

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO:

EL CAMINO EMPRENDIDO PARA CONSOLIDAR SU DEBIDA IDENTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*

THE UNFAIR TERMS IN THE INSURANCE CONTRACT: THE PATH UNDERTAKEN IN ORDER TO CONSOLIDATE ITS PROPER IDENTIFICATION AND INTERPRETATION IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM

NATHALIA ANDREA MONTENEGRO MOLINA**

DIEGO ALEJANDRO CORONADO SABOGAL***

Para citar este artículo/To cite this article

Montenegro Molina, Nathalia Andrea & Coronado Sabogal, Diego Alejandro, Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: El camino emprendido para consolidar su debida identificación e interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano, 50 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 241-291 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris50.cacs>

doi:10.11144/Javeriana.ris50.cacs

* Trabajo de investigación en representación de la Pontificia Universidad Javeriana, galardonado con el Primer Puesto del Concurso de Ensayo Jurídico organizado por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), presentado mediante ponencia en el marco del XXX Encuentro Nacional de ACOLESE (Barranquilla, Colombia, 2019).

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), candidata a título de Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), experta en asesoría extrajudicial de siniestros. Claims Advisor en Marsh and McLennan Companies. Contacto: Nathaliamontenegro01@gmail.com

*** Abogado de la Universidad de Los Andes (Colombia), Magíster en Derecho de Seguros de Queen Mary University of London -QMUL- (Reino Unido), candidato a los títulos de Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) y de la Universidad de Salamanca (España). Realizó los programas académicos en Litigio y Arbitraje Comercial Internacional en London School of Economics -LSE- (Reino Unido), Derecho de Seguros Aeronáuticos en la International Air Transport Association - IATA- (Holanda) y Diplôme d'Études Supérieures en Droit - DES- en la Université de Bordeaux (Francia). Miembro en Representación de los Jóvenes de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) -capítulo nacional de la Association International de Droit des Assurances (AIDA) - y Representante Joven de Colombia ante el Comité Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA). Asesor Jurídico Senior de la Gerencia Jurídica de Zurich Colombia Seguros S.A, compañía aseguradora del Zurich Insurance Group (Suiza). Contacto: da.coronado662@uniandes.edu.co



RESUMEN

Bajo la categorización del contrato de seguro como un contrato de adhesión o tipo, se ha desatado un extenso análisis jurídico alrededor del equilibrio y desequilibrio contractual, la dinámica negocial y la posición económica de cada una de las partes, pues debido a su particular naturaleza y desarrollo de comercialización masiva, han sido el contexto propicio para la inserción de las denominadas cláusulas abusivas.

Motivados por este contexto, el ensayo ausculta los elementos que influyen en la identificación y posterior declaración de una cláusula como abusiva, al igual que explora su interpretación en el contrato de seguro en Colombia. Lo anterior, bajo el entendido que la normativa vigente y, en gran parte, la jurisprudencia, han acogido una postura clásica sobre la posición dominante que ostenta el asegurador, desconociendo situaciones en donde es precisamente la parte contraria quien impone condiciones por sus características económicas.

En consecuencia, para llevar a cabo el mencionado examen propositivo, los autores realizan una breve reseña histórica sobre el surgimiento de lo que se ha considerado como cláusulas abusivas alrededor del mundo, así como la descripción del marco regulatorio vigente sobre las mismas en la República de Colombia. Posteriormente, se ocupa el texto de dilucidar la evolución de la jurisprudencia nacional hacia la construcción del concepto de cláusulas abusivas, los criterios de identificación de las mismas y su alcance en los pronunciamientos relacionados con el contrato de seguro.

Palabras clave: Cláusulas abusivas; contrato de seguro; derecho de consumo; desequilibrio contractual; posición dominante.

ABSTRACT

Under the categorization of the insurance contract as a standard form or type contract, an extensive legal analysis has been unleashed around the equilibrium and contractual imbalance, the negotiation dynamics and the economic position of each of the parties, due to its particular nature and development of mass marketing, being the context propitious for the insertion of the so-called 'unfair terms' or 'abusive clauses'.

Motivated by this setting, the essay auscultates the elements that influence the identification and subsequent declaration of a clause as abusive, it explores as well its interpretation in the insurance contract in Colombia. The foregoing, under the understanding that current legislation and, in a large extent, the judges, have accepted a classic position on the dominant position held by the insurer, ignoring situations where it is precisely the opposing party who imposes conditions by their economic characteristics.

Consequently, to carry out the above-mentioned propositive examination, the authors make a brief historical review of the emergence of what has been considered abusive clauses around the world, as well as the description of the current regulatory framework on them in the Republic of Colombia. Subsequently, the text elucidates the evolution of the national jurisprudence towards the construction of the concept of abusive clauses, the criteria for identifying them and their scope in the courts' pronouncements related to the insurance contract.

Keywords: abusive clauses; consumer law; contractual imbalance; insurance contract; dominant position.

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES – 2. LA DESIGUALDAD ECONÓMICA Y EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL - 2.1. La desigualdad económica de las partes en el derecho comparado de seguros - 2.2. El desequilibrio contractual en el contrato de seguros en Colombia – 3. RESEÑA HISTÓRICA - 3.1. Derecho Comparado: El surgimiento de la noción: 'cláusulas abusivas' y las normas de protección al consumidor en Europa - 3.2. Colombia: La adopción del concepto de 'cláusulas abusivas' y su inclusión normativa - 4. MARCO REGULATORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA - 4.1. Marco Constitucional - 4.2. Código de Comercio - 4.3. Ley 795 de 2003 - 4.4. Ley 1328 de 2009 – 4.4.1. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas - 4.4.2. Prohibición de cláusulas abusivas en contratos de adhesión - 4.4.3. Efectos de las cláusulas abusivas - 4.5. Circular Externa 039 de 2011 - 4.6. Ley 1480 de 2011 - Estatuto del Consumidor - 4.6.1. Ámbito de aplicación - 4.6.2. Carácter de las normas - 4.6.2. Interpretación favorable - 4.6.3. Definiciones en lo relativo a las cláusulas abusivas - 4.6.4. Cláusulas abusivas - 4.6.5. Efectos de las cláusulas abusivas - 5. JURISPRUDENCIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA - 5.1. La aplicación del Código Civil en la interpretación de las Cláusulas Ambiguas - 5.2. Adopción Jurisprudencial de las Cláusulas Abusivas - 5.3. El análisis de las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro antes de la Ley 1480 de 2011 - 5.4. El análisis de las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro después de la Ley 1480 de 2011 – CONCLUSIONES – BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El contrato de seguro ha sido consagrado en nuestra legislación como un contrato aleatorio, bilateral, oneroso, de ejecución sucesiva¹, destacándose por regir y fundamentar su naturaleza en el imprescindible principio de la ubérrima buena fe.²

De igual manera, la doctrina especializada en derecho de seguros a nivel nacional e internacional, se ha decantado por categorizarlo como un contrato-tipo o de adhesión, denominación contractual que resulta común en el derecho del consumo y los regímenes de protección al consumidor.³ El debate alrededor de la condición del seguro como contrato de adhesión ha tenido varios matices. Por ejemplo, en Francia, PICARD y BESSON afirmaron que, por lo general, el seguro es un contrato de adhesión, en cuanto *“el asegurado no puede sino aceptar la oferta general y rígida que le es hecha por el asegurador, el cual se contenta de adherirse al contrato preparado y redactado por el asegurador, voluntad a cuál se somete sin discutir.”*⁴

En el mismo sentido, en Colombia, el ilustre profesor J. EFRÉN OSSA afirmó que por regla general, el contrato de seguro no es un contrato de libre discusión para el asegurado. No obstante, describe el escenario en cual el contrato de seguro puede ser de adhesión para el asegurador, adhiriéndose a las condiciones impuestas por, y en beneficio del asegurado, en especial *“(…) cuando la contraparte del asegurador es una gran empresa industrial, comercial o financiera que, gracias a su prepotencia económica, a la magnitud de sus valores asegurados y de sus primas, suele exigir condiciones especiales favorables a sus intereses y, con frecuencia, presionar la adhesión del asegurado.”*⁵

1 Código de Comercio - Artículo 1036

2 En Inglaterra, Lord Mansfield concibió por primera vez el principio de la buena fe como parte de la esencia del Contrato de Seguro, específicamente, en su reconocida ponencia del caso Carter v. Boehm (1766), siendo posteriormente incluido en la legislación. (Marine Insurance Act, s.17). Lo anterior, basándose en la buena fé que debe prevalecer ante la desigualdad de información que existe entre el proponente y el suscriptor del seguro, al momento de realizar la declaración del riesgo.

3 STIGLITZ, R, Contrato de consumo y cláusulas abusivas, Revista Contexto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1999, p. 1

4 PICARD, M y BESSON, A, Les assurances terrestres en Droit Français, Le Contrat d'Assurance, Paris, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, 1975. p. 70.

5 OSSA, J. EFRÉN, Teoría General del Seguro, Bogotá D.C, Editorial TEMIS, 1984, p. 41.

Sin embargo, hay quienes sostienen que no es conveniente predicar que todos los contratos de seguro son de adhesión, a pesar de que, usualmente, ostenten dicha característica.⁶

Por ende, para llevar a cabo el mencionado examen propositivo, los autores realizan una breve reseña histórica sobre el surgimiento de lo que se ha considerado como cláusulas abusivas alrededor del mundo, así como la descripción del marco regulatorio vigente sobre las mismas en Colombia. Posteriormente, se ocupará el texto de dilucidar la evolución de la jurisprudencia hacia la construcción del concepto de cláusulas abusivas, además de los criterios de identificación y su alcance en los pronunciamientos relacionados con el contrato de seguro.

2. LA DESIGUALDAD ECONÓMICA Y EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

2.1. La desigualdad económica de las partes en el derecho comparado de seguros

Dentro del ámbito del derecho de consumo, el contrato de seguro ha sido frecuentemente utilizado como el ejemplo por excelencia, particularmente, por contar usualmente con las características de los contratos de adhesión.⁷ Desde el año 1950 en Francia, el profesor ANDRÉ BESSÓN, avizoraba que, la desigualdad económica entre el asegurado y el asegurador, permitía a éste último definir el contenido del contrato, reconociendo prematuramente que tal situación podría conllevar abusos.⁸ En consecuencia, la doctrina concibió la protección de los intereses del consumidor, en su condición de parte débil del contrato, como una necesidad.⁹ Bajo esta lógica, hacia el final de la década de los años 1980,

6 LÓPEZ BLANCO, H.F., Comentarios al Contrato de Seguro, Bogotá D.C, Editorial DUPRE, 2014, p.72.

7 STIGLITZ, R, Contrato de consumo y cláusulas abusivas, Revista Contexto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1999, p. 33

8 BESSON, A, Le Contrat d'assurance et la morale, Etudes offertes à G.Ripert, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 178

9 VILLEGAS, L, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1998, Intro: "Frente a la posibilidad persistente de abuso, en el contrato de seguro como en otros contratos de adhesión, la protección de los intereses espe-

la mayor parte de países occidentales dotaron y fortalecieron sus legislaciones contra los abusos de la parte profesional del contrato¹⁰, y desde ese entonces, en lo que respecta el derecho de seguros, las legislaciones no han cesado de evolucionar en favorecimiento de los asegurados.¹¹

2.2. El desequilibrio contractual en el contrato de seguros en Colombia

La legislación colombiana se unió a esta corriente y reconoce implícitamente una posición dominante del asegurador frente al tomador y/o asegurado, quien es entendida como la parte débil de la relación contractual.

El Código de Comercio, como norma principal en la regulación del contrato de seguro, trae consigo varias normas que, en su conjunto, crean un marco de protección en favor del asegurado. El Artículo 1162 que prohíbe la modificación de algunas normas en detrimento del tomador, asegurado o beneficiario, establece normas imperativas que representan, en algunos casos, obligaciones para el asegurador en favor del tomador, asegurado o beneficiario como: la reducción de la prima por disminución del riesgo, prohibición del asegurador de revocar unilateralmente la póliza de vida. También se consignan ciertas facultades en cabeza del tomador y/o asegurado, tales como, la designación libre de los beneficiarios, las reglas de indemnización en caso de conmorienencia, entre otras.

Al margen del artículo 1162, la codificación nacional igualmente refleja interés en desarrollar una orientación de protección al consumidor, estableciendo obligaciones a cargo del asegurador que, aunque parecen necesarias para regular la actividad aseguradora, se consagraron mayoritariamente en beneficio y protección del tomador y/o asegurado. Se destacan las obligaciones de redactar la póliza en castellano, firmar y entregar la póliza dentro de los quince (15) días posteriores a su expedición y el deber de pagar el siniestro dentro del mes siguiente a la fecha de su acreditación, so pena de reconocer intereses moratorio certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad.

cíficos de los consumidores han aparecido progresivamente como una necesidad.” (Traducción Libre).

10 HONDIUS, E, *Clauses abusives dans les contrats de consommation: vers une directive européenne*, Revue européenne de droit de la consommation, 1988, p. 185

11 VILLEGAS, L, (1998), *Op. Cit*, Intro.

Esta tendencia se ha extendido a otras piezas normativas como la Ley 45 de 1990, que en su artículo 29 ordena “*tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados*”¹² y artículos posteriores que desarrollan una serie de deberes del asegurador en favor del asegurado como la redacción de fácil comprensión para el asegurado, libertad de contratación, la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y otros deberes.

De manera reiterativa, respecto de la noción de tomador y asegurado como parte débil de la relación, el legislador a través del Decreto reglamentario 1367 de 1998, por medio del cual se autorizó la comercialización de ramos de seguros mediante el uso de la red de establecimientos de crédito, en su artículo primero, impuso a las aseguradoras un deber de sencillez en la redacción de sus pólizas, advirtiendo que su contenido debe ser de “*fácil comprensión y manejo para las personas naturales*”¹³, complementando así lo ya enunciado en el artículo 44 inciso segundo de la Ley 49 de 1990.

No sobra decir que dichas protecciones no solo se limitan a un marco legal, sino que, por el contrario, el ordenamiento jurídico dispone de todo tipo de controles administrativos, a través de su órgano vigilante, entre los cuales se establecen, por ejemplo, requisitos habilitantes de solvencia y liquidez de las compañías aseguradoras para poder operar.

Además, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su artículo 184, les exige a las aseguradoras la obtención de una autorización previa de la Superintendencia Financiera sobre los modelos de las pólizas y las tarifas, cuando se trate de la autorización inicial o la explotación de un nuevo ramo.

3. RESEÑA HISTÓRICA

3.1 Derecho Comparado: El surgimiento de la noción: ‘cláusulas abusivas’ y las normas de protección al consumidor en Europa

12 Ley 45 de 1990 - Artículo 29

13 López, Hernán F., Comentarios al contrato de seguros, Bogotá D.C.-Colombia, Dupre Editores, 2014, P. 73.

La comercialización masiva de bienes y servicios, como desafío de la Revolución Industrial, trajo consigo una disminución de costos de transacción y agilidad en la contratación. Así, algunos contratos pasaron a ser estructurados bajo clausulados predispuestos por una parte, que tan sólo permitían su aceptación en conjunto o rechazo de la celebración del contrato.

Como es natural, derivado de la posición dominante que adquirieron los empresarios de su época bajo la nueva forma de contratación, nacida de necesidades económicas, surgieron toda clase de abusos contra los compradores de los bienes y servicios, generando un quebrantamiento ostensible en el equilibrio de la relación contractual.

En la medida que los efectos de la Revolución Industrial llegaban en distintos tiempos a los ordenamientos jurídicos, emergían retos jurídicos de salvaguardar los derechos de los consumidores, que conllevó a que cada legislación empezará a desarrollar el concepto de protección al consumidor en los contratos comerciales.¹⁴

Sobre el contrato de seguro, específicamente, la primera Ley en contemplar normas en favor del asegurado fue la Ley modelo de los países nórdicos en Europa.¹⁵ En Alemania, por ejemplo, la Ley del 9 de diciembre de 1976 estableció que toda cláusula predispuesta por una de las partes, que resultara desfavorable a la otra, es nula si contraría el principio de buena fé.¹⁶ Concomitantemente, en la precitada Ley alemana surgió también la modalidad de enlistar las cláusulas que afectan, *a priori*, el equilibrio contractual, los derechos y las obligaciones entre las partes, en detrimento de la parte débil de la relación.

De tal suerte, que las cláusulas que debían ser declaradas como ‘abusivas’ hacen parte de la lista negra y aquellas que sólo serían presumidas como vulneratorias, salvo prueba en contrario, conforman la

14 Italia (Código Civil, 1942), Dinamarca (1974), Reino Unido (Unfair Contract Terms, 1977), Francia (1978) Austria (Art. 864 del Código Civil, 1979), Luxemburgo (1983).

15 Acogida por Suecia (1927), Noruega (1930) y Finlandia (1933).

16 Unfair terms in contracts concluded with consumers, Bulletin of the European Communities, Supplement 1/84, 1984, p.7 Disponible en: <http://aei.pitt.edu/5757/1/5757.pdf> (Consultado el día 6 de abril de 2019).

lista gris.¹⁷ El sistema de listas negras fue posteriormente adoptado en diferentes países europeos.¹⁸

La actividad de los jueces no fue ajena a la identificación, delimitación y declaración de las cláusulas denominadas como ‘abusivas’. En Francia, la Corte de Casación reconoció, por primera vez, la facultad de los jueces para declarar directamente una cláusula como abusiva, aún cuando no se encuentre prevista como tal en la Ley¹⁹. Posteriormente, tal función, en cabeza de los administradores de justicia, fue incorporada en la legislación.²⁰

Con el fin de armonizar las legislaciones y asegurar un nivel mínimo de protección uniforme en favor de los consumidores a lo largo del territorio de los estados europeos, la Comunidad Europea trabajó desde el año 1976 para expedir finalmente la Directiva No. 93-13 del día 5 de abril de 1993²¹, otorgando un plazo a todos los estados miembros para adaptar sus legislaciones nacionales de conformidad con la Directiva hasta el día 31 de diciembre de 1994.²² La Directiva obtuvo gran relevancia y protagonismo en la escena jurídica europea por consignar una noción de cláusula abusiva, empleando parte de la definición plasmada previamente en la legislación de Bélgica²³, describiéndola como aquella que crea “*en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes*”.²⁴ De igual manera, mediante anexo, la Directiva incluyó una lista no taxativa ni obligatoria

17 MANKO, R, Unfair contract terms in EU law, Library of the European Parliament, 2013, p. 3

18 Luxemburgo (Ley del 25 de agosto de 1983), Portugal (Decreto ley 25 de octubre de 1985) y Bélgica (Ley 14 de julio de 1991), entre otros.

19 República de Francia, Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, Mayo 14 de 1991, p. 449. citada en MESTRE, J, La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive, Revue trimestrielle de droit civil, 1991, p. 526

20 República de Francia, Ley No. 95-196: ‘Sobre las cláusulas abusivas y la presentación de contratos y que regulan diversas actividades económicas y comerciales’ del día 8 de febrero de 1995.

21 Comunidad Europea - Resolución del 16 de noviembre de 1976).

22 Algunos países cumplieron el término dado por la Directiva y otros lo hicieron con algún retraso: Grecia (16 noviembre de 1994), Suecia (1 enero de 1995), Reino Unido (1 julio de 1995), Portugal (31 agosto de 1995), entre otros.

23 Reino de Bélgica - Ley del día 14 de julio de 1993: “*Para los propósitos de esta Ley, una cláusula abusiva es cualquier cláusula o condición que, sola o en combinación con uno o más términos o condiciones, crea un desequilibrio evidente entre los derechos y obligaciones de las partes.*” (Traducción libre, subrayado fuera del texto original).

24 Comunidad Europea - Directiva No. 93-13 del día 5 de abril de 1993, Artículo 3-3.

de lo que se considera como cláusulas abusivas. El campo de aplicación de la Directiva se limita a los contratos que no fueron objeto de una negociación individual²⁵.

Los estados europeos alinearon sus legislaciones con la Directiva, reservándose la posibilidad de consagrar particularidades conforme a la libertad de configuración de su legislador local. En tal sentido, según el derecho contractual vigente de los estados miembro, la cláusula abusiva puede ser declarada nula, presumirse como no escrita o ser inoponible al consumidor.²⁶ Una prueba de las aludidas particularidades, es la acción creada por el Código del Consumo en Francia, que contempla, en favor de las asociaciones organizadas de consumidores, la posibilidad de demandar ante la jurisdicción civil con el fin de lograr ordenar la supresión de las cláusulas abusivas en todas convenciones en las que sean utilizadas.²⁷ Por último, otro aspecto digno de mención especial, es la iniciativa de algunos estados que implicó la creación de un organismo especializado, dedicado a la identificación, clasificación y erradicación de las cláusulas abusivas.²⁸

En conclusión, persiguiendo el objetivo de balancear las cargas y deberes de las partes, así como de nivelar el ejercicio de sus derechos y la exigibilidad de sus obligaciones en el marco funcional de la relación contractual, el proteccionismo permeó las legislaciones continentales contemporáneas en favor y defensa del consumidor, incluido el asegurado.

3.2. Colombia: La adopción del concepto de ‘cláusulas abusivas’ y su inclusión normativa

Desde el Código Civil, promulgado en 1873, se contempló la libertad negocial como base primordial de las relaciones contractuales del or-

25 Ibídem - Artículo 3-1

26 VILLEGAS, L (1998), Op. Cit, p. 16

27 República de Francia - Código del Consumo - Artículo 421-6

28 En Francia, la Ley No. 78-23 del 10 de enero de 1978 creó la Comisión de Cláusulas Abusivas, cuyo objetivo es recomendar la supresión o modificación de cláusulas que contengan un carácter abusivo en todos los contratos del derecho de consumo, no únicamente del contrato de seguro.

denamiento jurídico colombiano. En este sentido, las partes se encuentran cobijadas bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada, entendido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como el poder reconocido por el ordenamiento positivo para disponer, con efecto vinculante, de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respeten el orden público y las buenas costumbres.²⁹

A mediados del siglo XX, el tratadista colombiano ÁLVARO PÉREZ VIVES, ya manifestaba que nadie se atrevía a discutir que las partes no se hallaban en igualdad al momento de contratar. En su sentir, era evidente que existían “*partes económica o jurídicamente fuertes, y partes económica o jurídicamente débiles; partes que están en condiciones de imponer sus cláusulas, y partes que fatalmente deben aceptarlas; partes que se presentan al campo convencional en calidad de vencedores, y partes que llegan allí en calidad de vencidos*”.³⁰

De esta manera, progresivamente en Colombia se abandonó la concepción tradicional que cimentaba las relaciones contractuales sobre un absoluto ejercicio equilibrado y equitativo de la libertad contractual de las partes, dando cada vez mayor relevancia a los efectos jurídicos adversos que pueden brotar del ejercicio excesivo de tal libertad. En desarrollo de esta libertad, en Colombia también brotaron distintos mecanismos de contratación como el contrato de adhesión. En 1977, la Corte Suprema de Justicia reconoció el contrato de adhesión como una nueva forma de contratación, creada por la complejidad económica y la dinámica negocial del comercio moderno, donde uno de los contratantes se limita a consentir su adhesión a las condiciones impuestas por el otro³¹.

En lo referente a la industria aseguradora, esta ha adoptado sistemáticamente los mecanismos de adhesión contractual como una herramienta jurídica idónea para la masificación de los seguros, en cuanto “*contribuye a la penetración de este servicio, en el grueso de la población y*

29 MONROY, M, Introducción al Derecho, Editorial TEMIS, 2018, p. 542-549, citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1194/08, C-934/13, entre otras.

30 PÉREZ VIVES, A, Teoría General de las Obligaciones, Volumen I, Segunda Edición, Universidad Nacional de Colombia, 1957, p. 49

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Marzo 21 de 1977, M.P. José María Esguerra Samper.

que contribuye también a la consolidación de las aseguradoras.”³² Posiciones contrarias han declarado que realizar la suscripción de pólizas mediante mecanismos de masividad y adhesión contractual entraña el claro ejercicio de una posición dominante del asegurador.³³

Es bien sabido entonces que la contratación por adhesión supone teóricamente el reconocimiento de la posición dominante de una parte. Sin embargo, ésta posición fue legalmente reconocida en Colombia a través de la Ley 142 de 1994, donde se enunciaban múltiples tipos de cláusulas en las cuales, el legislador presume el abuso de la posición dominante de las empresas de servicios públicos al incluirlas en sus contratos, permitiendo desvirtuarlas mediante una prueba del equilibrio en las obligaciones especiales de las asumidas por la prestadora de los servicios públicos.³⁴ Algunos años después, con la Ley 795 de 2003, que modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF, se impuso el deber a todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (actualmente, Superintendencia Financiera de Colombia) de “*abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.*”³⁵

Sin embargo, a pesar de los avances mencionados en materia legislativa, fueron la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia los pioneros en emplear la denominación de ‘cláusula abusiva’ en el ordenamiento jurídico colombiano, asignando tal naturaleza a aquellas cláusulas cuyos efectos se derivan del *abuso del derecho* y del ejercicio de la *posición dominante* de las empresas. Estos pronunciamientos serán objeto de estudio, análisis y profundización en acápite subsiguientes del presente ensayo.

32 GALVIS S, La protección a tomadores y asegurados, Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1974-2001), Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, p. 49

33 *Ibidem.*

34 Ley 142 de 1994 - Artículo 133: “*Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: 133.1 Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa (..) La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa.*”

35 Ley 795 de 2003 - Artículo 24

4. MARCO REGULATORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

En el marco del derecho positivo, las cláusulas abusivas en Colombia cuentan con un desarrollo legislativo reciente respecto de otros ordenamientos jurídicos del derecho comparado. Es así como solo hasta el año 2011 a través de la Ley 1480, en su artículo 44, se define una cláusula abusiva, recopilando criterios que se habían decantado en normas anteriores y vía jurisprudencia.³⁶

En razón al desarrollo tardío en la regulación de las cláusulas abusivas, el marco regulatorio vigente en esta materia, debe estudiarse en conjunto con normas anteriores que construyen los pilares para el nacimiento del Régimen de Protección al Consumidor de seguros.³⁷

4.1. Marco Constitucional

En primera medida, la carta política como cúspide en la pirámide del sistema de fuentes del derecho colombiano, que consigna en su artículo 13 el derecho fundamental a la igualdad, constituye la base que obliga a proteger aquella parte débil que, tras el quebrantamiento contractual de las partes, interviene en el acto jurídico. A su vez, de manera congruente y más específica, el artículo 78 prevé la protección del consumidor respecto de la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, destacándose de éste artículo, la importancia de la calidad de los bienes y la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Asimismo, el inciso 4 del artículo 333 obliga al Estado a impedir la restricción de la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

4.2. Código de Comercio

En lo que respecta a las cláusulas abusivas, la jurisprudencia ha manifestado que, al margen del régimen de protección al consumidor existente,

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, MP: Carlos Ignacio Jaramillo J.

37 Corte Constitucional, Exp. D- 7478, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

cuando una de las partes abusa de la posición dominante, está al mismo tiempo faltando al deber de buena fe, contemplado en el artículo 871 del Código de Comercio. Es así como, en desarrollo de este deber, la Corte Constitucional exhorta a “ (...) *quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente*”³⁸.

4.3. Ley 795 de 2003

La Ley modifica el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) en diferentes aspectos, añadiendo puntualmente al artículo 98 numeral 4.1, la prohibición expresa a las entidades sometidas a control de la Superintendencia Financiera, de “(...) *convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante*”³⁹, sin precisar una definición de las mismas. Por otra parte, en materia de seguros, se rescata de esta Ley, la obligación de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de contar con un defensor del consumidor financiero, como vocero de los clientes ante la respectiva institución, el cual conoce y resuelve las quejas que se presentan ante él mismo, así como la imposición del deber de diligencia a los vigilados entidades.

4.4. Ley 1328 de 2009

La Ley trae consigo principios y normas por medio del cual se regula la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos últimos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Estas relaciones se encuentran limitadas a la definición de consumidor financiero, la cual incluye a “*todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas*”.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 2011, Exp.01489-01, MP: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

39 Ley 795 de 2003, Art. 24. Modificatoria EOSF numeral 4.1 del artículo 98.

De esta definición, si se toma a cada uno de los sujetos mencionados, representa una de las principales críticas que muchos autores han enunciado sobre este régimen, pues bajo un estricto cumplimiento de la definición, un consumidor financiero podría ser tomador, asegurado o beneficiario, sin que este último haya tenido alguna participación en la relación jurídica de los productos o servicios por los cuales se reclama una protección.⁴⁰

Por otro lado, en el régimen en general, no distingue entre tipos de consumidores financieros. En materia de seguros, ésto implica dar un trato igualitario a un consumidor que representa los intereses de una persona jurídica con un alto grado de negociación y un consumidor como persona natural que busca de manera esporádica o por virtud de la Ley proteger su patrimonio.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-909/12, al estudiar una demanda de constitucionalidad en contra de la norma referida, difiere de esta interpretación y menciona que:

“(...) el productor y el proveedor financiero, por contar habitualmente con mayores conocimientos profesionales y técnicos acerca de los productos o servicios que ofrece, se encuentra en condiciones de asimetría sobre el consumidor financiero, quien, si bien puede tener un saber específico, no por ello deja de ser consumidor financiero”

Por lo tanto, concluye la Corte que *“Bajo este esquema, opera igualmente la no distinción de la calidad en que actúa el consumidor financiero, (...) En otras palabras, las características particulares y personales de quien busca un bien o servicio de carácter financiero, no son óbice para ser considerado consumidor financiero, siempre que lo adquirido busque la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar y empresarial, no ligada intrínsecamente a su actividad económica, sin que por ello deban considerarse o añadirse otros factores.”*

En este sentido, a juicio de la Corte, la norma se declara exequible, pues la definición de consumidor financiero debe honrar lo dispuesto en

40 DÍAZ-GRANADOS, JUAN, 2012. El nuevo estatuto del consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguro. Revista Iberoamericana de Seguros, 36, Pág. 67.

la Constitución Política, la cual no contempla distinción alguna entre consumidores, sino que vela por los derechos del consumidor para atemperar la desigualdad y la asimetría surgidas de la relación de consumo.

4.4.1. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas.

A pesar de no establecer una definición propia de cláusulas abusivas, la Ley trae en su artículo 7⁴¹, vía obligación para las entidades vigiladas, los criterios bajo los cuales se entiende constituida una cláusula abusiva: 1) Afecten el equilibrio del contrato, 2) Den lugar a un abuso de posición dominante contractual.

4.4.2. Prohibición de cláusulas abusivas en contratos de adhesión

El artículo 11 de la misma Ley, prohíbe las cláusulas y estipulaciones abusivas en los contratos de adhesión, definidos estos últimos como “los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.”

La definición de contrato de adhesión, como las demás definiciones que trae la Ley, ignora eventos en los cuales el consumidor en representación propia o a través de un corredor, es quien impone las condiciones del contrato a celebrarse, lo cual en palabras de JUAN MANUEL DIAZ-GRANADOS ORTIZ, “*indudablemente es un contrato de adhesión, pero escaparía a la definición legal que hemos mencionado, que se repite, se limita a los casos en que el consumidor es el destinatario del respectivo contrato.*”⁴² Razón por la cual, es válido plantear que no puede acusarse una cláusula como abusiva en un contrato de adhesión,

41 Ley 1328, artículo 7, Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

42 DÍAZ-GRANADOS, JUAN, 2012. El nuevo estatuto del consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguro. Revista Iberoamericana de Seguros, 36, Pag. 67.

en el cual las condiciones han sido sugeridas por el tomador y no por la aseguradora.

En el mismo artículo se establece la prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, refiriéndose específicamente a cuatro (4) clases:

- Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.”

El listado finaliza dándole facultades de reglamentación a la Superintendencia Financiera de Colombia para establecer, de manera previa y general, las demás que estime conveniente, situación que en efecto se dió a través de la Circular 039 de 2011, la cual estudiaremos a continuación.

4.4.3. Efectos de las cláusulas abusivas

El artículo 11 en su acápite final, determina que se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero, aquellas cláusulas abusivas que se utilicen en un contrato.

Sobre el particular, desde un punto de vista civilista, el efecto jurídico de contrariar normas imperativas es la nulidad absoluta, según dispone el artículo 899 Inciso 1 del Código de Comercio. Sin embargo, en virtud del artículo 184 numeral 2, literal (a) del Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero (EOSF), en el contrato de seguro, se entenderán ineficaces las cláusulas que desconozcan normas del EOSF y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables. Por lo tanto, el efecto que le atañe a las cláusulas abusivas es el de la ineficacia, el cual, según el artículo 897 del Código de Comercio, opera de pleno derecho sin necesidad de obtener una declaración judicial.

4.5. Circular Externa 039 de 2011

La Superintendencia Financiera en uso de sus facultades legales, y en particular las establecidas en los literales e) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, adicionó inicialmente el numeral 10 de “Cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996).

Por una parte, la Circular se anticipa a decir que las cláusulas allí mencionadas son consideradas abusivas de acuerdo con la Ley, sin ser una lista taxativa de aplicación restrictiva: “*señalando para mayor ilustración y claridad algunos ejemplos de las mismas, razón por la cual los eventos citados son de carácter ilustrativo y no comprenden todos los casos que pueden presentarse en la dinámica contractual.*” (Subrayado fuera del texto original).

Sobre la actividad aseguradora, la Circular menciona ciertas cláusulas como abusivas:

- Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.

- Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.

Por otra parte, conminó a los defensores del consumidor financiero de cada entidad a revisar los contratos de las vigiladas y remitir a la Junta Directiva de la respectiva entidad, con copia a la Superintendencia, un informe detallado de todas las cláusulas abusivas identificadas.

Como resultado de este ejercicio, se concluyó que tan solo el juez tiene la facultad para determinar el carácter abusivo o no de las mismas y que ello dependerá de cada caso en particular.

Adicionalmente, en el año 2016, mediante las Circulares Externas 018 y 048 modificó el numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014), la Superintendencia Financiera de Colombia incorporó nuevas cláusulas que se consideran abusivas.

4.6. Ley 1480 de 2011 - Estatuto del Consumidor

4.6.1. *Ámbito de aplicación*

El Estatuto del Consumidor nació con el objetivo de proteger, promover y garantizar la efectividad, así como de crear mecanismos para el libre ejercicio de los derechos de los consumidores. Bajo estos pilares, regula los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores de todas las relaciones de consumo en la economía, excepto, aquellas relaciones que contengan un régimen especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Sobre este primer punto, recordemos que las relaciones de consumo en materia de seguros, encuentra su regulación especial en la Ley 1328 de 2009, en consecuencia, se entenderá el Estatuto del Consumidor como una norma supletiva o complementaria en lo vacíos que se encuentren en el régimen especial.

Ratifica el artículo 1 de la Ley 1328 una compatibilidad con el Estatuto del Consumidor, al establecer en su ámbito de aplicación una ventana para que otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección, puedan regular las relaciones de consumo que en esta Ley se menciona, sin que esto implique el desconocimiento de prelación en la aplicación de normas.

4.6.2 Carácter de las normas.

El artículo 4 del Estatuto, otorga el carácter de norma de orden público a las disposiciones previstas en la Ley y determina que, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, es decir, serán ineficaces.

4.6.2.1. Interpretación favorable

Para el Estatuto del Consumidor, a través del artículo 34, “*las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.*” En concepto de la Superintendencia Financiera⁴³, el artículo refiere a un principio pro consumidor, el cual debe hacerse “*extensiva a las relaciones surgidas entre entidades vigiladas por ella y los consumidores financieros porque la Ley 1328 de 2009 no regula tal aspecto en forma expresa y adicionalmente, la Corte manifestó que con ella se protege a los adherentes consumidores.*”

4.6.3. Definiciones en lo relativo a las cláusulas abusivas

Para la Ley 1480, se entiende consumidor aquel “*toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.*”⁴⁴

En materia de seguros, esta definición es de carácter supletivo, pues existe una regulación especial en la Ley 1328 de 2009, al definir consumidor financiero como todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas, sin que en ningún caso dependa de la relación de su actividad económica.

Sobre el concepto de contrato de adhesión, la Ley mantiene los criterios establecidos por el régimen especial, aludiendo a las cláusulas

43 Superintendencia Financiera, concepto 2017107871-001 del 20 de octubre de 2017

44 Ley 1480 de 2011 - Artículo 5

impuestas por el proveedor o entidad vigilada y carencia en la negociación de las mismas.

Ahora bien, dentro de las novedades de la Ley 1480 de 2011, aplicables a Cláusulas Abusivas, contiene precisamente la definición tan deseada en el artículo 42:

“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.” (Subrayado fuera del texto original)

Al respecto de esta definición, especialistas en el tema como el Director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Emilio José Archila Peñalosa, quien intervino en el trámite de la demanda de constitucionalidad de la Ley, menciona que si bien el sector financiero no tiene una definición especial de cláusula abusiva, “esto no quiere decir que no pueda acudir al resto del ordenamiento para llenar este vacío, más aún si existe una norma general en materia de consumidor con la que se puede suplir tal falencia, como es la Ley 1480 de 2011, en su artículo 42”⁴⁵

Asumir una posición contraria, sería negar el carácter supletivo que tiene el Estatuto del Consumidor respecto de lo vacíos del régimen especial, el cual se contempla expresamente armonizado en las dos (2) leyes.

4.6.4. Cláusulas abusivas

El Estatuto contiene en el artículo 43 un listado de catorce (14) tipos de cláusulas consideradas como abusivas.⁴⁶ A pesar de que éste listado

45 Corte Constitucional, 7 de noviembre de 2012, C-909/12, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

46 “ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.

de cláusulas es más amplio que el de la Ley 1328 de 2009, el artículo precitado de la Ley no otorga facultades a ninguna entidad para regular y/o ampliar ésta lista.

4.6.5. Efectos de las cláusulas abusivas

En lo que se refiere a los efectos jurídicos, al inicio y final del artículo 43, sanciona expresamente con ineficacia a las cláusulas abusivas y le da la operancia de pleno derecho. Finalmente, en aras de promulgar la existencia del contrato el Estatuto menciona que dicho efecto no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que éste pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Por lo tanto, asigna la responsabilidad a la autoridad competente de aclarar cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.>
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.’

5. JURISPRUDENCIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia de 1991 enmarca la actividad judicial, de tal manera que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”⁴⁷, estableciendo, adicionalmente, que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. En otras palabras, por regla general, las sentencias de las Altas Cortes, Tribunales y Jueces de la República son vinculantes únicamente para las partes del proceso y los administradores de justicia pueden emplear los criterios citados solamente de forma auxiliar.

Aunado a lo anterior, la Ley 169 de 1896 otorgó el carácter vinculante a las decisiones del Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, consignando que “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”⁴⁸. Al respecto, la Corte Constitucional declaró exequible la disposición, entendiendo que los demás jueces de la jurisdicción ordinaria pueden apartarse de la doctrina probable, siempre y cuando expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.⁴⁹

En consonancia, dándole a la jurisprudencia su justa dimensión en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico nacional, en el presente acápite se analizarán los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que históricamente han cimentado, dilucidado cuestiones relacionadas y contribuido en la construcción del entendimiento y la interpretación de las Cláusulas Abusivas en el país.

Inicialmente, abordaremos la interpretación de las denominadas Cláusulas Ambiguas, predecesoras de la noción de Cláusulas Abusivas,

47 Constitución Política de Colombia - Artículo 230

48 Ley 169 de 1896 - Artículo 4

49 Corte Constitucional, 09 de agosto de 2001, C-836-2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil y Corte Constitucional, 25 de mayo de 2017, SU-354/17, M.P.: Iván Humberto Escrucería Mayolo

junto con la reconocida definición de las características arquetípicas de éstas últimas, para finalmente analizar los casos concretos en los cuales se han examinado las mismas en el contrato de seguro, antes y después de la vigencia de la Ley 1480 de 2011.

5.1. La aplicación del Código Civil en la interpretación de las Cláusulas Ambiguas Argentina

En aras de limitar el desenfrenado uso del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que como se ilustró anteriormente en el texto, conlleva una situación de desigualdad entre las partes, en los años setenta, se profirieron decisiones judiciales, para evitar la superioridad manifiesta de quien predispone el texto de una cláusula cuyo contenido no es comprensible o claro, por falta de una explicación que haya debido darse, por enfatizar en la aplicación del inciso segundo del artículo 1624 del Código Civil, cuyo texto reza:

“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil

MP: Guillermo Óspina Fernández.

Fecha: 15 de diciembre de 1970.

El proceso promovido por Manuel Cifuentes y otro, en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S.A, se trataba de la reclamación a una póliza de incendio por la incineración de un almacén en la ciudad de Santiago de Cali, el fallo se pronunció sobre la necesaria aplicación de la citada disposición normativa (artículo 1624) en los contratos de adhesión, incluyendo el de seguro, esgrimiendo que su existencia en el ordenamiento jurídico tiene como fin proteger a quien se adhiere en un contrato de texto predispuesto, entre otros argumentos.

En primer lugar, es contundente al sostener que la contratación del seguro mediante un contrato de adhesión, no restringe la autonomía de la voluntad de las partes, pues no es cierto que:

“(...) el contrato de seguro, aunque se celebre por adhesión, no admita en toda su amplitud la operancia del postulado de la autonomía de la voluntad privada, tal cual eso se encuentra consagrado por la ley, entre otros, el art. 1062 del Código Civil, para todos los contratos prestipulados o no, así como tampoco es cierto que las partes, en ejercicio de dicha autonomía, no puedan insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes, desde luego con la limitación general de no contrariar el orden público y las buenas costumbres”.

Por último, afirma que la expresión de voluntad del adherente es suficiente para formar el contrato, aclarando que es la Ley, a través del mismo Código Civil, y no el juez, quien ofrece una protección ante el eventual peligro que representa para el adherente tal modo de contratación, afirmando que:

‘Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que si se justifica, atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, tan importante y frecuente en el comercio moderno, es la ley misma, y no el juez, se preocupa por evitar la inserción de cláusulas leoninas en los reglamentos de las empresas.(...) También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es lo que, entre nosotros, conduce el inciso 2do del artículo 1624 del Código Civil’. (Subrayado fuera del texto original)

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

MP: Aurelio Camacho Rueda.

Fecha: 9 de septiembre de 1977.

Algunos años después, la Corte Suprema de Justicia, en un proceso donde se llamó en garantía a la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A, en virtud de la póliza de responsabilidad civil emitida en favor de una estación de servicio con parqueadero, ésta última demandada por el dueño de un camión que fue hurtado en sus instalaciones.

La Corte como parte del ordenamiento jurídico, conforme a la doctrina y la jurisprudencia de aquella época, plantea dos posturas respecto de la interpretación de las cláusulas de los contratos de adhesión y del criterio interpretativo del inciso segundo del previamente transcrito artículo 1624 del Código Civil. El primero, de corte radical, consistente en interpretar siempre las cláusulas de los contratos de adhesión en favor del adherente.

El segundo, en emplear dicha interpretación únicamente cuando las cláusulas eran ambiguas, transcribiendo la definición de ‘ambiguo’ de la Real Academia de la Lengua.⁵⁰

Tales posturas fueron plasmadas por el Alto Tribunal, de la siguiente manera:

“Doctrinas y Jurisprudencias aceptan que las cláusulas de los contratos por adhesión, como lo es el de seguro, deben interpretarse a favor del adherente, por estar en condiciones de inferioridad al firmar el convenio; pero también las hay en el sentido contrario, admitiéndose aquella opinión solamente en los casos de interpretación de cláusulas ambiguas, en aplicación del artículo 1624 del Código Civil.”

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

MP: Humberto Murcia Ballén.

Fecha: 29 de agosto de 1980

Finalmente, en aras de zanjar la discusión y unificar la utilización idónea del criterio interpretativo del inciso segundo del artículo 1624, la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso ordinario iniciado

⁵⁰ “Es ambigua, en consecuencia, puesto que ‘puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones, por consiguiente, motivo de duda’, como lo dice la Real Academia de la Lengua”.

por Judith Pulgarín y otro en contra de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A, indica que “*El hecho de que el contrato de sea de adhesión no implica que deba interpretarse en todo caso contra la parte que ofrece los términos del contrato; ello sólo se aplica a las cláusulas ambiguas.*”⁵¹

Esta aclaración se publicó en la redacción fidedigna de la Sala, como a continuación se transcribe:

‘Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas.” (Subrayado fuera del texto original)

De tal suerte, que cuando el texto de la cláusula del contrato de seguro, siendo claro, inequívoco y de fácil entendimiento, a pesar de describir o suponer un escenario desfavorecedor para el asegurado, no es susceptible de interpretación en favor del mismo.

En este sentido, en la misma providencia, la Corte Suprema puntualiza:

‘En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por eso se toman intangibles para el Juez. Pueden aparecer ante éste exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía contractual le vedan al juzgador pretextando interpretación, desconocer sus efectos propios.” (Subrayado fuera del texto original)

51 ORDOÑEZ, A (Ed. Académico), JURISPRUDENCIA DE SEGUROS: Corte Suprema de Justicia 1971-2000, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), p. 115

5.2. Adopción Jurisprudencial de las Cláusulas Abusivas

Tras superar la controversia, fijando el concepto e interpretación de las cláusulas denominadas como ambiguas, el operador judicial local se esmeró en adoptar el concepto de Cláusulas Abusivas para beneficio de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de razonamientos y conceptos trasplantados de legislaciones y doctrinas foráneas, en principio, para cualquier tipo de contrato, que tras algunos años, aterrizó en el estudio de la eventual abusividad de las cláusulas inmersas en el contrato de seguro.

El camino recorrido para lograr la aludida adopción jurisprudencial no fue pacífico, ni mucho menos espontáneo. La jurisprudencia navegó en las precipitadas aguas de la casuística, propias de las acciones de tutela resueltas por la Corte Constitucional, que, basada en la defensa de los principios de ‘abuso del derecho’ y de la buena fe en la celebración y ejecución de contratos, aperturó el debate sobre la imprescindible intervención del Juez para restablecer el equilibrio de las partes, desmantelando los abusos contractuales mediante cláusulas establecidas por la parte económica o negocialmente fuerte.

Corte Constitucional - Sentencia SU-039 de 1998.

MP: Hernando Herrera Vergara.

Fecha: 19 de febrero de 1998.

El enfoque constitucional fue complementado por la misma que resolvió la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Victoria García de Bernal contra Salud Colmena Medicina Prepagada S.A, en virtud de los servicios médicos que le fueron negados por la existencia de exclusiones que contenían cierto tipo de preexistencias.

En este caso, tal y como se anunció, la Corte Constitucional exige la rigurosa observancia del principio de buena fe en la celebración y ejecución de los contratos⁵², basado en la ‘confianza mutua’, que implica en el sentir del Tribunal Constitucional ‘*(...) un compromiso de las partes que permite brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acorda-*

52 SUESCÚN, J, Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II, Segunda Edición, Universidad de Los Andes, LEGIS, 2005, p. 217.

das”.⁵³Según el mismo profesor CÁRDENAS MEJÍA, en el fallo se parte de “(...) *la invocación del principio de la buena fe para sostener que cuando una persona contrata partiendo de la base que se le otorgarán un conjunto de prestaciones, contraría dicho principio que a la parte del contrato contenga restricciones que limiten dicho amplio ámbito*”.⁵⁴

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Expediente No. 3972.

Fecha: 9 de octubre de 1994.

La Corte Suprema de Justicia, en su condición de genitora de la protección de la parte contractual débil ante las cláusulas con consecuencias detonadas por el abuso del derecho, es menester continuar con la sentencia precursora de la noción de las ‘Cláusulas Abusivas’ en Colombia. En ella, se dirimió una disputa suscitada entre un empresario de la construcción y una corporación de ahorro y vivienda, con motivo de un contrato de mutuo celebrado en 1982, cuyos recursos serían destinados a la construcción de un edificio, que a la postre sería objeto de venta por unidades inmobiliarias para vivienda.

Las cuotas pactadas fueron incumplidas en razón del deterioro del poder adquisitivo de la moneda nacional y el aumento voraz de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC).

A modo de preámbulo, la sentencia ha sido reseñada como aquella que “(...) *describió el mecanismo de control de las cláusulas abusivas, fundándolo, como se ha hecho en varios ordenamientos europeos, en la noción del abuso del derecho, que puede presentarse en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual o contractual, toda vez que respecto de ésta última, puede incurrir en abuso al redactar, ejecutar o liquidar un negocio jurídico*”.⁵⁵

La Sala de Casación Civil contempló que las aplicaciones prácticas del ‘abuso del derecho’ en el campo de la responsabilidad contractual,

53 Corte Constitucional, 19 de febrero de 1998, SU-039/1998, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

54 CÁRDENAS, JP, op. cit. p. 53

55 SUESCÚN, J, op. cit. p. 218

permiten “(...) *denegar protección jurídica a las pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial*”.

Esboza la Corte Suprema que, es precisamente la autonomía de la voluntad privada y la posición aventajada de un contratante en el proceso negocial previo del negocio jurídico, las que avalan la inclusión de cláusulas que agravién intereses legítimos del contratante que sólo puede optar por celebrar o dejar pasar el negocio, argumentando como sigue:

“En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización.”

Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.” (Subrayado fuera del texto original)

No escatima el profesor CÁRDENAS MEJÍA en considerar que al hacer referencia a los criterios tradicionales del abuso del derecho, la

Corte Suprema reitera que ‘ (...) cuando una parte se encuentra en una posición de dominio hay abuso cuando se aprovecha de su posición en detrimento del equilibrio económico de la contratación.’⁵⁶

Encierra su posición la Corte, haciendo énfasis en la condición de las empresas financieras que disponen de un ‘enorme poderío económico’, lo cual, en el texto proferido por los togados, consideran que: ‘ (...) les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual (...) los intereses de los clientes no pueden menospreciarse si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último (...) se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del Código de Comercio, está obligada a indemnizar (...) ’.

Tras el desarrollo jurídico realizado por la Corte, se siembra la semilla del ‘abuso del derecho’ propia del plano de la responsabilidad civil extracontractual, para trasplantarla al fértil terreno de la responsabilidad civil contractual, bajo la figura de las ‘cláusulas abusivas’ que germinan al representar las bases del régimen contemporáneo de protección al consumidor, que se positivizó junto con las cláusulas de carácter abusivo en los convenios entre particulares.

En aras de concluir, resaltamos lo expresado por el profesor JORGE SUESCÚN MELO, en cuanto confiere a la sentencia precitada una clara ‘ (...) inclinación de la Corte a defender al contratante débil, dondequiera que él se encuentre, lo que significa que el control jurisprudencial para reprimir las cláusulas abusivas se ha de llevar a cabo en todo tipo de contratos. Nótese que la providencia no limita ese control a los contratos de adhesión ni a aquellos en los que participan usuarios o consumidores.’⁵⁷

56 CÁRDENAS, JP, op. cit. p. 44-45

57 SUESCÚN, J, op. cit. p. 222

5.3. El análisis de las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro antes de la Ley 1480 de 2011

Habiendo examinado las sentencias que representaron la inmersión inicial de la jurisprudencia nacional en el estudio de las cláusulas abusivas, permeando todo tipo de contratos mercantiles, sin diferenciar especialidad o rama del derecho, industria o actividades específicas, surge en el presente ensayo el punto neurálgico que obliga a profundizar en lo concerniente a los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro, cuando en sus proveídos y su contexto legal, los jueces de la República de Colombia carecían aún del insumo de naturaleza normativa o definición legal del concepto de la estipulación abusiva.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Expediente No. 5670.

Fecha: 2 de febrero de 2001.

Se dirimió ante la Corte la demanda presentada por Inversiones Velas Ltda. en contra de la sociedad Naldecon Ltda. Dentro de sus particularidades, el litigio versaba sobre un seguro de cumplimiento que garantizó un Contrato de Suministro celebrado entre las partes. En la póliza se incluyó una cláusula que indicaba que el pago de la indemnización se haría después de la ejecutoria del fallo judicial que declarase el incumplimiento contractual, siempre y cuando, la compañía aseguradora recibiera comunicación escrita del beneficiario del seguro, en la cual exigiera el pago indemnizatorio, acompañada de una copia auténtica del respectivo fallo judicial.

La sentencia es fulminante con la cláusula que delimita la manera en la que debe ser presentada la reclamación, rechazandola sin remedio o atenuante alguno, por cuanto:

“El hecho de que el asegurador imponga al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva

legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional, abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (...), por demás viola la naturaleza “semi imperativa”, de la norma, dada la posibilidad de modificarla únicamente en favor de los prenotados sujetos, lo que de plano excluye una alteración llamada a menoscabar sus intereses.” (Subrayado fuera del texto original)

Nada justifica para la doctrina nacional, en adición a lo argüido por la Corte Suprema en su providencia, la necesidad de delimitar el contenido de las cláusulas para proporcionar ‘ventajas egoístas’ en favor de quien dispone su texto, en clara afectación del contratante individual.⁵⁸

Adicionalmente, la providencia que soporta y merece nuestra mirada exhaustiva en este momento, cuenta con un gran número de elogiosas citas, múltiples pronunciamientos y reiteraciones de las Altas Cortes y Tribunales del país, con argumentaciones basadas en lo que denominó como las ‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas’, compuestas por una atinada reducción de lo que fue tenido en cuenta en diferentes legislaciones internacionales⁵⁹, desarrolladas en tres literales, bajo el siguiente tenor:

“(...) se advierten como como características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”

Tras innovar al caracterizar por primera vez en la jurisprudencia nacional una serie de características puntuales para la identificación de las cláusulas abusivas, la sentencia sub examine esclarece el alcance de dichas estipulaciones en las condiciones generales de la póliza de segu-

58 SUESCÚN, J, op. cit. p. 228

59 En la sentencia, la Corte Suprema refiere haber tenido en cuenta las legislaciones de Italia, Francia, España, Paraguay, Argentina, Brasil, y la Directiva Europa 93 de 2013, entre otras.

ro, contemplando al mismo tiempo su extrapolación y posibles efectos en otros tipos de contratos, cuando, en términos de la Sala de Casación Civil expone que:

“Lo abusivo -o despótico- de éste tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo- se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. de Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas (...)”. (Subrayado fuera del texto original.)

En otras palabras, no cercó la aplicación de las cláusulas abusivas exclusivamente al contrato de seguro. Sin embargo, deja claro que la inserción de las mismas en las condiciones generales de la póliza, refuerzan la característica de falta de negociación individual del contenido de la cláusula, por tratarse de condiciones que son predispuestas por las compañías aseguradoras y depositadas ante la Superintendencia Financiera de Colombia, sin surtir un proceso de discusión, ajuste o modificación con el tomador y/o asegurado.

Por último, el pronunciamiento actualmente bajo nuestra lupa, realizó un aporte significativo al ordenamiento jurídico colombiano, en la consolidación positiva de las cláusulas abusivas, dando como ejemplo a seguir el sistema de ‘listas negras’. Aquel fue implementado por varios países, cuyo origen tuvo lugar en Alemania, estableciendo una metodología de taxatividad prohibitiva para la identificación, actualización y control de las clasificadas como cláusulas abusivas.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil

MP: Ruth Marina Díaz Rueda

Expediente No. 2001-01023-01

Fecha: 30 de septiembre de 2010

La Sala de Casación Civil resolvió el recurso extraordinario de casación impetrado por el señor Luis José Londoño Arango, formulando cargos en procura del amparo de la cobertura de honorarios profesionales y gastos

legales en los cuales incurrió, en virtud de una Póliza de Directores y Administradores expedida por La Previsora S.A.

En otras palabras, el casacionista pretendía el reconocimiento de la ocurrencia del siniestro, es decir, la realización del riesgo asegurado en la póliza mencionada, respecto del amparo de honorarios profesionales y gastos legales, específicamente, a partir del momento en que fue vinculado a una investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación en su contra, para lo cual debió sufragar los gastos de un profesional en derecho penal que actuara en su defensa. Lo anterior, aún cuando había obtenido fallos desfavorables, tanto en primera como en segunda instancia, fundados congruentemente en la ‘ausencia de cobertura’, bajo el texto de la misma en la póliza, que, de forma constante y congruente, tanto en el objeto del amparo como en las condiciones de reclamación, mencionaba la necesaria concertación u obtención previa del consentimiento escrito por parte de la compañía aseguradora, en aras de poder amparar los honorarios y gastos razonables incurridos. Además, en el trámite del proceso ordinario, el señor Londoño Arango reconoció no haber obtenido la mentada autorización, ni adelantar la concertación con la aseguradora sobre la contratación de su abogado.

Aunado a lo comentado, el demandante solicitó en una de sus múltiples pretensiones, la declaración de la nulidad por ser contraria al orden público del literal d) de la cláusula sexta de la póliza, cuyo contenido señalaba: “*d. Los Directores y Administradores y la Compañía no admitirán responsabilidad por (...), ni incurrirán en Costos y gastos sin el consentimiento escrito de los Aseguradores*”. (Subrayado fuera del texto original)

En sus consideraciones, la Sala de Casación Civil, para tomar la decisión de no casar la sentencia, hace alusión al artículo 1056 de codificación comercial, sobre la posibilidad que tiene el asegurador de asumir riesgos, a su arbitrio, siempre y cuando respete las restricciones legales y el orden público, reiterando uno de sus pronunciamientos, en el cual estableció la interpretación restrictiva que debe prevalecer sobre el contrato de seguro, puntualizando que:

“(...) el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los de-

rechos y las obligaciones de los contratantes. (...) Por lo anterior, ha señalado la Sala, ‘no puede el intérprete, so pena de sustituir indebidamente a los contratantes interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no han convenido, ni para excluir los realmente convenidos, ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no solo se encuentran expresamente excluidos, sino que, por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida’⁶⁰ (Subrayado fuera del texto original)

Sin embargo, tras fijar el tipo de interpretación que le asiste al negocio jurídico asegurativo, reconociendo la validez de la condición como parte de la facultad de delimitación del riesgo asegurado por parte del asegurado, aclarando que éstas no deben generar una situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de los contratantes que surgen del negocio jurídico, pues en tal caso podrían considerarse como cláusulas abusivas.

En conclusión, en juicio acertado de la Sala, los apartes señalados, referentes a la autorización previa de la aseguradora o concertación con el asegurado en la contratación del abogado, en aras de hacer operar el amparo de honorarios profesionales y gastos razonables, no comportan una violación a las normas de orden público, ni mucho menos representan una cláusula abusiva. Por el contrario, lo interpreta como una delimitación válida, contractualmente equilibrada, en la que el asegurador delimita los riesgos asegurados que, a su arbitrio, decidió asumir conforme al artículo 1056 del Código de Comercio.

5.4. El análisis de las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro después de la Ley 1480 de 2011

Conforme a lo expuesto en el acápite del Marco Regulatorio vigente, desde la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, los administradores de justicia cuentan con una definición de las Cláusulas Abusivas, caracterizando por ser aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas con-

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de agosto de 2008, exp. 1997-14171 y 19 de diciembre del mismo año, exp. 2000-00075

diciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Razón por la cual, es nuestro objetivo diferenciar entre los precedentes judiciales reseñados hasta el momento y aquellos a los que se hará referencia en adelante, pues el marco regulatorio vigente disponible para los jueces, era distinto.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil

MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Expediente No. 2002-01133-01

Fecha: 12 de febrero de 2018

En el trámite ordinario de una demanda de casación, en la cual se formulan cargos con el propósito de casar la sentencia proferida por el Tribunal, para en su lugar dictar sentencia sustitutiva que declara el incumplimiento de un contrato de responsabilidad civil bajo la modalidad por reclamación (También conocida como modalidad ‘*claims made*’). El incumplimiento fue ocasionado, a juicio de los demandantes, por el no pago por parte de las compañías aseguradoras La Previsora S.A y Colseguros S.A de los honorarios profesionales bajo la modalidad de costos de defensa, en los cuales debieron incurrir ex funcionarios de la Aeronáutica Civil para sufragar los gastos de su defensa judicial por una investigación y posterior proceso penal en su contra.

En este caso, la Sala de Casación Civil casa la sentencia al considerar que no había operado la prescripción bajo la modalidad de reclamación, otorgándole al silencio de las compañías aseguradoras frente a la reclamación formulada por los asegurados el carácter de aprobación de los gastos reclamados, tal y como fue pactado por las partes. Adicionalmente, lo que resultó crucial del pronunciamiento, es que dicha actitud silente de las aseguradoras también configuró la interrupción civil de la prescripción por reconocimiento tácito de la obligación.

Sobre el particular, la Corte concibió que:

“Así puestos esos elementos de juicio, como en el negocio bajo juicio se estipuló que la compañía de seguros debía pronunciarse en torno a la aprobación de costos, honorarios y gastos en quince días, y que su «silencio... supone aprobación de los mismos», es

menester derivar, a su turno, que se interrumpió la prescripción de la acción del contrato de seguro, porque esa aceptación sobrentendida de la prestación, conforme a lo pactado, al mismo tiempo fue un reconocimiento tácito de la obligación.”

Posteriormente, hace la Sala un análisis profundo en sus consideraciones de las características del seguro de responsabilidad civil, con las particularidades de la modalidad por reclamación, v.gr *claims made*, junto con el cómputo del término de prescripción para terminar profiriendo una sentencia sustitutiva que descartó la prosperidad de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.

Sorpresivamente, mediante un escrito de aclaración de voto, el magistrado LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA manifiesta estar integralmente de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia, salvo por el razonamiento que fue plasmado en las consideraciones sobre las cláusulas *claims made*, que él mismo denomina en español como ‘reclamo hecho’.

En su sentir, era pertinente casar la sentencia y proferir la sentencia sustitutiva respectiva, excluyendo toda referencia conceptual a las cláusulas *claims made*, considerando tales apartes ajenos a la controversia planteada, es decir, como apartes no vinculantes, ni representativos de precedente judicial (*obiter dictum*) que, en sus palabras, “*por haberse embutido en la motiva*”, manifiesta no compartir.

Prosigue a sentar su posición, señalando que las cláusulas *claims made* tiene que ver con el criterio restrictivo que adoptan en relación a los derechos de los terceros o de las víctimas, estando, según su criterio, en contra de los principios, valores y derechos constitucionales del Estado constitucional y social de derecho. Además, considera que no se puede confundir los hechos y los derechos de los terceros y de las víctimas, con las relaciones que surgen entre el asegurado y el asegurador, cuando el tercero no ha presentado la reclamación respectiva para la indemnización del seguro de responsabilidad civil.

El magistrado TOLOSA VILLABONA, califica como injusto e inequitativo gobernar bajo una disposición como es la cláusula *claims made* las

relaciones o derechos de los terceros o víctimas, resultándoles por lo tal, inoponibles. Decide insistir en su ‘aclaración de voto’, asignando el calificativo de abusivas a las cláusulas *claims made* para el consumidor financiero y demás afectados o legitimados para ser reparados, de la siguiente manera: “Las cláusulas “claims made”, del todo resultan abusivas con el consumidor de seguros, con los afectados o con los legitimados para reclamar reparaciones a las aseguradoras. Ellos no conocen el clausulado del contrato, el cual, por su naturaleza, es de adhesión para el tomador, por regla general. Ellas resultan inequitativas, irrazonables e inconstitucionales (...).” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Lo previamente citado, sin realizar referencia alguna a los múltiples pronunciamientos que sobre cláusulas abusivas ha proferido la Sala de Casación la cual pertenece, intentando aclarar que *“Realmente se trata de cláusulas nulas que afectan los derechos de los usuarios y consumidores de seguros.”* Con la osada afirmación realizada, también desconoció abiertamente la sanción de ineficacia que le fue dada tanto jurisprudencialmente, como legalmente a las cláusulas abusivas en Colombia.⁶¹ Finalmente, enumera lo que, en su entendimiento, le corresponde al asegurador responder bajo la modalidad de reclamación, realizando una confusa y desafortunada traducción fragmentada de ideas a partir de la expresión anglosajona *claims made*: *“El asegurador, 1. Responde únicamente por un **hecho (made)** ocurrido durante la vigencia de la póliza, y 2. Responde siempre que se formule el **reclamo (claim)** durante el período convenido en la misma póliza y durante su vigencia.”* (Subrayado fuera del texto original)

Es desafortunada la traducción y fragmentación conceptual realizada a partir de la misma, por cuanto la forma de cobertura *claims made* ha sido traducida por la doctrina especializada como modalidad ‘por reclamación hecha’⁶², fungiendo la expresión en inglés *made* -que traduce ‘hecho’- como adjetivo y participio pasado del verbo hacer. Distando radicalmente del texto de la ‘aclaración de voto’, en el cual se traduce *made* como sustantivo que refiere a un hecho, que traducido correctamente al inglés, le correspondería la palabra *fact*.

61 Ley 1328 de 2009 - Artículo 11: “(...) Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”

62 DIAZ-GRANADOS, JM, citando por URIBE LOZADA, N, op cit, p. 40

Siendo entonces pertinente rectificar que la modalidad *claims made* pura, lejos de corresponder a lo traducido y fragmentado previamente, conforme a lo preceptuado por el profesor JUAN MANUEL DIAZ-GRANADOS, “(...) cubre las reclamaciones presentadas durante la vigencia del seguro, siempre y cuando los hechos hubiesen ocurrido durante la vigencia de la respectiva póliza”⁶³, permitiendo igualmente que se pacte un periodo de retroactividad, dentro del cual también se admite la ocurrencia de los hechos por los cuales se formula la reclamación dentro de la vigencia de la póliza.

En conclusión, en la ‘aclaración de voto’, se calificó osadamente las cláusulas contentivas de la modalidad *claims made* en los seguros de responsabilidad como cláusulas abusivas, sin motivación o referencia especializada alguna, ni referencia a la normativa vigente sobre la materia o jurisprudencia relativa, optando por considerarlas como nulas, en lugar de aplicar la sanción contenida en la Ley, a saber, ineficacia de pleno derecho.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil

MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Expediente No. 2010-00364-01

Fecha: 12 de febrero de 2018

En un proceso ordinario, el señor Eleucadio Herrera León pretendió que se declare civil y contractualmente responsable a la compañía de seguros QBE Seguros S.A, solicitando la condena por el pago de la indemnización derivada de la Póliza de automóviles, correspondiente al valor del automotor que fue hurtado.

Dicho pago debía realizarse en favor de la sociedad Sufinanciamiento S.A, quien en su condición de acreedor prendario del crédito de vehículo con el que se adquirió el mismo, había previamente iniciado un proceso ejecutivo, en el cual, se decretó el embargo del vehículo antes de expedirse la póliza del automóvil.

Por otra parte, la compañía aseguradora objetó la reclamación, aduciendo que operó la exclusión que la exime de su responsabilidad cuando el vehículo se encuentra embargado.

63 DIAZ-GRANADOS, JM, citando por URIBE LOZADA, N, op cit, p. 40

La Sala de Casación Civil, reiterando y haciendo mención de los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados en el presente escrito, muy especialmente, de la sentencia de que determinó las denominadas características ‘arquetípicas’ de las cláusulas abusivas (Exp. 5670), procedió a analizar la validez y eventual abusividad de la cláusula de exclusión acogida por la aseguradora en su defensa y contenida en en las condiciones de la póliza, con el siguiente tenor:

“2.4. Exclusiones aplicables a todos los amparos de esta póliza. Los amparos de esta póliza no cubren la responsabilidad civil o las pérdidas o daños al vehículo causados en los siguientes casos: (...) 2.4.3. Cuando el vehículo asegurado sea usado o aprehendido por cualquier acto de autoridad, o sea secuestrado, embargado o decomisado.” (Subrayado fuera del texto original).

El razonamiento de la Corte se extiende en señalar que la reseñada cláusula de exclusión restringe los derechos del acreedor prendario, concretamente, en el ejercicio de la acción ejecutiva frente al deudor. En terminología de la Sala, ‘*(...) si el contrato asegurador excluye sus amparos cuando el automotor gravado prendariamente es embargado, incluso fungiendo como ejecutante el acreedor prendario, éste como beneficiario de la póliza quedaría disuadido para ejercer la acción ejecutiva, porque perdería una de las garantías que indirectamente amparan su deuda, ya que la póliza garantiza que, en el evento de que el automotor sea sustraído mediante un actuar ilícito como el hurto, recibirá el pago del siniestro.*’ (Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido, se refiere a la situación del deudor en el contrato de mutuo garantizado prendariamente. Dicho deudor, que actúa como tomador de la póliza de automóvil, a pesar de adquirir ésta última con el propósito de amparar el bien gravado, que garantiza a su turno el pago de la deuda adquirida, ante el embargo previo a un proceso ejecutivo por parte de su acreedor quedaría desprovisto y sin cobertura del amparo aseguratorio contratado.

Se destaca la providencia en comentario por recoger las reglas jurisprudenciales relacionadas con la materia, sino que sobresalientemente las aplica en forma de test para evaluar si la cláusula acusada es, efectivamente, abusiva:

“Por lo dicho, interpretar la referida cláusula de exclusión en la forma sugerida por la demandada la tornaría vejatoria, porque: i) fue impuesta en un contrato de adhesión (CSJ SC de 2 feb. 2001, rad. n°. 5670, entre otras); ii) genera la imposición de una carga exagerada para el tomador y asegurado e, incluso, para el acreedor prendario como beneficiario; y, iii) evidencia un desequilibrio contractual, en la medida en que varios de los fines para los cuales adquirió el seguro terminan siendo frustrados, a raíz de una cláusula de exclusión que ab initio desvirtúa ese propósito.”

Además de considerar la exclusión abusiva por cercenar la motivación para el ejercicio de la acción ejecutiva y desproveer de protección con el contrato de seguro al mueble objeto de garantía prendaria, en consonancia con la jurisprudencia citada, le aplica a la mentada cláusula la sanción de ineficacia de pleno derecho. Es razonable y adecuado que en su decisión la Sala no haga referencia a lo dispuesto por la Ley 1480 de 2011 en materia de cláusulas abusivas, pues dicha Ley no se encontraba vigente en la época de los hechos objeto del litigio.

La única crítica que debemos formular sobre el razonamiento empleado por la Sala de Casación Civil en esta providencia, es el no haber precisado ni distinguido que la cláusula de exclusión -calificada como ‘cláusula abusiva’-, se encontraba consignada en el Contrato de Seguro celebrado con QBE Seguros S.A, y los derechos, que califica como restringidos por el contenido de la misma, se derivan del Contrato de Mutuo celebrado por Sufinanciamiento S.A.

Esta duplicidad de contratos, donde uno contiene la presunta cláusula abusiva y se restringe el ejercicio de derechos (acción ejecutiva) de otro contrato, con diversidad de partes, no cumpliría el test jurisprudencial aplicado, tal cual como fue descrito en las ‘características arquetípicas’ de las cláusulas abusivas (originario de la sentencia de la Sala de Casación Civil, Exp. 5670 del día 2 de febrero de 2001, con ponencia del profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, reiterado en la sentencia del día 13 de diciembre de 2002, expediente No. 6462).

Específicamente, no cumpliría el literal c), referente a que su abusividad genere un desequilibrio de cara a los derechos y obligaciones

contraídos por las partes⁶⁴, pues como se mencionó, la Corte no distinguió los derechos derivados de cada uno de los contratos, sus partes y el hecho de que la cláusula tildada de abusiva, no coincidía con el contrato que autorizaba iniciar el proceso ejecutivo.

CONCLUSIONES

- **Es innegable la existencia de un desequilibrio contractual en el Contrato de Seguro. No obstante, el asegurador no siempre ostenta la posición dominante de la relación contractual.**

A partir de la definición del contrato de adhesión, prevista en la Ley 1328 de 2009,⁶⁵ es claro que siempre hay una parte débil y siempre hay una parte fuerte. Ahora bien, consideramos fundamental esclarecer que no siempre el asegurador es quien ostenta la posición dominante. A esta conclusión también ha llegado la doctrina especializada desde hace varios años. En este sentido, la situación en la que es el asegurador quien se adhiere a las condiciones exigidas por el tomador y/o asegurado, fue descrita por el maestro J. EFRÉN OSSA: “(...) cuando la contraparte del asegurador es una gran empresa industrial, comercial o financiera que, gracias a su prepotencia económica, a la magnitud de sus valores asegurados y de sus primas, suele exigir condiciones especiales favorables a sus intereses y, con frecuencia, presionar la adhesión del asegurador.”⁶⁶

Además, son cada vez más frecuentes los procesos de colocación de pólizas que con la intervención de un corredor o mediante unas condiciones fijadas en un pliego, el asegurado impone las condiciones que deben regir el contrato. Un fehaciente escenario de lo comentado es la fijación

64 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp No. 5670: “son características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente: (...) c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”

65 Ley 1328 de 2009 - Artículo 2, literal f): “(...) contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”

66 OSSA, J. EFRÉN, Teoría General del Seguro, Bogotá D.C, Editorial TEMIS, 1984, p. 41.

de los términos y condiciones que las aseguradoras deben ajustar para poder participar en los denominados Programas Matrices de Grandes Beneficiarios (PMGB), cuyas condiciones son exigidas en su mayoría por el asegurado, representado por su corredor.

No se deben olvidar aquellos productos de seguros que, además de ser marca registrada de ciertos corredores, contienen clausulados uniformes específicos, condicionando su colocación a la obligatoria utilización de un determinado clausulado, el cual ha sido predispuesto por los corredores en favor de sus clientes. Por lo cual, el espíritu bajo el cual fue concebido el régimen de protección al consumidor en favor de la parte débil, se desdibuja ante estos escenarios e implica abrir puertas al indebido amparo de asegurados que no acrediten las calidades necesarias para gozar de las prerrogativas dispuestas para tal parte.

Si bien el Régimen de Protección al Consumidor Financiero ignora tal diferenciación en los riesgos, no es una cuestión del todo obviada por el ordenamiento jurídico, pues desde el año 1993 la Ley consignó la distinción de grandes riesgos para establecer que es posible modificar el plazo de pago de la indemnización para los seguros de daños que tengan un valor asegurado equivalente a 15.000 SMLMV.⁶⁷ En este sentido, el legislador al reconocer una posición dominante por parte del asegurado de grandes riesgos, permite modificar en detrimento del asegurado, normas que según el artículo 1162 del Código de Comercio, solo pueden ser modificadas en sentido favorable al asegurado.

Por consiguiente, sin perjuicio de lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-909/12, respecto de las características de los consumidores financieros, nada obsta para que en un futuro se incorpore en el Régimen de Protección al Consumidor Financiera una distinción entre los riesgos comunes y grandes riesgos, para la aplicación objetiva de sus prerrogativas, conforme a la naturaleza del riesgo asegurado.

- **Las cláusulas del Contrato de Seguro que se ajusten o desarrollen reglas de carácter imperativo del Código de Comercio, no son susceptibles de ser declaradas Cláusulas Abusivas.**

67

Ley 35 de 1993 - Artículo 21

Como fue explicado en apartes anteriores del texto, es innegable la orientación proteccionista en favor de la parte débil, tutelando derechos del tomador, asegurado y beneficiario. Del artículo 1162 en el Código de Comercio, se desprende que la Ley obligatoriamente exige al asegurador cumplir una serie de disposiciones que no pueden ser modificadas so pena de ser ilegales.

Bajo este razonamiento, las cláusulas del contrato de seguro que incumplan o por el contrario esten estrictamente ajustadas a las normas que el Código de Comercio señaladas como de carácter imperativo, no son susceptibles de ser declaradas como abusivas.

Lo anterior, toda vez que si se encuentra ajustada a dicha normas, ha sido el legislador quien decidió su contenido, jerarquía normativa e interpretación, siendo esto completamente ajeno al ejercicio de una posición dominante o imposición contractual de condiciones por parte del asegurador. Por otro lado, en caso de contrariar dichas normas imperativas, el efecto que se debe predicar es su ilegalidad, descartando entonces cualquier juicio bajo la perspectiva de las cláusulas abusivas.

- **Las cláusulas contenidas en las Condiciones Generales del Contrato de Seguro no deberían, a priori, ser declaradas como Cláusulas Abusivas.**

Dado el carácter de interés público que envuelve la actividad aseguradora, según se contempla en el artículo 335 de la Constitución Política, el legislador se ha ocupado de reglamentar la actividad, exigiendo a las compañías aseguradoras una serie de requisitos habilitantes para poder operar en el mercado. Dentro de estos requisitos, se exige la autorización previa de los condicionados generales cuando se pretende la explotación de un nuevo ramo y el previo depósito obligatorio para la comercialización de nuevos productos de ramos autorizados.

Sobre el requisito habilitante, la Superintendencia Financiera como entidad inspectora, vigilante y controladora de la actividad aseguradora, está llamada a realizar un estudio previo del clausulado que se pone en su conocimiento al momento de autorizar un ramo, para determinar la eventual existencia de cláusulas abusivas. En caso de no hacerlo, la misma

entidad caería en el error de no distinguir sus funciones ante un depósito de productos y ante una autorización previa de ramo. En la primera de ellas, la Circular Básica Jurídica en el numeral 1.2.3.1, Capítulo II del Título IV de la parte II, prevé que el depósito en “*si mismo no supone un pronunciamiento de la SFC sobre la legalidad de los mismos y se lleva exclusivamente para efectos del depósito*”, contrario a lo que se espera de la facultad de autorización de clausulados generales de nuevos ramos.

Bien lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que la inserción de cláusulas en los condicionados generales, “*se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. de Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas (...)*”.⁶⁸

Por lo tanto, si el trámite ante la Superintendencia Financiera implica una revisión previa de clausulados, no deberían poder declararse como abusivas las cláusulas que se incluyan los condicionados generales.

- **No existe Doctrina Probable sobre las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro.**

De conformidad con la Jurisprudencia examinada sobre las cláusulas abusivas en el contrato de Seguro, no consideramos que existan pronunciamientos uniformes y suficientes que representen Doctrina Probable sobre el particular. Sin embargo, la jurisprudencia se ha desarrollado paulatinamente, estando marcada por la adopción del concepto de cláusulas abusivas trasplantado del Derecho Comparado. Después de la promulgación de la Ley 1480 de 2011, no han habido pronunciamientos significativos de las Altas Cortes que se basen en la definición legal de cláusulas abusivas, pues en todas las providencias proferidas hasta el momento sobre el tema, la fecha de ocurrencia de los hechos es anterior a la entrada en vigencia de la misma. Sin representar Doctrina Probable, es reiterada la referencia en la jurisprudencia de las denominadas ‘características arquetípicas’ de las cláusulas abusivas fijadas por la Corte

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp No. 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo,

Suprema de Justicia⁶⁹, sin ser acogidas como un test indispensable u obligatorio para el estudio o declaración de las mismas.

- **Declarar cláusulas abusivas mediante fallos judiciales, con efectos inter-partes, no permite extender la protección en favor de todos los consumidores financieros.**

La ineficacia como efecto jurídico que le ha dado el legislador a las cláusulas abusivas, representa para entendimiento de doctrinantes como el profesor CARLOS DARÍO BARRERA⁷⁰, una ineficacia liminar que implica la carencia de efectos de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, según se contempla en el Art 897 del Código de Comercio. En la práctica, es innegable la falta de efectividad de la norma en la protección del consumidor en general, obligando a los consumidores a acudir al juez competente para la solicitar la declaración de una cláusula como abusiva. Es mediante dicha solicitud que se logra darle efectos en contra de quien la predispuso.

No obstante, según lo contempla la Constitución política en el Artículo 230, la decisión judicial constituye un criterio auxiliar de interpretación, y en este sentido, la protección emanada del fallo judicial sólo producirá efectos *inter-partes*.

Es evidente la ausencia en el ordenamiento jurídico colombiano de un mecanismo que produzca efectos *erga omnes*, para la defensa de los consumidores que se ven afectados en sus intereses por una misma cláusula catalogada como abusiva. Se debería entonces adoptar como referencia los avances del Derecho Comparado que contemplan acciones colectivas, de cesación, retracción, declarativa de condiciones generales en España y grupales en Argentina, las cuales pretenden la suspensión o anulación de un clausulado que incumbe a muchas personas.⁷¹ En el Reino de Bélgica, por ejemplo, para asegurar el equilibrio de los derechos y obligaciones en las ventas al consumidor y el control de las cláusulas abusivas en el mercado, la Ley del 14 de Julio de 1991 faculta al Rey,

69 Ibídem.

70 BARRERA TAPIAS, CD., El derecho de las obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, Colombia, 2012. p. 15

71 LAGUADO CA, Condiciones Generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fé en el Contrato de Seguro, Editorial Vniversitas, 2003. p. 244

en su condición de soberano, deliberado por el Consejo de Ministros, a prescribir o prohibir el uso de ciertas cláusulas en los contratos de venta a los consumidores en general.⁷²

Otro buen ejemplo del Derecho Comparado que valdría la pena adoptar en Colombia, es el artículo 421-6 del Código del Consumo en Francia, que desde el año 1988, concedió a las Asociaciones Organizadas de Consumidores la facultad de demandar ante la jurisdicción civil la supresión de las cláusulas abusivas en los modelos de las convenciones ofrecidos a los consumidores.⁷³ Este tipo de acciones permiten que, una vez identificada o declarada un tipo de cláusula como abusiva, se trasladen de un caso específico a la erradicación efectiva del texto abusivo del mercado.

En síntesis, consideramos altamente recomendable incorporar a la legislación nacional, la posibilidad de iniciar trámites judiciales o acciones grupales de consumidor, que permitan la defensa colectiva de los intereses de los consumidores, cuyo resultado pueda consistir en un fallo *erga omnes*, que conlleve a la erradicación de las cláusulas abusivas en los contratos de seguro del mercado, y no solamente de un condicionado o de una póliza en particular.

• **La identificación de las Cláusulas Abusivas mediante Circulares Externas no es específica, ni se retroalimenta de la jurisprudencia.**

De acuerdo con las facultades otorgadas por la Ley 1328 de 2009 a la Superintendencia Financiera para establecer de manera previa y general las demás cláusulas abusivas, esta entidad ha expedido diferentes circulares externas que, de forma no taxativa y a modo de ejemplo, enlistan una serie de tipos de cláusulas catalogadas como abusivas. En virtud de

72 Reino de Bélgica - Ley del 14 de Julio de 1991 - Artículo 34: "Con miras a garantizar un equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes en la venta de bienes o servicios al consumidor o con miras a garantizar la imparcialidad de las transacciones comerciales, el Rey podrá, por decreto deliberado por el Consejo de Ministros, los sectores de actividad comercial o las categorías de productos y servicios que determina, prescriben o prohíben el uso de ciertas cláusulas en los contratos de venta al consumidor." (Traducción Libre)

73 República de Francia - Código del Consumo - Artículo 421-6: "Las asociaciones de consumidores aprobadas pueden solicitar ante la jurisdicción civil que ordene, si es necesario, bajo pena, la supresión de cláusulas abusivas en los convenios modelo propuestos convencionalmente por los profesionales a los consumidores." (Traducción Libre)

las facultades de vigilancia y control que le otorga el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a dicha Superintendencia sobre las entidades financieras, tiene un doble rol en relación con el listado de cláusulas abusivas, pues está en la posibilidad de imponer sanciones administrativas a las entidades vigiladas por la inclusión de estas en sus productos.

En otras palabras, el concepto de lista negra, materializado en la Circular Básica Jurídica, no es un mecanismo absoluto para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, representando una serie de instrucciones específicas que en caso de contravenirse pueden acarrear sanciones. Por otro lado, en la actualidad, las listas negras no distinguen ni están discriminadas entre aquellas cláusulas de diferente naturaleza que pueden ser incluidas en el sector bancario, asegurador, fiduciario o bursátil.

Por lo tanto, dada la importancia de la función de la lista y los efectos ex-ante que pretende al expedirse por la Superintendencia Financiera mediante sus circulares, es imperativo, de forma adicional, dotar estas listas de todas las tipológicas, a modo de insumo, que vía jurisprudencial se han ido declarando cláusulas abusivas. Esta labor permitiría dinamizar y actualizar constantemente una lista que responda a las necesidades actuales en la protección del consumidor financiero. Con el mencionado fin de fortalecer el funcionamiento, actualización y efectividad de las listas prohibitivas de cláusulas abusivas, consideramos supremamente valioso tener en cuenta la solución adoptada en Francia. En aquel país, desde el año 1978, mediante la ley 78-23, se creó la denominada Comisión de Cláusulas Abusivas. Este organismo, encargado de recomendar las cláusulas que deben ser suprimidas de los contratos de consumo por su carácter abusivo, está compuesto por magistrados, miembros de la academia y representantes de las asociaciones de consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA TAPIAS, C.D, 2012. El derecho de las obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana.

BESSON, A, 1950. *Le Contrat d'assurance et la morale*, Etudes offertes á G.Ripert, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence.

CÁRDENAS MEJÍA, J.P, 2009. *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, Responsabilidad Civil y del Estado. NO.9, IARCE.

DIAZ-GRANADOS, J.M, 2012. *El nuevo estatuto del consumidor. Su incidencia en el Contrato de Seguro*, Pontificia Universidad Javeriana, *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, 67-70.

GALVIS, S, 2001, *La protección a tomadores y asegurados, Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1974-2001)*, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros.

HONDIUS, E, 1988, *Clauses abusives dans les contrats de consommation: vers une directive européenne*, *Revue européenne de droit de la consommation*.

LAGUADO, C, 2003. *Condiciones Generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fé en el Contrato de Seguro*, Pontificia Universidad Javeriana, *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*. 235-250.

LÓPEZ BLANCO, H.F, 2014. *Comentarios al Contrato de Seguro*, DUPRE.

MANKO, R,2013. *Unfair contract terms in EU law*, Library of the European Parliament.

MONROY, M.G, 2018. *Introducción al Derecho*, Editorial TEMIS.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, A.E, (Ed. Académico), *JURISPRUDENCIA DE SEGUROS: Corte Suprema de Justicia 1971-2000*, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA).