad aseguradora implica: ...“un movimiento económico que involucra e impacta el sistema social, y financiero nacional”²²⁰, puesto que hace parte de la actividad económica y comercial de los Estados²²¹. Para explicar mejor esa posibilidad hay que advertir que los recursos recaudados por las aseguradoras por concepto de primas -que, como ya se dijo, no son pocos- se invierten, voluntaria o forzosamente, en el mercado de valores²²².

Esas inversiones implican, entonces, una triada de intereses: 1) El de los

el ámbito técnico, jurídico y financiero. (pp. 277-294). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.

²¹⁸SOARES, M. (1994). “El nuevo orden del seguro en la América Latina: su liberación”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Nº 5, pp. 35-42.

²¹⁹VENEGAS, A. (2000). “Perspectivas de la protección del asegurado”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 2, Nº 2, p. 121.

²²⁰PÉREZ, J. (2011). Prólogo. En MARTÍNEZ, L. (2011). *LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA*. (pp. 17-19) Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.

²²¹ALBARRÁN, I. (2000). La actividad aseguradora: importancia, revisión e integración de conceptos fundamentales. Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, número 22. Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/6723/>

²²²SANTORO, C. (1994). Justificación de la..., *op. cit.*, p. 108.

asegurados que anhelan un *espaldarazo* económico cuando el riesgo se convierta en siniestro. 2) El de las aseguradoras mismas que desean alcanzar y mantener la solvencia para honrar sus obligaciones, amén de garantizar los dividendos a sus accionistas; y 3) el del mercado de valores, que espera que las empresas oferentes estén *sanas*, porque esa *salud* financiera alimenta a su vez la del mercado de capitales.

Para ilustrar el control estatal sobre la solvencia de las aseguradoras, se puede reseñar el riguroso protocolo de inversiones que deben seguir las empresas por orden directa del ente rector -Superintendencia Financiera de Colombia y Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en el caso de Venezuela- con el dinero que deben resguardar a título de reservas técnicas, matemáticas y de patrimonio. Para hacer todo más llano, hay que explicar que las reservas se hacen con el dinero que capta la aseguradora, por concepto de primas. Ese dinero es tan abundante y masivo que es necesario para la *salud* financiera de la compañía que lo invierta debidamente en otras actividades, ya del sector financiero, ya del sector real²²³.

Entonces, si las aseguradoras están solventes, se garantizará la confianza del público, porque los interesados en el pago de la indemnización o suma asegurada estarán ciertos de sus anhelos; las aseguradoras tendrán certeza de que contarán con los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones contractualmente establecidas; y el mercado de valores contará con márgenes de tranquilidad elevados, porque hay un Estado policía que vela por la solvencia de las aseguradoras, que se consideran inversionistas

²²³ ÁLVAREZ, F., MOTTA, A. y PINILLOS, L. (1994). Régimen general de inversiones del asegurador. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero*(pp. 277-385). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, p. 462.

institucionales²²⁴.

A las aseguradoras se les considera inversionistas institucionales, porque son corporaciones que tienen por objeto social actividades distintas a las inversiones de recursos en el mercado de valores, pero que, por tener colosales recursos producto de su objeto social, deben, por imperio de la ley, invertir en el mercado de capitales. Por tanto, es al Estado al que le corresponde diseñar e implantar las políticas que garanticen la solvencia financiera de las aseguradoras²²⁵, porque así se avalan a su vez los derechos de los tomadores, asegurados²²⁶ y beneficiarios.

Otro fundamento del control estatal sobre la actividad aseguradora, es la necesidad de que el Estado conjure prácticas indebidas y desleales de las aseguradoras dominantes. Es decir, que utilicen su poderío económico para ofrecer primas por debajo de los costos, para así forzar la salida del mercado asegurador de las empresas más frágiles²²⁷.

También, es conveniente evidenciar, que los usuarios del sector no se encuentran en capacidad de investigar, examinar y emitir juicios de valor sobre la situación financiera y giro de las empresas de seguro. Tales funciones le corresponden entonces al Estado y para propender al adecuado y sano desarrollo del sector de la economía que representan los seguros privados es imprescindible la regulación y disciplina²²⁸ de las aseguradoras. Porque los seguros y el Derecho de seguros son muy próximos a la economía²²⁹, como

²²⁴ SANTORO, C. (1994). Justificación de la..., *op. cit.*, p. 108.

²²⁵ SANTORO, C. (1994). Justificación de la..., *op. cit.*, p. 107.

²²⁶ *Ibidem*, p. 109.

²²⁷ SOARES, M. (1994). "El nuevo orden...", *op. cit.*, p. 37.

²²⁸ DE ANGULO, L. (1999). "Incidencia del Derecho...", *op. cit.*, p. 40.

²²⁹ VENEGAS, A. (2000). "Perspectivas de la protección del asegurado". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 2, Nº 2, p. 131.

ya se dijo.

Pero es necesario distinguir entre el control estatal -que está más que justificado-, y las intromisiones, imposiciones y presiones indebidas del Estado por medio de sus distintos órganos, incluso los judiciales. Cuando se verifican esas intromisiones, imposiciones y presiones indebidas se está generando el germen de distorsiones del contrato de seguro, la actividad aseguradora y su función socio-jurídica. Incluso, hay quienes se refieren a una “tiranía constitucional”²³⁰ porque en nombre del deber de proteger a los débiles jurídicos del contrato de seguros y sus derechos fundamentales, se vulneran baluartes del Derecho como: ...“la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la igualdad ante la ley, la no retroactividad de las normas, la protección a las libertades individuales y económicas, la autonomía de la voluntad, la autonomía contractual”²³¹.

Constitucionalización del Derecho privado y Neoconstitucionalismo

La actividad aseguradora privada le compete, en principio y casi de manera monopólica del Derecho privado²³². Sin embargo, el Derecho constitucional y sus implicaciones actúan de manera transversal tanto en esta rama del Derecho como en el resto. El Capítulo que se desarrolla en este apartado trata, de manera tangencial del Derecho de seguros irradiado por el Derecho

²³⁰ MANRIQUE, D. (2016). “La sobreconstitucionalización del Derecho de seguros: el compañero permanente o cónyuge (sic) del mismo sexo como beneficiario a título legal en el seguro de vida. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Nº 25, pp. 91-139.

²³¹ *Ibidem...*, p. 96.

²³² CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia T-430/15. Acción de tutela instaurada por Rodrigo Alonso Quintero Aguirre contra Allianz Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Fecha de la consulta 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-430-15.htm>

constitucional. La explicación de ello se encuentra en que la Constitución es no solo la norma jurídica fundamental, sino la que sirve de fundamento a todo el ordenamiento jurídico de una nación.

Hoy día la constitucionalización del Derecho privado es innegable. Y se entiende como ...“el proceso en virtud del cual las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y sobre las normas que las definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance”²³³. Visto de otra manera, se trata de la protección de derechos mercantiles por medio de la aplicación de algunos principios constitucionales²³⁴.

Incluso se habla del neoconstitucionalismo, que en su dimensión teórica pretende describir los logros de la constitucionalización, entendida ésta como un proceso que ha implicado la modificación de los grandes sistemas jurídicos de la era contemporánea. Y, en ese contexto del neoconstitucionalismo, se reconoce la presencia de una constitución invasora²³⁵.

Es conveniente explicar que la constitucionalización del Derecho está vigente tanto en Colombia como en Venezuela, porque así se deriva de sus constituciones. La supremacía constitucional pasó de ser una declaración y anhelo a una realidad concreta, porque hoy se reconoce su fuerza normativa como una verdadera y completa norma jurídica, amén de que cuenta con su propia jurisdicción, lo que es más patente en Colombia con la Corte

²³³CALDERÓN, J. (2007). “Constitucionalización del Derecho comercial”. *Vniversitas*, Nº 113, pp. 113-137.

²³⁴LANDA, C. (2015). “Constitucionalización del Derecho mercantil”. *THĒMIS-Revista de Derecho*, Nº 67, pp. 191-204.

²³⁵COMANDUCCI, P. (2002). “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, Nº 16, pp. 89-112. Fecha de la consulta: 27 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182002000100089&script=sci_arttext

Constitucional, y hay ahora una postura nueva de cara a la interpretación constitucional²³⁶.

En Colombia la Corte Constitucional es el órgano de cierre en relación con la materia constitucional; esto es, se convierte en la garante de la constitucionalidad de la vida institucional colombiana; eso incluye las decisiones incluso de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. A tal punto que la Corte constitucional ha superado el criterio de centralidad de la ley a uno de centralidad y protagonismo constitucional²³⁷.

Es comprensible que cuando está de por medio el derecho a la salud -cuya relación íntima con el derecho a la vida es innegable- que se invoque el Sistema Interamericano de Derechos Humanos²³⁸. Ya esa sola premisa, torna de otros *colores* jurídicos la discusión, y el prisma inicial que solo dejaba ver en blanco y negro: contrato de seguros, Derecho de seguros, Derecho privado, el contrato es ley entre las partes.

Calderón distingue entre dos sistemas de constitucionalización: los predominantemente legislativos (que son su vez de naturaleza abstracta) y los predominantemente judiciales (de naturaleza concreta). Ya sea que las actividades legislativas o judiciales impongan el constitucionalismo²³⁹.

En el caso colombiano, de acuerdo con el enjundioso análisis de Calderón, la Corte Constitucional aplica un sistema judicial estricto de constitucionalización del Derecho privado; esto es, dado que es ese cuerpo colegiado el órgano de

²³⁶MANRIQUE, D. (2016). "La sobreconstitucionalización del...", *op. cit.*, p. 99.

²³⁷*Ibidem*, p. 100.

²³⁸VALBUENA, J. (2010). *Justiciabilidad del derecho a la salud en el Derecho comparado de Argentina y Colombia*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C., Colombia, p. 149.

²³⁹CALDERÓN, J. (2007). "Constitucionalización del...", *op. cit.*, p. 118.

cierre y en ejercicio de su competencia de revisión de sentencias de tutela, la Corte moviliza todo el andamiaje constitucional para resolver una disputa, que en principio, se muestra reservada exclusivamente para el Derecho privado²⁴⁰. Claro está, hay que reconocer que para que tales controversias sean conocidas por la jurisdicción constitucional han debido tener en su estructura un problema de esa misma naturaleza planteado²⁴¹, que facilite que el fuero atrayente sea el constitucional.

Uno de los argumentos de la Corte Constitucional para irrumpir en la relación contractual ha sido el hecho de que una decisión de la aseguradora en cuestión, puede poner en estado indefensión al sujeto no asegurado, en virtud del poder innegable de la compañía²⁴².

Sistema de constitucionalización del Derecho de seguros predominantemente judicial: Colombia

La constitucionalización del Derecho de privado y en especial el de seguros ha limitado sensiblemente un principio *iusprivatista*: la libertad de contratación²⁴³. Muestra de la constitucionalización referida, son las sentencias -no pocas- de la Corte Constitucional en sede de tutela, que sirven cabalmente para ilustrar el presente Capítulo, porque tratan de la orden que da la Corte en casos de enfermedad preexistente y de discapacidad en relación con el contrato de seguros.

En punto de la libertad económica, cuya naturaleza jurídica es *iusprivatista*, permite, a la aseguradora, en este caso, decidir volitivamente, que no

²⁴⁰CALDERÓN, J. (2007). "Constitucionalización del...", *op. cit.*, pp. 122 y 123.

²⁴¹*Ibidem*, p. 123.

²⁴²*Ibidem*, p. 130.

²⁴³*Ibidem*, p. 126.

voluntariosamente, suscribir o no un contrato de seguros con una persona, sobre la base de los resultados del proceso técnico de selección del riesgo, ya explicado en detalle. Empero, si desde la jurisdicción constitucional se le ordena a la aseguradora contratar en inobservancia del proceso de selección del riesgo y en sensible detrimento de la libertad económica, hay lugar a una sola conclusión: se ha constitucionalizado el Derecho de seguros.

Al respecto y en su defensa, la jurisdicción constitucional ha argumentado que la libertad de contratación, aunque constitucionalmente prevista, no es ilimitada, antes, está bordeada por varios límites, entre los que se cuenta el bien común, tal y como lo prescribe el artículo 333 de la Constitución Política, cuando señala que: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...”²⁴⁴.

En Colombia, resulta una jurisprudencia hito la Sentencia signada T-118/00²⁴⁵ proferida por la Corte Constitucional el 10 de febrero de 2000. Sentencia pronunciada para resolver la acción de tutela instaurada por Guertty Norella Ramírez Bernal contra Pana American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida.

En el marco de esa sentencia se explica que la acción de tutela en Colombia fue contemplada constitucionalmente -en el artículo 86- para, en principio, amparar, a los administrados, ante los posibles desequilibrios causados por los sujetos que ejercen autoridad pública²⁴⁶. Y de manera excepcional, a

²⁴⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 333..., *op. cit.*

²⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia T- 118-00. Acción de tutela instaurada por Guertty Norella Ramírez Bernal contra Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Fecha de la consulta: 11 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-118-00.htm>

²⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia T- 118-00..., *op. cit.*

propósito de la Sentencia T- 251 de 1993²⁴⁷ la acción de tutela se puede interponer en contra de particulares²⁴⁸.

La acción de tutela procede, excepcionalmente, como ya se dijo, en contra de particulares, en casos que ha especificado la Corte Constitucional, en reiteración del numeral 9 del artículo 42 del Decreto Constitucional número 2591 de 1991, por el que se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política²⁴⁹: cuando el afectado se encuentra en estado de indefensión, al ser asegurado, frente a entidades particulares del sector asegurador²⁵⁰.

Sin embargo, hay que advertir que se descarta el supuesto que contempla la procedencia de la acción constitucional de tutela contra particulares, cuando éstos prestan un servicio público. Y se descarta en este contexto, porque la actividad aseguradora si bien es cierto es de interés público, no es un servicio público, porque no se trata de una actividad que deba prestarse de manera regular, permanente y continua, amén de que si no presta no se genera una afectación colectiva²⁵¹; antes bien, se ampara, en el caso del contrato de seguro, un derecho privado, individualmente considerado, que asiste de manera exclusiva al afectado que interpuso la tutela.

²⁴⁷CORTE CONSTITUCIONAL (1993). Sentencia T-251/93. Acción de tutela interpuesta por el Personero municipal de Neiva, Orlando Pastrana, contra la Empresa de Productos Químicos del Huila S.A, "PROQUIMHUL". Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-251-93.htm>

²⁴⁸CARRERA, L. (2011). "La acción de tutela en Colombia", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 27, pp. 72-94.

²⁴⁹PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1991). Decreto 2591 de 1991(noviembre 19)por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo (sic) 86 de la Constitución Política. Fecha de la consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>

²⁵⁰CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-463/17. Acción de tutela instaurada por José contra el Banco Citibank Colombia S.A. y Allianz Seguros de Vida S.A. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Fecha de la consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-463-17.htm>

²⁵¹*Ibidem*, op. cit.

Es conveniente ahondar más en las consecuencias que trae consigo que la actividad aseguradora sea de interés público. En primer lugar, hay que establecer que el artículo 335 de la Constitución Política, señala que:

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 crédito²⁵²

Por tener esa naturaleza de interés público, se debe reconocer que con la consensualidad, la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de contratación y la discrecionalidad propia de la actividad privada comercial, debe, inexorablemente coexistir con principios constitucionales de los que se deriva la necesaria protección de los derechos fundamentales de los débiles jurídicos²⁵³. Esa coexistencia necesaria, se evidencia en la regulación estatal que es más intensa en esta actividad que en otras. Intensidad que llega al punto de que las partes deben ceñirse a los requerimientos y exigencias adicionales que impone el legislador a la actividad referida²⁵⁴.

Como resultado, lo que se muestra inicialmente de exclusivo interés y Derecho privado, pasa por el tamiz constitucional por: a) El interés público que reviste la actividad. b) Los fines que persigue la actividad aseguradora como actividad económica. c) La protección que debe prodigársele a los débiles jurídicos de

²⁵²ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 335. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-12/capitulo-1/articulo-335>

²⁵³CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09. Acción de tutela instaurada por Reinaldo de Jesús Palacio Otálvaro contra la compañía Generali Colombia – Seguros Generales S.A. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-490-09.htm>

²⁵⁴*Ibidem*, op. cit.

la relación contractual²⁵⁵; y esa *convocatoria* constitucional se hace imperativa si están de por medio derechos fundamentales de los débiles jurídicos. Es así, como a la jurisdicción constitucional le resulta natural limitar la libertad de contratación²⁵⁶. Incluso, si eso significa ordenar prestaciones al margen de la letra contractual, porque ya lo ha establecido la Corte, en este tipo de casos, no se trata del cumplimiento de la letra contractual, o del mero pago de una suma de dinero, sino de la protección de los derechos fundamentales²⁵⁷.

De la misma manera, es necesario explicar el porqué la jurisprudencia colombiana ha establecido que la actividad aseguradora es de interés público. La Sentencia T-057 de 1995²⁵⁸, explica que la actividad aseguradora le incumbe al interés público, porque es necesario que al débil jurídico de la relación contractual le sea honrada la prestación prometida, claro está, una vez que estén cumplidos los extremos legales y contractuales para ello. Además, con la suscripción de cada contrato surge la fe pública, porque el colectivo que cede los riesgos a la aseguradora, confía en que la indemnización pactada contractualmente, les será pagada si los presupuestos contractuales para ello se cumplen²⁵⁹.

La ya referida Sentencia T-118/00²⁶⁰, explica aún más en qué consiste la situación de indefensión del afectado: las aseguradoras ostentan una posición de ventaja sobre el afectado-asegurado/tomador. Ventaja que viene marcada

²⁵⁵CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

²⁵⁶CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

²⁵⁷*Ibidem.*

²⁵⁸CORTE CONSTITUCIONAL (1995). Sentencia T-057/95. Acción de tutela interpuesta por Orlando Yidi Dacarett, contra la providencia del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y tres proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm>

²⁵⁹MADRIÑAN, R., MALLARINO, J., MIRANDA, V. y OCHOA, F. (1998). "Aspectos constitucionales del Derecho de seguros". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 12, pp. 259-306, p. 269.

²⁶⁰CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia T- 118-00..., *op. cit.*

por los disímiles estatus económicos entre las partes del contrato de seguro: aseguradora Vs. tomador/asegurado. Además, la Corte Constitucional, ya había establecido desde su Sentencia T-058 de 2016²⁶¹ que las empresas de seguros imponen, desde su poderío, y en nombre de la adhesión que caracteriza el contrato de seguros, una serie de condiciones que terminan por mermar de manera sensible los derechos del débil jurídico.

La indefensión del débil jurídico en la relación contractual aseguradora radica en su imposibilidad de defenderse de manera efectiva y conjurar las imposiciones de la aseguradora; esto es, se trata de una situación fáctica, derivada del dominio de la aseguradora²⁶². En la medida en que tales imposiciones excedan una llana lesión económica y afecten uno o varios derechos fundamentales del débil -como por ejemplo el derecho a salud y bienestar de vida²⁶³- cabrá y muy seguramente procederá la acción de tutela contra particulares²⁶⁴, a pesar de no estar diseñada para dilucidar controversias derivadas de los contratos²⁶⁵.

La Corte Constitucional ha precisado también, que la relación jurídica derivada del contrato de seguros es meramente privada, pero, si de esa relación se derivan vulneraciones a los derechos fundamentales del débil jurídico, cabe el amparo constitucional²⁶⁶. Ello es así, porque el juez de tutela, puede echar mano de recursos y principios constitucionales, que no contractuales, para

²⁶¹CORTE CONSTITUCIONAL (2016). Sentencia T-058/16. Acción de tutela instaurada por la señora Jacqueline Hernández Herrera contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-058-16.htm>

²⁶²CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

²⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia T-430/15. ..., *op. cit.*

²⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia T- 118-00..., *op. cit.*

²⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia T-398/14. Acción de tutela instaurada por Edith Olivera Martínez en contra del Banco BBVA y la compañía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-398-14.htm>

²⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

proteger los derechos del afectado²⁶⁷.

Son todas esas razones las que justifican que la llamada jurisdicción constitucional, conozca y dirima contenciones que, en principio, parecieran ser competencia del Derecho privado y su jurisdicción. Además, la procedencia de la acción de tutela contra particulares, atiende al imperativo de “prevenir que las supremacías privadas no se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas”²⁶⁸. Y ¿Qué mejor argumento, *a priori*, para ordenar en nombre de la Constitución y vía tutela honrar el derecho a la salud en el marco de un contrato de seguro de salud? La labor de la Corte Constitucional en Colombia ha sido ejemplar para la región, pues desde allí, se ha escrito una historia de doctrina y práctica judicial que entroniza los... “derechos constitucionales con efectos directos y subjetivos”²⁶⁹.

La Corte Constitucional, también, ha perfilado una categoría de individuos denominados sujetos de especial protección constitucional, y se trata de personas naturales, que por sus condiciones físicas o psicológicas necesitan que se adopten medidas y se desplieguen acciones positivas en su favor, porque solo así podrán gozar efectivamente de sus derechos. Todo en virtud, del artículo 13 del texto constitucional colombiano²⁷⁰.

Una de esas acciones positivas en favor de los sujetos de especial protección

²⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL (2013). Sentencia 136/2013. Acción de tutela instaurada por Juan José Rincón Torres, mediante apoderado judicial, contra el Banco Caja Social y Liberty Seguros S.A. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-136-13.htm>

²⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-009/92; T-013/92; T-015/92; T-412/92; T-418/92; T-450/92; T-488/92; T-492/92; T-493/92; T-547/92; T-593/92; T-604/92; T-605/92; T-609/92; T-110/93; T-130/93; T-161/93; T-179/93; T-251/93; T-303/93; T-304/93; T-365/93; T-507/93; T-003/94; T-028/94; T-082/94; T-126A/94; C-134/94; T-162/94; T-296/94; T-534/94; T-003/95; T-024/95; T-139/95; T-226/95; T-261/95; S.V. T-333/95; T-172/97; T-202/97; T-433/98; T-277/99; T-418/99; T-524/00; T-745/02; T-482/04 citadas por CARRERA, L. (2011). “La acción de..., *op. cit.*, p. 93.

²⁶⁹ CARRERA, L. (2011). “La acción de..., *op. cit.*, p. 94.

²⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-463/17. Acción..., *op. cit.*

constitucional, es la descrita y ordenada en las Sentencias T-651 de 2009²⁷¹ y T-398 de 2014²⁷², en los casos de las: 1) Personas de la tercera edad; 2) Personas con discapacidad; 3) Mujeres cabeza de familia; 4) Niñas y niños, así como 4) Personas que como accionantes estén en circunstancias de debilidad manifiesta. Para todos los casos donde los afectados sean personas de las enumeradas, se considerará por principio que, los recursos ordinarios de defensa no son idóneos. Es decir, no se exigirá, como requisito para interponer la acción de tutela que el afectado haya agotado, previamente, los recursos ordinarios para la defensa y protección de sus derechos e intereses²⁷³. Por tanto, el análisis de procedibilidad en punto del agotamiento de los recursos es menos riguroso. En otras palabras, se puede dar vía libre al afectado para que interponga la acción de tutela, sin importar si agotó o no previamente los recursos ordinarios dispuestos para su defensa y si la legitimación por pasiva recae en una aseguradora.

De la misma manera, es conveniente aclarar que, las consideraciones especiales como la descrita en el párrafo anterior, con las personas enumeradas, permiten fragmentar la desigualdad material que los aqueja, pues solo así, podrán ejercer plenamente todos sus derechos²⁷⁴. Entonces, esas acciones positivas o consideraciones especiales conforman la “especial protección que se debe a las personas en condiciones de desigualdad, discapacidad o vulnerabilidad”²⁷⁵.

En la Sentencia T-430/15 la Corte Constitucional describe como problema

²⁷¹CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-651/09. Acción de tutela instaurada por María del Carmen Herrera Carvajal contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019.

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-651-09.htm>

²⁷² CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia T-398/14..., *op. cit.*

²⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia T-430/15... *op. cit.*

²⁷⁴CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

²⁷⁵*Ibidem, op. cit.*

jurídico constitucional si la aseguradora vulneró el derecho a la salud del afectado al no autorizarle la intervención quirúrgica, aduciendo que se trataba de una enfermedad preexistente, muy a pesar de que se trataba de la ejecución de un contrato de salud. El caso es que el afectado solicitó la autorización para ser operado con el respaldo económico de la aseguradora. Su solicitud fue rechazada aduciendo que la dolencia que ameritaba la intervención existía 18 meses antes de suscrito el contrato de seguros. La aseguradora alegó tal circunstancia basada en la historia médica del asegurado.

Ante ese argumento, la Corte recuerda la doctrina que de manera reiterada se ha establecido, desde esa instancia: las preexistencias deben ser establecidas expresa e inequívocamente por la aseguradora antes de la suscripción del contrato y no se pueden derivar del alegato de cláusulas genéricamente establecidas, en las proformas de los contratos. Y luego de recordar que, jurisprudencialmente, se ha reiterado que la carga de la prueba de la reticencia y de la preexistencia recae en cabeza de la aseguradora, le ordenó que dispusiera todo lo necesario para realizar al afectado-asegurado -en el plazo perentorio de cinco días hábiles- la cirugía requerida, sobre la base del derecho fundamental a la salud.

En el caso reseñado, se evidencia que la Corte cambió el rumbo, radicalmente, de lo que hubiese podido ser un rechazo de la petición del afectado. Porque las enfermedades preexistentes están excluidas del amparo de cualquier contrato de seguro de salud, en el entendido de que sobre ellas no hay un mínimo de incertidumbre sobre si van o no a ocurrir durante la vida contractual. Porque son en sí mismas siniestros y no riesgos. Muy por el contrario, y sobre la base de la defensa del derecho fundamental a la salud, la Corte irrumpe en la relación contractual aseguradora, privada por naturaleza, para revestir de una protección especial al débil jurídico, enervando así uno de los pilares más

ancestrales y dogmáticos del seguro de salud: la exclusión por enfermedades preexistentes.

De igual modo, la Corte en la Sentencia T-152/06²⁷⁶ explica que el contrato de seguro de salud se proyecta sobre el derecho fundamental a la salud, y tiene la potencialidad de afectarlo. Por eso, cuando se genera una controversia en las partes a propósito de su ejecución, el juez constitucional debe adelantar una interpretación de la letra contractual sobre las premisas: a) Se debe proteger al débil jurídico. b) Se trata de un contrato de adhesión. c) Se debe aplicar el principio *pro consumatore*; y d) se debe procurar hacer una interpretación dúctil²⁷⁷ del contenido contractual, esto es, interpretar ...“las cláusulas del contrato dentro de la amplitud que a favor del usuario es posible predicar en razón de tratarse de un contrato de adhesión”²⁷⁸. Todo sumado, permite proteger y garantizar los derechos fundamentales del afectado.

Del mismo modo, y en la misma Sentencia T-152/06, la Corte Constitucional es tajante cuando advierte que -tratándose de contratos de seguro de salud- no se puede incluir una preexistencia que no había sido enunciada específicamente en el texto del contrato, en el momento de la suscripción. Por tanto, reitera lo que ya había fijado en la Sentencia T-059/97²⁷⁹: querer

²⁷⁶CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia T-152/06. Acción de tutela instaurada por Andrés Múnera Vélez contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-152-06.htm>

²⁷⁷CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-591/17. Acción de tutela instaurada por Eliana Rocha González y otros, Edward Hernando Lancho Velásquez, Andrés Felipe Cifuentes Echeverri y Ernesto Sánchez contra Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda, Seguros Generales Suramericana S.A. (Sura), BBVA Seguros y Equidad Seguros O.C. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-591-17.htm#_ftn60

²⁷⁸CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia T-152/06..., *op. cit.*

²⁷⁹CORTE CONSTITUCIONAL (1997). Sentencia T-059/97. Acción de tutela instaurada por Manuel Alfonso Márquez Reales contra la Entidad Promotora de Salud CAFESALUD. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-059-97.htm>

relevase de su obligación de indemnizar sobre el argumento de que algún informe médico posterior a la suscripción, afirme que la enfermedad que aqueja al asegurado se estuvo gestando antes de la firma del contrato, no es posible. Y es, precisamente, en este argumento, en el cual la Corte irrumpe en la relación contractual constitucionalizándola, al inclinar el fiel de la balanza, en pro del débil y sus derechos fundamentales.

En el caso de la Sentencia T-152/06²⁸⁰ el caso que se dilucida trata de un contrato de seguros médicos, y la disputa se genera ante la negativa de la aseguradora de respaldar económicamente al asegurado ante una cirugía necesaria por alegar que el proceso patológico ya se estaba gestando antes de la suscripción del contrato, esto es, aduciendo preexistencia. Si bien en cierto, explica la Corte, que la aseguradora no puede impedir que el asegurado se someta a la cirugía, también es cierto, que, si no acompaña económicamente al asegurado en esa empresa, tal vez desista de someterse a ese tratamiento médico. Por tanto, la aseguradora con su negativa está afectando el derecho a la salud del asegurado.

En punto de la preexistencia, la Corte reitera lo sostenido en pronunciamientos anteriores: no puede la aseguradora evadir su obligación económica de indemnizar, sobre una cláusula genérica de preexistencia contemplada en las condiciones generales del contrato²⁸¹. Por el contrario, ha debido establecer con claridad la enumeración, previamente comprobada, de cuáles son las enfermedades que por preexistentes no estarían amparadas. Como no lo preestableció contractualmente, ahora no va a poder alegar esos vacíos del contrato -redactado por ella misma, sobre la base de su posición dominante- para beneficiarse de ellos²⁸². En consecuencia, ordenó a la aseguradora,

²⁸⁰CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia T-152/06..., *op. cit.*

²⁸¹*Ibidem.*

²⁸²CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia T-152/06..., *op. cit.*

reembolsar, hasta el límite pactado contractualmente, al asegurado los gastos en los que incurra por la cirugía a la que debía someterse, sin oportunidad alguna de alegar preexistencia.

En el caso de la Sentencia T-463/17²⁸³, se trata de un individuo que padece el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) y aunque el amparo constitucional no fue otorgado, bien vale resaltar algunas premisas que dejan *abonado* el terreno para comprender las razones que la Corte aduce para *entrometerse*, o mejor dicho: constitucionalizar, las relaciones jurídicas derivadas del contrato de seguro. Por ejemplo, las personas que sufren de la patología reseñada han sido consideradas por la Corte como sujetos de especial protección constitucional, porque el VIH es una enfermedad grave, ruinosa y catastrófica²⁸⁴. Esto es, porque su deterioro es vertiginoso -y porque es deber del Estado y de las autoridades resguardar su dignidad- se debe considerar que los medios ordinarios de defensa son inidóneos, además de inconveniente por su dilación consustancial. Por tanto, poco importa si los agotaron o no. Antes bien, las reglas de procedencia de la tutela se hacen flexibles y el juez de tutela debe verificar que por su condición el afectado no puede acudir a las vías ni ejercer los recursos ordinarios de defensa²⁸⁵.

En la Sentencia T-1165/01²⁸⁶, la Corte Constitucional denomina arbitrariedad, en ejercicio de un abuso de poder, lo que en la actividad aseguradora es la consecuencia natural del proceso de selección del riesgo, de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación: no suscribir un contrato de seguro de vida con una persona que padece VIH para el momento de solicitud del

²⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-463/17..., *op. cit.*

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia T-398/14..., *op. cit.*

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia T-1165/01. Acción de tutela instaurada por xxxx y xxxx contra la Aseguradora Solidaria de Colombia. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1165-01.htm>

contrato, Solo ese término y concepción muestran la *invasión* de la doctrina constitucional y el desconocimiento de los criterios técnicos de la actividad aseguradora, porque la selección del riesgo se enmarca en la tecnicidad necesaria de cara a la suscripción o no del contrato de seguros y no en la arbitrariedad acusada.

Pero, para la jurisdicción constitucional resulta necesario limitar, por ejemplo, la autonomía de la voluntad de las partes, porque la actividad aseguradora está enmarcada en un Estado Social de Derecho, amén de que es imperativo proteger los derechos fundamentales de los débiles jurídicos de la relación contractual aseguradora²⁸⁷.

A pesar de que ya se trató en detalle el proceso de selección del riesgo, es conveniente evidenciar el anhelo de las partes, que aún no ostentan esa cualidad durante las tratativas: lograr las “mejores condiciones de asegurabilidad, que sean favorables tanto para el cliente que quiere transferir el riesgo, como para la aseguradora que lo quiere asumir”²⁸⁸; cabe agregar que el resultado del proceso de selección del riesgo puede ser el rechazo de la solicitud y el descarte de la suscripción; ello, simplemente, porque el riesgo que se pretende ceder no resultaría financieramente satisfactorio para la aseguradora. Y esa simplicidad del argumento no le resta solidez técnica ni fundamento legal.

Sistema de constitucionalización del Derecho de seguros predominantemente legislativo: Venezuela

En Venezuela, la labor judicial, a propósito del contrato de seguros y las

²⁸⁷CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09..., *op. cit.*

²⁸⁸ ÁVILA. L. (2013). *La actividad aseguradora...*, *op. cit.*, p. 28.

relaciones jurídicas que de él se derivan, ha sido menos intensa que en Colombia, por no decir que muy escasa. Puede deberse a su baja o mínima litigiosidad; y seguramente, es por eso que la constitucionalización se ha abierto paso con el uso, como *caballo de Troya*, de las leyes que regulan la actividad. Leyes que delatan el acentuado ánimo protector del legislador a los débiles jurídicos de la relación contractual aseguradora.

Sin embargo, hay que evidenciar una realidad normativa muy peculiar. Resulta que en Venezuela están vigentes, entre otros, dos cuerpos normativos que regulan la actividad aseguradora, y la relación contractual aseguradora: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la actividad aseguradora²⁸⁹ y la Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora, respectivamente.

Lo resaltable de la Ley de la actividad aseguradora, para el interés investigativo actual, es el hecho de que fue promulgada en el marco de la Ley habilitante que le fuera otorgada al Presidente de la República. Lo que significó que se promulgó sin haberse agotado el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes que contempla la Constitución. En consecuencia, el sector asegurador no fue consultado ni oído antes de redactar el texto legal. Omisión grave y desafortunada, porque terminó por legislarse de espaldas al sector. Amén de que el ánimo protector está muy acentuado, en perjuicio del sector asegurador. Que si bien, no es el débil jurídico de la relación contractual, sí es un protagonista, que resulta perjudicado, hasta el punto de que se ha desincentivado la iniciativa privada en la materia.

Ahora bien, en relación con las enfermedades preexistentes, el numeral 23 del

²⁸⁹PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (s/f). Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial N° 40.819 de 30 de diciembre de 2015. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: http://www.sudeaseg.gob.ve/?post_type=document&p=802

artículo 40 de la referida Ley, prohíbe expresamente a las aseguradoras “Alegar las enfermedades preexistentes o adquiridas, defectos o malformaciones congénitas, como causal de rechazo de siniestros de hospitalización, cirugía y maternidad”²⁹⁰.

Por si esa norma jurídica no resultare suficientemente desconocedora del andamiaje técnico que *sostiene* a la actividad aseguradora, el numeral 2 del artículo 129 prevé que los tomadores, asegurados o beneficiarios de los seguros, tienen derecho a acceder al sistema asegurador sin discriminación alguna. Analizadas ambas normas se nota la intención deliberada del legislador de endilgar al sector asegurador la obligación de garantizar el derecho a la salud de toda la ciudadanía. Cuando ya se estableció, que tal obligación yace en cabeza del Estado, que no del sector asegurador privado.

Es comprensible, que en tanto y en cuanto los sistemas de salud, estatales y gratuitos, se presentan frágiles y precarios, el seguro de salud, también llamado seguro de enfermedad, se muestra cada vez más atractivo²⁹¹. Pero el contrato de seguros está diseñado para que la aseguradora pague la indemnización cuando le corresponda; esto es, si el riesgo amparado se concreta en siniestro; además, si no existe alguna causa que, justificadamente, la exonere de esa obligación contractual²⁹². Y está muy lejos de haber sido diseñado para actuar como la red de seguridad de todos los ciudadanos, cuando el Estado es inepto para garantizarles su derecho a la salud, en virtud de la precariedad del sistema de salud estatal.

Por otro lado, y de manera muy lamentable, hay que comentar las Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora. Resulta que en las

²⁹⁰PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Decreto con Rango..., *op. cit.*

²⁹¹SOARES, M. (1994). “El nuevo orden..., *op. cit.*, p. 35.

²⁹² ÁVILA, L. (2013). *La actividad aseguradora venezolana*. Universidad Católica Andrés Bello, p. 54.

consideraciones iniciales que sirven de preámbulo a las Normas señaladas se explica que es el Superintendente de la Actividad Aseguradora es el que dictara esta regulación, con lo cual resultaron de rango sublegal. Con los inconvenientes y precariedades que tal jerarquía normativa trae consigo, pues la actividad de seguros tiene tal resonancia económica, jurídica y social que resulta inverosímil que le hayan prodigado tan poco *calibre* normativo.

Aun cuando el Superintendente emite las Normas nombradas, en ejercicio de facultades que le otorga el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, resulta que el artículo 116 de las Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora, consagra, que, salvo pacto en contrario entre las partes, el contrato de seguro no ampara las enfermedades preexistentes.

Luego, si la norma jurídica jerárquicamente superior prohíbe que las aseguradoras aleguen las enfermedades preexistentes para rechazar las reclamaciones de indemnizaciones, poco importa lo que prevea una norma jurídica inferior. Entonces, en Venezuela, el legislador desconoce de un solo *plumazo* el concepto del riesgo y el hecho irrefutable de que el contrato de seguros nació para amparar riesgos y no siniestros.

Esa imposición legal, desconoce, los principios técnicos y básicos, como ya se dijo pasajes atrás, del contrato de seguro. El hecho de que sea un cuerpo legal el que prevea esta prohibición permite, concluir, que es una constitucionalización legislativa, la que ha sufrido el Derecho de seguros en Venezuela.

Una conclusión de lo expuesto

La doctrina desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, aunque valedera y alentadora desde la dimensión constitucional, resulta lejana y

atentatoria de los principios técnicos del contrato de seguro. Porque si bien, es respetable y defendible el derecho a la salud de los asegurados, también lo es, que es consustancial al contrato de seguro el concepto de riesgo asegurable. Lo que *per se* significa futuro e incierto. Entonces qué de incierto tiene una enfermedad que ya padecía el asegurado para el momento de la suscripción del contrato de seguro de salud, esto es, para el momento en que se cedió los riesgos.

No hay posibilidad alguna de que el contrato de seguro de salud resulte atractivo económicamente para la aseguradora si no hay posibilidad de aplicar los estudios actuariales que persiguen predecir el comportamiento de un riesgo y sus probabilidades de ocurrencia, cuando lo que cede el asegurado es un siniestro. Es que el concepto de siniestro es incompatible, por naturaleza, con el de riesgo asegurable.

El análisis anterior cabe, *mutatis mutandis*, para el caso de la legislación venezolana, que, en aras de proteger al asegurado, termina por desconocer principios no solo técnicos, como se ha dicho en varias oportunidades, sino básicos del Derecho de seguros y del contrato que en ella se enmarca.

La constitucionalización del contrato de seguros no hace otra cosa que atacar y modificar sensiblemente sus aspectos iusprivatistas. Y aunque a primera vista desde la dimensión constitucional puede divisarse como un avance de la protección de los derechos fundamentales de los débiles jurídicos en la actividad aseguradora, pudiera ser un *presente griego* que, aunque alentador para los constitucionalistas fisura la raigambre *iusprivatista* del contrato de seguros. Tal vez una vía sin retorno.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

El riesgo, entendido como amenaza o posibilidad de que un evento cambie una realidad preexistente y, que esa modificación de la realidad derive en un detrimento económico, está presente en la cotidianidad de la actividad humana. Para y por ello, el contrato de seguro se diseñó para gestionar los riesgos. Porque por medio de ese contrato el amenazado (asegurado) cede los riesgos a los que está expuesto al mercado asegurador.

El contrato de seguro brinda al tomador, beneficiario y asegurado una tranquilidad, que, aunque metajurídica, es vital para su bienestar. Esa tranquilidad radica en la posibilidad de contar con un respaldo económico en el caso de que ese riesgo se concrete en siniestro. En el caso del contrato de seguro de salud, también llamado seguro de enfermedad, se transfiere el riesgo de que el asegurado sufra de una enfermedad y requiera de atención médica y/u hospitalaria. Esa necesidad de atención, significa un desembolso de dinero. Y es allí donde radica el interés de contratar un seguro: el interés asegurable.

En el marco del contrato de seguro, tanto en Colombia como en Venezuela, se ha previsto de manera general una cláusula de exclusión de cobertura.: las enfermedades preexistentes. Y en términos conceptuales, bajo esa denominación se ha refundido -de manera imprecisa e inconveniente- a las discapacidades previas a la vigencia del contrato. Se entiende que una enfermedad es preexistente cuando el asegurado la padece antes de la entrada en vigencia del contrato de seguro. Y se comprende que es una exclusión, porque el contrato de seguro se diseñó para transferirle riesgos al sector asegurador, y no siniestros. En el caso descrito, una cobertura para amparar el evento de enfermarse, no funciona para una enfermedad que ya

se padece. Ahora bien, las discapacidades no son enfermedades sino deficiencias que se materializan en la restricción para realizar ciertas actividades, y poco o nada tienen que ver con el estado de salud de la persona con discapacidad.

Las enfermedades y las discapacidades preexistentes son excluidas de la cobertura, porque no constituyen un riesgo, sino un siniestro. Y resulta que la actividad aseguradora y el contrato de seguro orbitan alrededor del riesgo. Si se permite que una aseguradora brinde cobertura a un hecho cierto, ya verificado, se está echando por tierra todo el entramado técnico que sostiene la actividad aseguradora, sobre todo los estudios actuariales que aplican las estadísticas para predecir el comportamiento de un riesgo, y permitir cuantificar su aseguramiento (cálculo de la prima). Amén de la selección del riesgo, que, conjugada con la libertad para contratar, se hacen presente en el contrato de seguro, en especial en la etapa precontractual.

La selección del riesgo es de los procesos técnicos previos más relevantes de la actividad aseguradora. Porque la aseguradora tiene la libertad de evaluar y dimensionar integralmente los riesgos que se le ofrecen. Los riesgos pueden ser *buenos* o *malos*, en cuanto a su frecuencia y severidad. Y a la aseguradora le asiste el derecho de recabar la información necesaria para evaluar y calificar, durante las tratativas, el riesgo que se le pretende ceder. Una vez que la aseguradora ha podido evaluar el riesgo, decidirá libremente, si acepta o no el negocio, esto es, si suscribe o no el contrato de seguro, y si lo suscribe, en qué condiciones, por ejemplo: cuantía de la prima, monto del deducible, período de carencia, entre otras.

La actividad aseguradora es controlada de manera rigurosa y sostenida por el Estado, porque -entre otras razones- se trata de una actividad financiera que recauda dinero del público, vía pago de la prima y que resulta fundamental

para la economía de un país. El Estado debe, entonces, garantizar la confianza del público en el sector. Además, las aseguradoras se consideran como inversionistas institucionales, esto es, que a pesar de que su objeto social no es la inversión de recursos en el mercado de capitales, es una obligación que inviertan en él. Tal imperativo encuentra justificación en la gruesa masa de dinero que acumulan por el pago que los tomadores hacen de las primas. Ese dinero, debe ser invertido cuidadosamente, porque de esa inversión depende la solvencia de la aseguradora. Solvencia de la que depende la capacidad de pago que tenga la aseguradora cuando el riesgo que ampara, eventualmente, se convierta en siniestro y deba, si así se estipuló contractualmente, pagar la indemnización acordada.

En la relación jurídica derivada del contrato de seguros no existe, naturalmente, una relación igualitaria entre sus protagonistas: el tomador, beneficiario, asegurado y el asegurador. Antes, los tres primeros son considerados los débiles jurídicos de esa relación contractual, tal desventaja se genera en que su *antagonista* contractual tiene un gran poderío económico y un manejo técnico de la materia aseguradora. Ante esa asimetría de estatus jurídicos el Estado debe regular la actividad aseguradora, para procurar minimizar la brecha que existe entre unos y otros.

El control estatal sobre el sector asegurador está más que justificado, por las razones expuestas. Pero en nombre de ese control, la esencia *iusprivatista* del contrato de seguros no ha sido discutida. Pero a propósito de la creación y fortalecimiento de la jurisdicción constitucional, se ha venido gestando un proceso que se conoce como constitucionalización del Derecho privado, que ha avanzado tanto, hasta alcanzar también al Derecho de seguros. Se entiende por constitucionalización el proceso consistente en que los preceptos constitucionales tienen resonancia acentuada sobre instituciones y principios propios del Derecho privado. Tal resonancia, se materializa en que, desde los estrados judiciales, como el caso de la Corte Constitucional de Colombia, se

le ordena a una aseguradora a pagar la indemnización que, en virtud de la letra contractual, no debía pagar. Tal orden, se justifica la Corte, atiene porque en esa relación contractual, aunque privada, hay involucrado un derecho fundamental, como es del derecho a la salud.

A propósito de esa constitucionalización del Derecho de seguros, en nombre de la defensa de los derechos fundamentales, el Estado -por medio del Poder judicial y la jurisdicción constitucional, en Colombia, y del Poder Ejecutivo y Legislativo en Venezuela- se *inmiscuye* en una relación meramente de Derecho privado. Tal invasión, arrolla principios de Derecho privado y de Derecho de seguros, que plantean una seria inquietud, sobre la proliferación de esas órdenes que desconocen los principios técnicos y jurídicos del Derecho de seguros y el futuro de la actividad aseguradora.

Las aseguradoras privadas, son, ante todo comerciantes. Los comerciantes tienen afán permanente de obtener ganancias a propósito del ejercicio de las actividades comerciales que despliegan. La selección del riesgo es inherente a la actividad aseguradora y esencial durante las tratativas. Y pretende resguardar la solvencia de la aseguradora y propender a sus ganancias, que, como comerciante, es natural que anhele. Por tanto, si en nombre de la constitucionalización del Derecho de seguros se desconocen principios tan básicos y tan técnicos como el de la selección del riesgo y como la libertad de contratación, terminará por desincentivarse la actividad aseguradora. Y hay que advertir, que el contrato de seguros en la sociedad promueve tranquilidad anímica y económica.

REFERENCIAS

- ADDACTIS WORLDWIDE RISK & INSURANCE SOLUTIONS (2015). Addactis pricing. Pricing-as a process. Fecha de la consulta: 19 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/305-2015-06-21-ADDACTIS-Pricing-Michael%20Noack.pdf>
- ALBARRÁN, Irene (2000). La actividad aseguradora: importancia, revisión e integración de conceptos fundamentales. Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, número 22. Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/6723/>
- ÁLVAREZ, Fabio, MOTTA, Alejandro y PINILLOS, Luisa (1994). Régimen general de inversiones del asegurador. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero*. (pp. 277-385). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- ÁLVAREZ, Julio (2006). “La dialéctica sobre la libertad económica frente a la interpretación teleológica de la libertad de trabajo”, *Telos*. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales, volumen 8, N° 3, pp. 516-528.
- ARANGO, Mónica, RESTREPO, Jairo, CASAS, L. y VELANDIA, Durfari (2002). “Estructura y conducta de la oferta del seguro de salud en Colombia”. *Lecturas de economía*, N° 45, pp. 33-68.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de 24 de marzo de 2000. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_archivos/constitucion-nacional-7.pdf
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 333. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-12/capitulo-1/articulo-333>
- ÁVALOS, Luis (2016). “El seguro de salud en España”. *Actuarios*, N° 38, pp 11-14.
- ÁVILA, Luis (2013). *La actividad aseguradora venezolana*. Universidad Católica Andrés Bello.
- BETANCOURT, Antonio, JIMÉNEZ, Ricardo, RIVEROS, María (1994). Condiciones de ejercicio. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA*

- MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA- en el ámbito técnico, jurídico y financiero* (pp. 199-213). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- BETÉS DE TORO, Alfredo (2012). La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común? *Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros*, N° 44, pp. 31-34.
- BONACIC-DORIC A., Paula (2012) *El contrato de seguros como mecanismo de previsión de riesgos*. Trabajo especial de grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, p. 18. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6552.pdf>
Fecha de la consulta: 4 de septiembre de 2018.
- BREWER-CARÍAS, Allan (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo I. El régimen histórico-constitucional del Estado*. Caracas-San Cristóbal. Editorial Jurídica Venezolana. Universidad Católica del Táchira.
- CALDERÓN, Juan (2007). "Constitucionalización del Derecho comercial". *Vniversitas*, N° 113, pp. 113-137.
- CALVO, Santiago y GAITAN, Gladys (1994). Protección jurídica de tomadores y asegurados. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA- en el ámbito técnico, jurídico y financiero* (pp. (pp. 277-385). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- CARRERA, Liliana (2011). "La acción de tutela en Colombia", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 27.
- CHANG, Kimlen y NEGRÓN, Emilio, (2011). *Seguros en Venezuela*. Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- CID, Andrés (2000). Evolución y perspectivas de la protección del asegurado en España. En Retos y Oportunidades del seguro y del reaseguro en el nuevo milenio. (2000). (pp. 79-99). Cartagena de Indias. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA).
- COMANDUCCI, Paolo (2002). "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, N° 16, pp. 89-112. Fecha de la consulta: 27 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182002000100089&script=sci_arttext
- CORTE CONSTITUCIONAL (1993). Sentencia T-251/93. Acción de tutela interpuesta por el Personero municipal de Neiva, Orlando Pastrana, contra la Empresa de Productos Químicos del Huila S.A, "PROQUIMHUL". Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha de la consulta: 3 de

- octubre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-251-93.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (1995). Sentencia T-057/95. Acción de tutela interpuesta por Orlando Yidi Dacarett, contra la providencia del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y tres proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (1997). Sentencia T-059/97. Acción de tutela instaurada por Manuel Alfonso Márquez Reales contra la Entidad Promotora de Salud CAFESALUD. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-059-97.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia T- 118-00. Acción de tutela instaurada por Guertty Norella Ramírez Bernal contra Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Fecha de la consulta: 11 de septiembre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-118-00.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia T-1165/01. Acción de tutela instaurada por xxxx y xxxx contra la Aseguradora Solidaria de Colombia. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1165-01.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia T-152/06. Acción de tutela instaurada por Andrés Múnera Vélez contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-152-06.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-490/09. Acción de tutela instaurada por Reinaldo de Jesús Palacio Otálvaro contra la compañía Generali Colombia – Seguros Generales S.A. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-490-09.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Sentencia T-651/09. Acción de tutela instaurada por María del Carmen Herrera Carvajal contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-651-09.htm>

- CORTE CONSTITUCIONAL (2013). Sentencia T-136/2013. Acción de tutela instaurada por Juan José Rincón Torres, mediante apoderado judicial, contra el Banco Caja Social y Liberty Seguros S.A. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-136-13.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia T-398/14. Acción de tutela instaurada por Edith Olivera Martínez en contra del Banco BBVA y la compañía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-398-14.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia T-430/15. Acción de tutela instaurada por Rodrigo Alonso Quintero Aguirre contra Allianz Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Fecha de la consulta 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-430-15.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2016). Sentencia T-058/16. Acción de tutela instaurada por la señora Jacqueline Hernández Herrera contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez Fecha de la consulta: 3 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-058-16.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-463/17. Acción de tutela instaurada por José contra el Banco Citibank Colombia S.A. y Allianz Seguros de Vida S.A. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Fecha de la consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-463-17.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-591/17. Acción de tutela instaurada por Eliana Rocha González y otros, Edward Hernando Lancharos Velásquez, Andrés Felipe Cifuentes Echeverri y Ernesto Sánchez contra Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda, Seguros Generales Suramericana S.A. (Sura), BBVA Seguros y Equidad Seguros O.C. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-591-17.htm#ftn60>
- CUBILLOS, Camilo. (2011). “La visión técnica del acto mercantil”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 10, N° 2.
- CUNILLÉ, Montserrat (2004). *Los riesgos operacionales en las entidades aseguradoras. Cómo gestionarlos*. Tesis del Master en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras. Universitat de Barcelona. Barcelona. España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <http://www.servidor->

gestisqs.com/ub/intranet/PDF/tesis_alumnos/MONTSEERRAT_CUNILL_S_ALGADO.pdf

DE ANGULO, Luis (1999). “Incidencia del Derecho público de los seguros privados sobre el Derecho privado de dichos seguros”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 13.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2010). Estadísticas por tema. Demografía y población. Discapacidad (s/p). Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad>

DISCAPACIDAD VENEZUELA (s/f). Fecha de la consulta: 5 de agosto de 2019. Disponible en: <https://sites.google.com/site/discapacidadvenezuela/Home/articulos/proceso-de-calificacion-y-certificacion>. Con pesar hay que reseñar, que a la fecha de la investigación, el sitio Web de CONADPIS no estaba disponible, a propósito de una reestructuración esencial del Consejo.

DOMÍNGUEZ, Pilar (2013), “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 8, pp. 421-440. Fecha de la consulta: 8 de mayo de 2019. Disponible en: [file:///C:/Users/Carmen/Downloads/Dialnet-LaContratacionDelSeguroDeAsistenciaSanitariaYLasLi-4524550%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Carmen/Downloads/Dialnet-LaContratacionDelSeguroDeAsistenciaSanitariaYLasLi-4524550%20(1).pdf)

LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). *Guía práctica de seguros*. Caracas. Legislación Económica.

EJECUTIVO NACIONAL (2016). Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la actividad aseguradora Exposición de motivos. Fecha de la consulta: 30 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.sudeaseg.gob.ve/wp-content/uploads/2016/03/Ley%20de%20Actividad%20Aseguradora%20G.O%206220%20%2015-05-2016.pdf?x41979>

FERRI, Antoni, BERMÚDEZ, Lluís y GUILLEN, Montserrat (2013). Influencia de la variable aleatoria implícita en la fórmula estándar en el cálculo del SCR del riesgo de suscripción no vida. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*. 3º época, N° 19.

FUNDACION ONCE/VÍA LIBRE (2018). “El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamientos, análisis de barreras e identificación de oportunidades” Colección Accesibilidad, pp. 1-127. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/coleccion-accesibilidad/el-sector-seguros-y-las-personas-con>

- GAÑAN E., Jaime (2012). "Del derecho a la salud en Colombia. ¿Un derecho seriamente fundamental? *Quid*, N° 19, pp. 11-24.
- GAÑAN R., Jaime (2011). "De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia", *Estudios de Derecho*, volumen 68, N° 151, pp. 187-212.
- GONZÁLEZ, Carmen (2013), "Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 8, pp. 441-452. Fecha de la consulta 25 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=i&source=images&cd=&ved=2ahUKEwiu3o-li4nlAhWSjVkJHTB7DQkQjhx6BAgBEAI&url=https%3A%2F%2Fdocplayer.es%2F23672611-Discriminacion-por-razon-de-discapacidad-en-los-seguros-privados-de-asistencia-sanitaria-1.html&psig=AOvVaw3T9q3iM_1IYYV5PXdXRiW-&ust=1570501315194647
- GUILLÉN, Montserrat (2016) Big Data en seguros. *Revista de Estadística y Sociedad*. N° 76, pp. 29-30. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <http://www.revistaindice.com/numero67/p28.pdf>
- GUISASOLA, José (2016). "El seguro de salud está de moda". *Actuarios*, N° 38, pp. 8-10.
- HERNÁNDEZ, Montserrat (2013). *Tarificación en seguros de vida con la medida de riesgo esperanza distorsionada*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/20925/>
- HERNÁNDEZ, Montserrat, LOZANO, Cristina y VILAR, José (2013). El cálculo de la prima única de riesgo mediante la medida de riesgo transformada proporcional del tanto instantáneo. *Revista Atlántica de Economía*, Vol. 1, (s/p). Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: <https://ideas.repec.org/a/eac/articl/05-12.html>
- HERRERA, Francisco (2010). *Selección del riesgo en el seguro de salud. Seguros de asistencia sanitaria*. Tesis del Master en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras. Universitat de Barcelona. Barcelona. España. Fecha de la consulta: 18 de agosto de 2019. Disponible en: http://www.servidor-gestisqs.com/ub/intranet/pdf/tesis_alumnos/Javier_Herrera.Seleccion_Salud.pdf.
- ISAZA, Esteban (2016). "La constitucionalización del Derecho de seguros en Colombia. Evidencia de la transformación del Derecho privado". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 5-3, pp. 76-113.

- KATZ, Alfred (1987). Staatsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, citado por VILLAR, L. (2007). "Estado de derecho y Estado social de derecho". *Revista Derecho del Estado*, N° 20, pp. 73-96.
- KNAUL, Felicia, ARREOLA-ORNELAS, Héctor, MÉNDEZ, Oscar y MARTÍNEZ, Alejandra (2005). "Justicia financiera y gastos catastróficos en salud: impacto del Seguro Popular de Salud en México". *Salud Pública Mex*, N° 47, pp. 54-65.
- LANDA, César (2015). "Constitucionalización del Derecho mercantil". *THÉMIS-Revista de Derecho*, N° 67, pp. 191-204.
- LEGISLACIÓN ECONÓMICA (2010). *Guía práctica de seguros*. Caracas. Legislación Económica.
- LONDOÑO, Carlos, GIRALDO G., John y TABORDA, William (2014). "Tensión entre el derecho fundamental a la salud y la libre voluntad de las partes contratantes en los planes voluntarios de salud. Caso seguros de vida Suramericana s.a. años 2011 - 2013". *Revista CES Derecho*, volumen 5, N° 2, pp. 122-138. Fecha de la consulta: 28 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192014000200002
- LÓPEZ, Fabio (1999). *Contrato de seguro*. Santafé de Bogotá. Dupre Editores.
- MADRIÑAN, Ramón., MALLARINO, José, MIRANDA, Vicente y OCHOA, Francisco (1998). "Aspectos constitucionales del Derecho de seguros". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 12, pp. 259-306.
- MANRIQUE, Diego (2016). "La sobreconstitucionalización del Derecho de seguros: el compañero permanente o cónyuge (sic) del mismo sexo como beneficiario a título legal en el seguro de vida. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 25, pp. 91-139.
- MARTÍ BERNAUS, Jordi (2017), *Dolencias preexistentes en el seguro de salud: exclusiones o extraprimas*. Tesis de Maestría de la Universidad de Barcelona, España. Fecha de la consulta: 19 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/imagen_id.cmd?idImagen=1108311
- MATABAY, César, SALAZAR, Gladys y VALDIVIEZO, Rosario (2014) *Evaluación del impacto del seguro médico privado en las condiciones de salud y bienestar del beneficiario de la compañía de seguros Pan American Life Insurance Group, ubicada en la ciudad de Quito*. Tesis de grado. Universidad Técnica Salesiana. Disponible en: http://www.rraae.org.ec/Record/0007_639564204e38a7e481090cb5935b988e/Details Fecha de la consulta: 4 de septiembre de 2018.

- McCLOSKEY, Deirdre (2018). La esencia de la libertad es la libertad económica. *The Mises Report*. [sitio web de noticias independientes], fecha de la consulta 5 de agosto de 2019. Disponible en: <https://misesreport.com/la-esencia-de-la-libertad-es-la-libertad-economica/>
- MERCANTIL SEGUROS. Póliza de Seguro de salud individual. Condiciones particulares. Cláusula 1. Interpretación de términos. SEGUROS QUALITAS. Póliza de salud individual. Condiciones particulares. Cláusula 1. Interpretación de términos.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (2019). Misión. Fecha de la consulta: 30 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>
- MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA SALUD (2019). Fecha de la consulta: 30 de mayo de 2019. Disponible en: <http://www.mpps.gob.ve/index.php/ministerio>
- MORLES, Alfredo (2000). *Curso de Derecho Mercantil. Introducción. Empresa. Empresario*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.
- NAVARRO, Efrén (2012). "Las patologías preexistentes en los contratos de seguros de salud y de medicina prepagada, frente a los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios". *Magistra*, N° 1, pp. 153-167.
- NUÑEZ DEL PRADO S., Alonso, (2018). "La declaración del riesgo en los seguros para personas: deber de información y deber de informarse". *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, N° 48, pp. 41-62.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (s/f). Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad. Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2010. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2013). Preguntas frecuentes. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142

- ORTÚN, Víctor. (2006). Comercio y salud (*Trade and health*). Gaceta Sanitaria, vol. 20, N° 3. Fecha de la consulta: 17 de junio de 2018. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112006000300001
- OTERO, José (2005). Análisis y medición del riesgo financiero en carteras de vida. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXXIV, N° 127, pp. 925-950.
- PERALTA, Ricardo, VIVES, Juan e INFANTE, José (2006). “Seguros de salud y responsabilidad civil, un desafío social”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro*, vol. 15, N° 4, pp. 41-83. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/14962>
- PÉREZ, Dulce (2015). “El consumidor como sujeto del comercio”, *Revista Auctoritas Prudentium* (Guatemala), N° 12, pp. 43-47.
- PÉREZ, José (2011). Prólogo. En MARTÍNEZ, L. (2011). *LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA*. (pp. 17-19) Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (s/f). Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial N° 40.819 de 30 de diciembre de 2015. Fecha de la consulta: 4 de octubre de 2019. Disponible en: http://www.sudeaseg.gob.ve/?post_type=document&p=802
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1991). Decreto 2591 de 1991 (noviembre 19) por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo (sic) 86 de la Constitución Política. Fecha de la consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>
- PUNTES-ROSAS, Esteban, SESMA, Sergio, GÓMEZ-DANTÉS, Octavio (2005). “Estimación de la población con seguro de salud en México mediante una encuesta nacional”. *Salud Publica Mex*, N° 47, pp. 22-26.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2019). Diccionario de la Lengua Española. Enfermedad. Fecha de la consulta: 19 de mayo de 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FHA3D3L>
- RÍOS, Vicente (2018). Evolución en la noción de riesgo asegurable y nuevos mercados: efectos y desafíos para la industria aseguradora desde una aproximación práctica. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. N° 49, pp. 133-170. Fecha de la consulta: 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/search/search>

- RODRÍGUEZ-PARDO, José (2016). La estadística y el actuario. *Revista Índice*, N° 87, pp. 31-32.
- SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (2007). Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 00035 del 17 de enero de 2007. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Pierre Tapia, Oscar, Número 1, pp. 227-232.
- SÁNCHEZ, Fernando, (2004) *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid. MacGraw Hill/Interamericana de España.
- SANTORO, Carmen (1994). Justificación de la supervisión del Estado sobre la actividad aseguradora. En Álvarez, Fabio, Betancourt, Antonio (1994) *LA MODERNIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA-en el ámbito técnico, jurídico y financiero*. (pp. 105-136). Santafé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- SOARES, Manuel (1994). “El nuevo orden del seguro en la América Latina: su liberación”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 5, pp. 35-42.
- SOLÍS, Risof, SÁNCHEZ, Sixto, CARRIÓN, Miguel, SAMATELO, Elga, RODRÍGUEZ-ZUBIATE, Rosario y RODRÍGUEZ, Margarita (2009). “Cobertura de seguros de salud en relación con el uso de servicios médicos, condiciones de vida y percepción de la salud en Lima, Perú”. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, volumen 26, N° 2, (s/p). Fecha de la consulta: 5 de octubre de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342009000200003&script=sci_arttext
- SOSA., Juan (2008). “Sobre el carácter ‘no disponible’ de los derechos fundamentales”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 9, Gaceta Jurídica, pp. 503-516.
- UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (s/f). Tema 1: Introducción a la estadística bayesiana, pp. 1 y 2. Fecha de la consulta: 25 de agosto de 2019. Disponible en: http://halweb.uc3m.es/esp/Personal/personas/jmmarin/esp/Bayes/tema1b_ayes.pdf
- VALBUENA, José (2010). *Justiciabilidad del derecho a la salud en el Derecho comparado de Argentina y Colombia*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C., Colombia.
- VÁSQUEZ, Javier(2004). “El derecho a la salud”. *Revista IIDHH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 40, pp. 265-289.
- VELÁZQUEZ, Mario (2000). “Naturaleza jurídica del seguro”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 102, pp. 153-168
- VENEGAS, Alejandro (2000a). Evolución y perspectivas de la protección del asegurado. En Retos y Oportunidades del seguro y del reaseguro en el

- nuevo milenio. (2000). (pp. 55-66). Cartagena de Indias. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA).
- VENEGAS, Alejandro (2000b). "Perspectivas de la protección del asegurado". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 2, N° 2, pp. 120-132.
- VENEGAS, Alejandro (2003) Derecho de seguros y 30 años del Código de comercio. En Baumeister, A. (coord.) (2003). *Estudios sobre Derecho de Seguros. Libro homenaje a los 40 años de la Fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA)*. (pp. 49-58), Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- ZARANTE, Gabriela (2016). "Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguros análisis jurisprudencial - Corte Constitucional de Colombia". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 45, pp. 169-204.
- ZORNOSA, Hilda (2001). "Las partes en el contrato de seguros", *Revista de Derecho Privado*. N° 7, pp. 65-86. Fecha de la consulta: 17 de junio de 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3253355>
- ZORNOSA, H. (2009). "El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Privado Externado*, N° 17, pp. 141-173.