

PRESUPUESTOS DE UN SISTEMA DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

CARLOS ANDRÉS LAGUADO GIRALDO*

ABREVIATURAS

SB:	Superintendencia Bancaria de Colombia
CG:	Condiciones generales
CBJ:	Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia (Circular Externa n° 007 de 1996)
EOSF:	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993 de la República de Colombia)
CCo:	Código de Comercio de la República de Colombia
CSJ:	Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia
<i>GJ:</i>	<i>Gaceta Judicial de la República de Colombia</i>
LCGC:	Ley de condiciones generales de la contratación
TER:	Teoría de las expectativas razonables
SCCGS:	Sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro

* El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. Aspirante al título de especialista en Derecho de Seguros. Profesor de Gobierno Corporativo de la Especialización de Aseguramiento y Control Interno de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de Derecho Romano y profesor Auxiliar de Derecho de Sociedades de la misma institución.

PLANTEAMIENTO

- a) El justo equilibrio entre las obligaciones de las partes
 - b) La protección del interés público y económico
 - c) Cláusulas abusivas en el contrato de seguro
 - d) La propuesta de la Unión Europea sobre la cláusulas abusivas en el contrato de seguro
-
- 1. El derecho del consumidor del servicio de seguros
 - 2. El derecho del consumidor del servicio de seguros en Colombia
 - 3. Tendencias del control del contenido de las condiciones generales del contrato de seguro
 - 3.1. El paso de “asegurado” a “consumidor”
 - 3.2. La asimetría informática
 - 3.2.1. Nueva teoría de la redacción de las pólizas
 - 3.2.2. Suministro y exhibición previo de las condiciones generales
 - 3.2.3. Proscripción de silencios abusivos: carga positiva ee información en las condiciones generales del contrato de seguro
 - 3.2.4. La integración de la publicidad en las condiciones generales
 - 3.2.4.1. El problema probatorio de la integración de la publicidad
 - 3.2.4.2. Condiciones abusivas en los medios publicitarios
 - 4. Sistemas de control de las condiciones generales del contrato de seguro
 - 4.1. Control administrativo de las condiciones generales del contrato de seguro
 - 4.1.1. Control administrativo previo
 - 4.1.2. El control administrativo sucedáneo
 - 4.2. Registro de condiciones generales del contrato de seguro
 - 4.2.1. Control de las cláusulas abusivas
 - 4.2.2. Listas negras de cláusulas abusivas
 - 4.2.3. ¿Ineficacia o nulidad de cláusulas abusivas? La necesidad de avanzar hacia la ineficacia
 - 4.2.4. Dictado de normas imperativas y semiimperativas
 - 4.3. Control jurisdiccional
 - 4.3.1. Aplicación de normas de cerramiento del sistema: el principio de la buena fe y teoría de las expectativas razonables
 - 4.3.2. Criterios especiales de interpretación
 - 4.3.3. Verificación del principio de transparencia y complementación del contrato
 - 4.4. Procedimientos especiales

- 4.5. Marco regulatorio especial
- 4.5.1. Principios del marco normativo de un sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro
- 4.5.2. Autorregulación
- 4.5.3. El defensor del asegurado
- 4.6. Cambio de mentalidad de los agentes del mercado
- 4.7. La conjugación de las bases de un sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro
- 4.8. Inexistencia de un sistema único

PLANTEAMIENTO

A) EL JUSTO EQUILIBRIO ENTRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Para la Corte Suprema de Justicia,

“La escuela aristotélica-tomista había impulsado de tiempo atrás, un criterio superior, que rige por encima de todas las relaciones humanas para la interpretación de los contratos, y es el de la equidad, principio éste que sirve de pilar a las reglas contenidas en los arts. 1618 y 1624 del CC”.

Y, siguiendo, la define como

“la moderación de las disposiciones de la ley, en algunos casos particulares mediante su armonía con la suprema igualdad de la justicia natural”¹.

Las cláusulas abusivas resisten todo el reproche del derecho pues violan la equidad natural y generan un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones, cargas y derechos de las partes. La función del legislador y del juez es rebalancear el desequilibrio que existe en estas relaciones jurídicas, para lo cual puede acudir a diversos mecanismos, como son los controles administrativos y judiciales, los registros, las listas negras, las acciones judiciales, entre otros. Pero, por el lado contrario, la intervención estatal y del juez debe guardar relación con el nuevo derecho del consumo y con la necesidad de desarrollar los fines económicos y sociales de las naciones. De allí que la protección del asegurado-consumidor debe hacerse con armonía frente a las necesidades del tráfico jurídico y sin que genere tales costos de transacción que haga indeseable o inconveniente

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 8 de 1974, en la cual se cita textualmente la definición de PADILLA, C. LUIS, *La justicia*, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1956, pág. 58.

explotar un negocio que requiera de la comercialización masiva. Es por ello que detrás de la formulación de una teoría de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas reside una *política de Estado* que halle un punto medio que balancee los derechos de los consumidores y las necesidades productivas de una nación, sin embargo, el fenómeno de las CG y el interés público que está en el trasunto, sugieren que lo que debe primar es el interés del consumidor de seguros.

B) LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y ECONÓMICO

Parece, sin embargo, que la preocupación por el exagerado estatismo o el temor por la intervención estatal, deben ponerse de lado, y los estados deben pretender proteger al adherente frente a las cláusulas abusivas². Por ello la búsqueda de un equilibrio entre las partes se convirtió en una preocupación internacional, declarada y materializada en normas de índole supranacional.

Basta consultar cuerpos normativos como los *Principles of International Commercial Contracts* de UNIDROIT, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías o las directivas de la Unión Europea, para probar el interés de la comunidad internacional en este respecto. Efectivamente, para sentar tan sólo un ejemplo, la Comisión de las Comunidades Europeas ha considerado lo siguiente:

“En efecto, la utilización de cláusulas que desequilibran sustancialmente las relaciones contractuales entre las partes afecta no sólo a los intereses de la parte que sufre la utilización de dichas cláusulas, sino también al ordenamiento jurídico y económico”.

“El objetivo de las cláusulas generales de los contratos es, en efecto, eludir las soluciones jurídicas previstas por el legislador remplazando los procedimientos jurisdiccionales en vigor en la comunidad por soluciones concebidas de manera unilateral en beneficio de los intereses particulares de una de las partes”.

“Desde el punto de vista económico estos procedimientos pueden ser extremadamente nocivos. El buen funcionamiento de la economía presupone la mejor asignación posible de los recursos. Esta circunstancia sólo se produce si

2 En países como Colombia no es necesario que la entidad de supervisión (SBC) apruebe todas las pólizas de seguros; sólo aprueba aquellas que se remiten al pretenderse aprobar un ramo. En ese orden de ideas, las nuevas pólizas que se exploten dentro de un ramo tan sólo tienen que remitirse a la SBC para su depósito. Pues bien, Argentina refleja un más alto grado de estatismo en razón a que ha prohibido la emisión de pólizas que no hayan sido aprobadas por la autoridad de control o incluir cláusulas predispuestas no sometidas al control de contenido. (art. 7, inc.f, 23-2, 24, inc. ay 25). Cfr. STIGLITZ, *op. cit.* pág. 413.

el mercado es suficientemente competitivo y si las relaciones ente los agentes económicos son equilibradas. En términos económicos deberá asumir un riesgo la parte que esté en mejores condiciones de controlarlo o de asegurarse contra el mismo; deberá asumir una obligación la parte que reúna las condiciones más idóneas para cumplirla”.

“Las cláusulas contractuales abusivas desplazan la carga de estos riesgos y estas obligaciones haciendo que los costes respectivos recaigan en la parte que no está mejor preparada para ello. Dos son las consecuencias principales de estas prácticas: en primer lugar, los precios de los productos y servicios no reflejan los costes reales, lo que distorsiona la competencia a favor de las empresas menos eficientes y supone una merma en la calidad de los productos y servicios, y, en segundo lugar, aumentan los costes que ha de sufragar la comunidad, ya que los riesgos y las obligaciones se imputan a la parte menos apta para asumirlos desde el punto de vista económico”³.

Es así como el mundo, no sólo por preocupaciones jurídicas sino también económicas, está repudiando el desbalancé que se produce la utilización de condiciones generales de los contratos mediante la reiterada utilización de cláusulas abusivas; de donde, la comunidad internacional ha proclamado por la utilización de sistemas y mecanismos de control de dichas cláusulas, los cuales giran en torno al principio de la buena fe, como pueden ser las “*listas negras*”, los registros de cláusulas abusivas y procedimientos especiales. Con ello se busca el justo equilibrio entre las partes contratantes. Como dice MIGUEL GONZÁLEZ:

“La renuncia a contratar no puede ser una alternativa aceptable, porque desde un punto de vista de protección de la libertad individual el ordenamiento jurídico debe garantizar el desenvolvimiento de una actividad contractual en condiciones adecuadas, y porque la sociedad industrial, de servicios y de consumo no puede admitir que la renuncia a contratar sea una opción generalizada”⁴.

C) CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

Partiendo de bases estadísticas serias y recientes, aun cuando no reflejen un estado universalmente válido de la cuestión y que incluso excluye los países latinoamericanos,

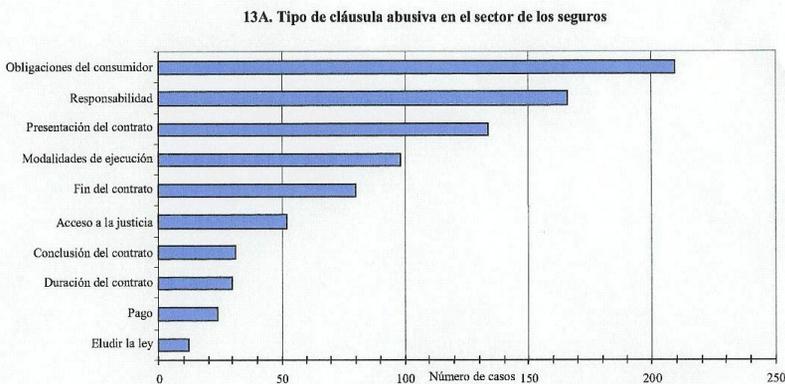
3 Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. pág. 1.

4 MIGUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Algunos aspectos del control de las condiciones generales de la contratación”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo II, *op. cit.*, pág. 439.

pues sólo versan sobre la realidad europea, presentaremos algunas cifras que revelan la necesidad de afrontar el peligro de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro así como la dimensión del problema. Hemos recurrido a estas bases ante la ausencia de un estudio similar a nivel colombiano o latinoamericano; dichos estudios⁵ tienen como fuente la base de datos CLAB y un estudio realizado por la Facultad de Derecho de Montpellier. Indicaron los estudios que:

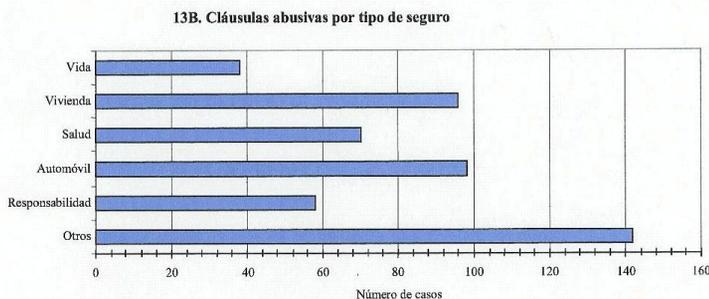
“Las cláusulas abusivas más frecuentes son, sobre todo, las que, debido a su ambigüedad e imprecisión, tienen como efecto conferir al asegurador la facultad de apreciar el objeto del contrato y, por ende, una ventaja excesiva (la impresión parece ser, pues, el problema fundamental, esencialmente en las pólizas de seguros analizadas en Grecia, España, Luxemburgo y los Países Bajos). Las cláusulas por las que se autoriza al asegurador a retrasar el pago de las indemnizaciones figuran también entre las más numerosas (sólo los contratos daneses e italianos no las contienen). El estudio mostró asimismo notables diferencias en los contratos de seguro. Así por ejemplo, las cláusulas abusiva que permiten la cancelación unilateral del contrato por parte de las compañías aseguradora después del siniestro están presentes en los contratos belgas, alemanes, franceses, e italiano, pero no en los contratos españoles, irlandeses, neerlandeses ni portugueses. Lo mismo ocurre en relación con las cláusulas abusivas que imponen plazos de preaviso demasiado amplios para rescindir el contrato; las pólizas de seguro belgas, alemanas, griegas e italianas contienen cláusulas de ese tipo, que están ausentes en las pólizas españolas, francesas, irlandesas, luxemburguesas, neerlandesas y portuguesas”.

Véase la siguiente gráfica, que resume lo antedicho:



5 La referencia exacta del estudio puede encontrarse en el *Informe* de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, *op. cit.*, pág. 42.

El gráfico siguiente (gráfico 13B. Cláusulas abusivas por tipo de seguro) destaca una fuerte presencia de cláusulas abusivas en los contratos de seguros de vivienda (21%), de automóvil (21%), de salud (15), de responsabilidad civil (13%) y de vida (8%).



Valga reconocer que los datos que se han referenciado no son los más recientes (2000), pero sí los más actualizados; con todo, es difícil, sino imposible, encontrar de una manera tan compacta un estudio técnico serio y específicamente encaminado a reflejar la realidad de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, por lo que, al final de cuentas no nos ha parecido equivocado acudir a esta fuente, más bien, después de tratar identificar otras, concluimos que las citas que se estaban haciendo eran las más pertinentes.

D) LA PROPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

Augurando lo que tal vez llegue a ser el régimen aplicable en Latinoamérica, la Directiva 13/93/CEE adopta un criterio restringido para valorar la abusividad de las cláusulas abusivas que se introduzcan en el contrato de seguro. Así, el enfoque de la Directiva se dirige a excluir del examen de abusividad a las cláusulas que reglamente el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio de la mercancía o del servicio, de suerte que las cláusulas o estipulaciones que definen el alcance de, la cobertura, por un lado, y del pago de la indemnización, por el otro, por ser los objetos esenciales de la relación obligacional que emana del contrato de seguro no pueden ser examinadas o reprochadas en cuanto a su carácter abusivo. Lo que ha hecho la Directiva con el artículo 4º-2 es generar sobre los consumidores en generar y sobre el asegurado en particular el deber de diligencia (*parol evidence rule*) sobre lo que constituye la esencia del acuerdo, que en el seguro, coincide con la prima, la cobertura y la indemnización.

Al respecto, la Comisión anotó:

“Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el *consumidor*”⁶.

No encontramos la razón lógica por la cual la Unión Europea ha restringido a tal punto la aplicación de la Directiva. No encontramos sentido a que, por el hecho de que una cobertura corresponda a una prima, el asegurador profesional pueda a su arbitrio establecer causales eximentes de su responsabilidad, o en otras palabras, exclusiones a la cobertura, que no guardan conformidad con la naturaleza del seguro o con las prácticas del mercado. Y nos extraña esa propuesta cuando el tecnicismo del contrato de seguro, y sobre todo del cálculo de la prima, es un aspecto ignorado por el asegurado medio, e incluso por el experto. Creemos que el asegurado está en completa incapacidad de entender a qué corresponde la tasa que se le aplica, pues recibe la información suficiente y oportuna que le permita entender y asimilar legal y financieramente que un 0.2 por mil, diste del 0.23 por mil, porque en el primer caso se no se le está excluyendo un hecho que por efectos técnicos produce una variación sobre su precio.

Pensamos, que la soluciones de España y de Holanda han sido más adecuadas; a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos europeos la LCGC española, al transponer la Directiva y reformar la LCU, ha dejado fuera el contenido del artículo 4º-2 de la Directiva conforme al cual el control de contenido no se extiende

“a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de una manera clara y comprensible”⁷.

Y Holanda, por su lado, ha sido condenada por el Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por no haber transpuesto los artículos 4º-2 y 5º de la Directiva.

6 Directiva 13/93/CEE.

7 MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales de la contratación”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo II, *op.cit.*, pág. 439.

1. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR DEL SERVICIO DE SEGUROS

Corresponde al Estado velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en las CG En el nuevo derecho de los contratos participan, como extremos de la relación, los consumidores, que vienen a sustituir a los antiguos adherentes⁸, conforme a la nueva concepción del derecho del consumo, y los empresarios, que encarnan a esas grandes estructuras societarias u organizacionales que mediante su poder económico terminan diseñando y direccionando la manera como se distribuyen los bienes y los servicios⁹.

8 Para el capitalismo decimonónico el contrato, entendido como se venía entendiendo según la revolución liberal, se convirtió en un obstáculo para su penetración en los mercados, para su expansión de las redes comerciales y para consolidar su posición dominante. La dogmática jurídica se ha dado cuenta que el manto del voluntarismo y de la igualdad de las partes contratantes no son absolutos y que se ha convertido si no en la excepción, en un espectro, en una franja o zona diferenciada dentro de la teoría del contrato. El tráfico mercantil y contractual evidencian que la contratación estructurada bajo la ausencia de un acuerdo negociado de voluntades ha cobrado protagonismo en este mundo moderno. Hoy en día, en muchos contratos, tales como, los de seguros, apertura de crédito, transporte de pasajeros, tarjeta de crédito, servicio de telefonía celular, y muchos otros, el clausulado sobre los efectos y los alcances de un contrato o una o varias cláusulas se definen exclusivamente por una sola de las partes contratantes, el *operatori* dominante como lo llama BIANCA. ¿Adónde ha ido la paridad de los partícipes contractuales? (BIANCA, *Conditioni generali di contratto usi negotiali e principio de affetivita*, citado por REZZONICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*. Buenos Aires, Astrea, pág. 205. 1987.

Pareciera que la teoría de la oferta y de la aceptación concertada y negociada entre partes iguales no se aplica en la mayoría de los contratos que se celebran día a día. Las modalidades de la contratación en masa han generado una serie de instrumentos y prácticas negociables, como formularios, bloques de cláusulas que se redactan previamente y son impuestas por una parte a la otra e incluso contratos cuyo clausulado es íntegramente predispuerto, lo que ha dado lugar a los Shrinkwrap Contracts, esto es a aquellos contratos en los que, como sucede en la adquisición de software, o los cuestionados seguros de aviación en los EE.UU., el adquirente tan sólo conoce el verdadero contenido del producto o del servicio que compra, después de pagar su precio y acceder a las condiciones o al reglamento que viene adentro de un sobre, una caja o en un medio magnético que lee después de haber celebrado y empezar a ejecutar el contrato.

9 Aunque esta innegable y evidente alteración de la forma como se manifiestan las voluntades se separe de lo que venía entendiéndose como ideal en los términos de la teoría voluntarista del contrato, no por ello estos acuerdos dejan de ser un contrato. Sin desconocer las razones de aquellos autores que niegan a estos instrumentos jurídicos la calidad de contrato, nos parece necesario anotar que, aunque la voluntad de uno de los celebrantes se preste de una manera diferente a lo que solía ser hace décadas, no puede por ello negarse a estos actos jurídicos la naturaleza contractual que les compete. Cosa distinta será que este contrato, por su génesis, y en especial por la realidad que antecede la forma en que se ha declarado la voluntad de los contratantes, exija un tratamiento diferente, que tanto el legislador, como el juez, deben reconocer. Seguramente que el texto en el que conste el contrato no recogerá todos los puntos sobre los cuales ha habido una coincidencia de voluntades ni dará cuenta de las preocupaciones ni de las aclaraciones que se enunciaron antes de formalizar el acuerdo, por lo que muchos de estos puntos y matices pasarían desapercibidos, no quedarán en el texto final y aunque son estipulaciones contractuales parecen llamadas a morir para el derecho y no producir efecto alguno. Para SALEILLES, DUGUIT, GAUDEMET, HAURIUO, el llamado contrato *por adhesión* de contrato sólo tiene el nombre. Es en realidad un acto jurídico unilateral, en que el único y verdadero agente, el *operatori* dominante, al emitir una voluntad reglamentaria, impone su decisión a otro sujeto que sólo desempeña un papel pasivo en la operación. (BALLESTEROS GARRIDO JOSÉ ANTONIO, *Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona. J.M. Bosch editor. 1999.

Veíamos cómo las empresas no tienen interés alguno en modificar este *status quo* que les permite delinear a diestra y siniestra el alcance de los deberes jurídicos que las acompañan en su actividad empresarial. Ante ese panorama oscuro, surge el Estado como el interviniente que rebalancea la desigualdad generada por el poderío económico y por la asimetría en la información, imponiendo coactivamente deberes a los profesionales o declarando (judicial o administrativamente) la inoperancia de los métodos injustos¹⁰. Esta ha sido una de las necesidades que ha develado el derecho en los últimos cincuenta años. Con razón el profesor ARTURO DÍAZ BRAVO señala que:

“Parece que en las postrimerías del siglo XX ya no puede dudarse de que nunca antes de los últimos cincuenta años sufrió el derecho transformaciones tan profundas, que no pocos podrían considerar como un rotundo mentís a quienes lo han venido acusando de erigirse en obstáculo al cambio social”¹¹.

La metamorfosis se ha hecho evidente y uno de los cambios más significativos ha sido el establecimiento de una rama del derecho autónoma e independiente: el derecho del consumidor, que supone la existencia de dos extremos de la relación jurídica que distan inmensamente en su poder contractual y económico y cuyo presupuesto general es la protección del consumidor frente a las conductas del productor. De tal suerte, los estados promulgaron estatutos del consumidor que contemplan instrumentos de tutela como la garantía mínima presunta, reglas sobre la publicidad, la calidad de bienes y servicios, la responsabilidad del productor y más recientemente sobre las condiciones generales de los contratos¹². En ocasiones, las reformas resultaron, como sucede con el Estatuto del Consumidor colombiano (decreto 3466 de 1982) notoriamente cargadas hacia el

10 No nos cansamos de reiterar, como lo hace la Comisión de las Comunidades Europeas que se requiere de la “Protección de los intereses económicos de los consumidores, los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”, Directiva 13/93/CEE.

11 DÍAZ BRAVO, ARTURO, “Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n°15, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, AIDA-CILA, FIDES, 2001, pág. 57.

12 Aunque la figura denominada condiciones generales no tiene una consagración legal en Colombia y la doctrina no está totalmente de acuerdo en una definición, consideramos que el artículo 1.1. de la LCGC española ofrece un concepto claro de condiciones generales según el cual se entiende por ellas “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”. Para la ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato (AGBG) de 9 de diciembre de 1976, son todas aquellas condiciones preformuladas para una pluralidad de contratos que una parte (predisponente) impone a la otra en el momento de la conclusión del contrato. (Referencia que realiza SILVA RUIZ, *op.cit.*, pág. 50.

consumidor, que ha promovido la inversión de la carga de la prueba en materia de calidad de los bienes suministrados. Esta fórmula produjo el desarrollo de un derecho del consumidor que cuenta con entidades gubernamentales especializadas, procedimientos específicos y que ha propiciado una conciencia social y jurídica que está empezando a reconocer la existencia de aquella nueva categoría: el consumidor. Sentadas las bases para un avance dogmático, últimamente se han observado reformas al régimen de los contratos de adhesión^{13,14} a condiciones generales, asunto en el cual la Unión Europea ha jugado un papel protagónico que hizo necesaria la definición de un concepto de consumidor, y para el tema especial que nos atañe, una de consumidor del contrato de seguro en sentido amplio, entendiéndose por tal a los destinatarios últimos del servicio de seguro, esto es, al asegurado, al tomador y al beneficiario¹⁵.

En algunos foros, como el mexicano, las soluciones que ofrecía el derecho del consumo no fueron suficientes. Allí las reglas de protección al consumidor no se aplicaban a los contratos de servicios financieros ni a los de seguro, dejando un boquete gigante a través del cual se filtraba un número importante de violaciones a los derechos del débil jurídico. En ese sistema el asegurado todavía no era un consumidor, era un simple contratante, y si acaso un adherente. En consecuencia, la reforma debió estructurarse de otra manera, dando una vuelta y reformando los cuerpos legales existentes sin crear una nueva categoría (la del consumidor) y retomando las estructuras propias de los códigos civiles o de comercio que protegían a alguna de las partes en un contrato. Tales son los casos de México y Colombia que ante la ausencia de mecanismos idóneos en el derecho del consumidor tuvieron que expedir normas de carácter especial, propias de un determinado sector, como el financiero o el de los servicios públicos, no

13 La jurisprudencia norteamericana ha definido el contrato de adhesión (*adhesion contract*) así: "... *agreements in which one party's participation consists in his mere "adherence", unwilling and often unknowing, to a document drafted unilaterally and insisted upon by what is usually a powerful enterprise*" (... contratos en los cuales la participación de un contratante consiste en su mera adherencia, involuntaria y muchas veces sin conocimiento, a un documento elaborado unilateralmente e impuesto usualmente por una empresa poderosa" *Maryland Casualty Co. Vs San Juan Racing Association, Inc.*, citado por EHRENZWEIG, quien según la referencia que hace SILVA-RUIZ, *Casos para el estudio de doctrina general del contrato*, Río Piedras, Puerto Rico, Editorial Universidad del Puerto 2987, pág. 70-75, en nota al pie, el vocablo *contract of adhesion* fue utilizado por primera vez, probablemente, por PATTERSON, *The Delivery of a Life-Insurance Policy*, 33 *Harvard Law Review*. 198, 222. 1919.

14 En reciente proyecto de ley, la Cámara de Representantes colombiana ha sugerido la siguiente definición: "Contrato de Adhesión: ES aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor y/ o productor, sin que el consumidor haya discutido su contenido. La discusión o modificación de una o más cláusulas no modifica su carácter original." Proyecto de Ley 081/03C, cuya última ponencia ser radicó en la Comisión respectiva el 4 de junio de 2004. La ponencia inicial corresponde a los representantes CELIS, CASABLANCA, VALENCIA, RANGEL y MONSALVO, agosto de 2003.

15 Cfr. a FREDERICQ, SIGUMUND, *Protection du consommateur et réforme de la loi sur le contrat d assurance*, Bull. ASS., 1990, págs. 635-653 citado por YEPES RESTREPO, SERGIO en *Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿validez de las claims made en el seguro de responsabilidad civil?*

necesariamente redactadas con la técnica del derecho del consumo, sino con la de las leyes de intervención económica, o prefirieron reformar sus disposiciones del derecho civil y aplicar teorías inveteradas y vigentes como la de la regla *contra proferentem*¹⁶.

En el último quinquenio los ordenamientos jurídicos han logrado la protección de los derechos del asegurado por dos vías, no necesariamente excluyentes, sino, más bien (y así debe ser) complementarias: el derecho del consumidor y el derecho civil.

La armonización de estos marcos legales (el del consumo y el civil) está rodeada por unos supuestos, los cuales serán el centro de atención de este ensayo.

2. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR DEL SERVICIO DE SEGUROS EN COLOMBIA

Retomemos la idea que esbozábamos arriba, conforme a la cual los estatutos del consumidor que se expidieron en los últimos años comenzaron reglando ciertos aspectos de la actividad empresarial, dejando para una etapa más avanzada el asunto de las CG, lo cual tenía sentido y se justificaba en tanto y en cuanto resolviera el problema del abuso de la posición contractual y de las cláusulas abusivas. El tema debía ser estudiado con esa referencia pues parece que no había otra preocupación cuando se hablaba de CG.

En 1982 Colombia expidió su Estatuto del Consumidor en el cual no existe una sola disposición relacionada clara y específicamente con los contratos de adhesión a CG. Por esa razón, como expusimos, en Colombia la tutela se realiza bajo el parámetro de algunas normas de carácter especial, aplicables al sector de producción del estipulante, como el EOSF o la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios y bajo el rango que establece el Código Civil y de Comercio. Las CG de los contratos de seguros, en la actualidad, son evaluadas en particular con sujeción las normas sobre póliza que contempla la CBJ. (título VII), por el artículo 98 del EOSF y por las disposiciones generales del Código Civil y de Comercio que consagran la interpretación *contra proferentem*¹⁷ y el postulado de la buena fe (art. 1603 CC y art. 871 CCo):

16 En Colombia, aunque no haya habido una reforma al Código Civil, persiste la inexistencia de procedimientos e instrumentos apropiados para la protección del consumidor de seguros, por lo que la tutela se ha reducido a las garantías que reconozcan los jueces, quienes se guían por las reglas de interpretación contemporáneas del Código Civil.

17 Este postulado es reconocido casi con uniformidad por varias legislaciones y ha sido resguardado en principios internacionales de la contratación, como son los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, en cuyo artículo 4.6. se indica: "Article 4.6.- *Contra Proferentem Rule- If contract terms*

El artículo 98 del EOSF indica:

“Artículo 98. Reglas generales. 1. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador.

La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar, como medida cautelar o definitivamente, que los empresarios se abstengan de realizar tales conductas, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer.

2. Competencia desleal. La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer.

3. Acciones de clase. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990, las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los numerales anteriores del presente artículo podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3. a 7. y 9. a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia. La publicación de la sentencia

supplied by one party are unclear, an interpretation against the party is preferred”. Lo mismo sucede a nivel latinoamericano. En la legislación brasileña en cuyo Código de defensa del consumidor Ley 80.78 de 11 de septiembre de 1990, se señala: “Artículo 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. El Código Civil de la República de Uruguay en iguales términos indica: “Artículo 1304.- En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse 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 su falta de explicación”.

Con alcance de norma del derecho comunitario europeo, esto es, como marco mínimo que inspira la legislación de los estados miembros la Directiva 13/93/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ordena: “Artículo 5° En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2° del artículo 7 de la presente Directiva”.

se hará por la Superintendencia Bancaria, en estos casos, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13 del mencionado artículo 36, se efectuará por estado.

4. Modificado Ley 795 de 2003, art. 24. Debida prestación del servicio y protección al consumidor.

4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”.

Con todo, la norma que se relaciona carece aun de la fuerza necesaria para garantizar una efectiva protección. No existen entidades administrativas que desarrollen con sentido de oportunidad y con la energía proporcional que ameritan los contratos masivos, las variadas, abiertas y numerosas atribuciones que las leyes le confieren y que protejan al consumidor profano que cree ser víctima de una violación legal o presa de algún apetito voraz del más fuerte y enterado. El ordenamiento jurídico, además, no cuenta con *listas negras* que faciliten tanto a las autoridades administrativas (SB) como a las jurisdiccionales la calificación de abusividad de una cláusula, y de paso la problemática de unas CG. Falta entonces un marco de referencia objetivo que sirva de espejo de comparación y de aceleración de un dictamen sobre el carácter inequitativo de unas CG.

Estos inconvenientes son suficientes para volver sobre estos asuntos y revisar, por ejemplo, el Proyecto de Estatuto del Consumidor y el Usuario¹⁸ que cursa en el Congreso de la República de Colombia y que ha tenido en consideración que en el derecho colombiano

“no se prevén disposiciones especiales respecto de los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y demás temas relacionados con la protección contractual”¹⁹.

18 Proyecto 081/03C, cuya última ponencia se radicó en la Comisión respectiva el 4 de junio de 2004.

19 *Ibidem*, exposición de motivos.

Ojalá no se pierdan los esfuerzos y la energía que ha manifestado organismos como la Superintendencia de Industria y Comercio, la SB, la ASOBANCARIA, la Cámara de Comercio, la Federación Colombiana de Consumidores y la Superintendencia de Servicios Públicos, quienes han entrado en la labor de estudiar la reforma y formular las opiniones que consideraron relevantes (27 de mayo de 2004). El proyecto contempla una lista negra de cláusulas abusivas y otras disposiciones que permitirían:

- Realizar, mediante un ejercicio de traspolación, un examen de abusividad sobre las cláusulas abusivas de unas CG de un contrato de seguro. El examen deberá comparar las CG de un seguro con las cláusulas enumeradas en la lista negra del proyecto. El Estatuto permitirá fijar los *criterios de carácter general* que deben tenerse en cuenta al valorar una cláusula abusiva inserta en unas CG.
- Acelerar la suspensión de los efectos de las CG que se acuñen dentro del panorama de cláusulas abusivas que la reforma reputa como ineficaces. Aclaremos que la propuesta que se ha radicado indica que las cláusulas abusivas enumeradas en la lista negra son ineficaces, al tanto que las que no lo estén, con una expresión técnicamente inapropiada serán “anulables”²⁰.
- A los damnificados por las infracciones al Estatuto ejercer acción directa contra el asegurador del responsable, de conformidad con lo previsto por el artículo 1133 del Código de Comercio y demás normas que regulen la materia, lo que declara la existencia de una categoría de responsabilidad: la responsabilidad civil del productor.
- Recalcar, mejor tarde que nunca, la obligación de la SB de velar por el cumplimiento de normas especiales y concretas, no como las que existen, relativas a la protección al consumidor/asegurado, de donde surgirá la obligación de que la SB modifique sus instructivos, incorporando en sus textos la regulación necesaria para reglamentar las disposiciones del nuevo estatuto y, ojalá, las disposiciones del numeral 1.2.1 del capítulo II del título VI de la CBJ.

20 El proyecto ha debido decir “nulos”, pues, según la tesis de la doctrina contractualista, y sin entrar al problema de la ineficacia creada por ley, la violación al principio de buena fe que conlleva la existencia de una cláusula abusiva, implica la trasgresión de una norma imperativa que genera la nulidad absoluta por objeto ilícito. No encontramos, en cambio que una cláusula abusiva pueda provenir de la incapacidad o de un vicio del consentimiento, que son las causales de *anulabilidad* que contempla el C.Co. en el artículo 900. Preferimos, no sólo por lo heterodoxa de la posición frente a la teoría general del contrato, sino por su vocación de efectividad dentro de un sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro, la sanción de ineficacia”.

- Establecer en cada municipio del territorio colombiano un agente de la administración pública con funciones de policía administrativa que resolverá las solicitudes de los asegurados. Dichas autoridades, según el tenor del proyecto podrán, entre otras:

“Tener por cumplidos los supuestos de validez de los contratos de adhesión y de ineficacia o anulabilidad de las cláusulas abusivas (art. 56-1)”,

expresión que de pronto quiere soslayar la permanente crítica de la Corte Constitucional que se ha visto reacia a permitir a las entidades administrativas, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, declarar los presupuestos de ineficacia de un acto o contrato;

“resolver sobre la ineficacia, las cláusulas abusivas y señalar las consecuencias contractuales a que haya lugar”, “determinar los contratos de adhesión que deban ser registrados ante las autoridades competentes respectivas”,

e imponer multas hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$658.000.000.00 para el 2004).

No obstante ello, el Proyecto no pasa de ser un proyecto. En el entretanto, no existe un cuerpo normativo especialmente encaminado a proteger los intereses de los asegurados adherentes a CG.

3. TENDENCIAS DEL CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

3.1. EL PASO DE “ASEGURADO” A “CONSUMIDOR”

Poniendo a un lado el Proyecto de Estatuto del Consumidor y del Usuario, en el nuevo tratamiento de las CG del contrato de seguro deberá darse un paso a la modernidad y entender como el tomador, el asegurado y el beneficiario participan de una categoría más protegida que la de simple parte del contrato (el tomador) o mero interesado (asegurado y beneficiario). Debe iniciarse la marcha para que la legislación, el Estado, cambien de enfoque y reconozcan, como desde hace rato lo hizo la ley brasileña de seguros de 1966 que

“El control del Estado se ejercerá (...) en interés de los asegurados y beneficiarios de los contratos de seguro”.

Brilla la necesidad de que el legislador, las entidades de supervisión y los partícipes del mercado (aseguradores y asegurados) propicien el cambio de las reglas de juego y se pase del antiguo derecho igualitario de los códigos civiles al derecho del consumo, en el que el Estado deberá mostrarse claramente cargado a favor del consumidor. Las causas de esta mutación son, no sólo la utilización de cláusulas abusivas, sino también la persistente carencia de información precontractual de los asegurados y las prácticas de las aseguradoras, supuestamente derivadas de imposiciones de las reaseguradoras internacionales que desmejoran las expectativas de los asegurados y de los beneficiarios.

La necesidad de que exista un derecho del consumidor de seguros, diferente al derecho del contrato de seguros se justifica en la diferencia que existe en los intereses que cada uno de estos cuerpos jurídicos protege. El derecho de los contratos protege el interés privado al tanto que el derecho del consumidor protege el interés público. Ya vimos cuando la Comisión de las Comunidades Europeas indicaba que

“Las cláusulas contractuales abusivas desplazan la carga de estos riesgos y estas obligaciones haciendo que los costes respectivos recaigan en la parte que no está mejor preparada para ello. Dos son las consecuencias principales de estas prácticas: en primer lugar, los precios de los productos y servicios no reflejan los costes reales, lo que distorsiona la competencia a favor de las empresas menos eficientes y supone una merma en la calidad de los productos y servicios, y, en segundo lugar, aumentan los costes que ha de sufragar la comunidad, ya que los riesgos y las obligaciones se imputan a la parte menos apta para asumirlos desde el punto de vista económico”²¹.

Se diferencia también en la causa de la desigualdad que existe entre los extremos de las relaciones: las normas del derecho de los contratos que regulan las condiciones generales parten de la base de que la igualdad reside en el poder económico de cada parte mientras que para el derecho del consumidor la desigualdad reside en la diferencia informativa, en la falta de información adecuada y oportuna que no permite la correcta elección del consumidor o la protección de sus intereses.²²

21 Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la comisión sobre la aplicación de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pág. 1.

22 VEGA MERE, YURI, La asimetría informativa y la tutela del consumidor (y del mercado), en *Derecho privado*, Lima, Grijley, 1996, pág. 203, citado por VEGA MERE en *El derecho del consumidor y la contratación contemporánea: consideraciones generales a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo*, incluido en el trabajo conjunto de ALTERINI, DE LOS MOZOS y SOTO, *Contratación contemporánea, op.cit.*, tomo II, pág. 569.

Por ello es necesario diseñar un sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro (en adelante SCCGS), que comprometa y se dirija a asegurados, tomadores y beneficiarios, que gire sobre bases autónomas y especiales, que cuente con el servicio organismos y con normas específicas, distintas de las de los códigos Civil o de Comercio. Es necesario también que se produzca un cambio de mentalidad en los consumidores y exijan sus derechos directamente o a través de las organizaciones que se creen para tales fines. Ello hace decir a DIEZ-PICAZO que

“la figura de los contratos con consumidores posee, hoy, unos perfiles muy acusados que obliga a estudiarla separadamente, que sólo puede llevarse a cabo con instrumentos contractuales o paracontractuales que crean un nuevo derecho de la contratación caracterizado por la consideración de una de las partes como destinatario final del bien o del servicio y que reclama una protección más enérgica que los intereses de la otra parte”²³.

3.2. LA ASIMETRÍA INFORMATICA

Para la validez y para la efectividad de las CG es conveniente que a ellas la acompañe una correcta revelación de información. Ese es precisamente el problema o efecto que genera la inequidad y que le impone al Estado la carga de revisar con lupa las CG. Para evitar la llamada *asimetría informativa* es necesario forzar a las compañías de seguros a que informen transparente y claramente sobre el contenido y los efectos de las CG. Este deber de información hace parte integral del deber de lealtad, entendido *latosensu*, y puede tener algunas revelaciones concretas en materia de CG del contrato de seguro. Dentro de un adecuado S.C.C.G.S., las violaciones al deber de información, la despreocupación porque las CG sean conocidas y aceptadas, se traducen en costos para el asegurador pues la compañía que no sea generosa en el contenido de la información no tendrá la seguridad de que sus CG van a ser eficaces y experimentará descuadres en sus cuentas técnicas y pagará altos honorarios de abogados.

Es claro que el establecimiento de tal carga de información, con el alcance que hemos venido planteando, puede resultar contrario al objeto y fin de las condiciones generales. Si el Estado exige que los profesionales incurran en los costos de transacción, que precisamente se querían evitar con los formularios estándar, el deber de información implica una involución, por lo menos en cuanto a los fines de la contratación masiva. Sin embargo, la función originaria de las condiciones generales tiene que adaptarse a la

23 DIEZ-PICAZO, *Masificación y contrato*, citado por VEGA MERE, *El derecho del consumidor y la contratación contemporánea*, op.cit., pág. 615.

carga legal y con trasunto financiero, de que dichas condiciones gocen de eficacia jurídica.

Ahora bien, para que las compañías aseguradoras sean llevadas, así sea forzosamente, a este punto en el que tendrán que decidir entre ahorrar costos de transacción (por desinformación) y enfrentar judicialmente las consecuencias de la ineficacia de sus contratos de adhesión, es fundamental que exista una política que haga inminente el riesgo de las declaraciones de ineficacia; lo que obliga a que las autoridades administrativas y judiciales, los consumidores de seguros y las mismas aseguradoras estén predispuestas a utilizar sus herramientas legales, abrir los procedimientos investigativos y conducir su energía a la imposición de las sanciones. En este objeto colaboran varios ejes del SCCGS., como son los registros de condiciones, las acciones especiales (de cesación y retractación), las entidades administrativas con funciones especiales y la promoción de asociaciones de consumidores.

3.2.1. NUEVA TEORÍA DE REDACCIÓN DE LAS PÓLIZAS

El deber de información obliga a los redactores de CG de contratos de seguro a asumir una nueva manera de redactar pólizas, de forma que las CG compendien todos los efectos que se pueden derivar de una determinada cláusula, a cuyo efecto no será viable en adelante que las CG tranquilamente hagan remisiones a normas o formatos. Veamos más despacio que quiere ello decir. Como bien lo ha venido haciendo la SB, cada vez que la aseguradora quiera consagrar en las CG la aplicación de un efecto jurídico que consta en la ley, como el de la retención, o el de la mora en el pago de la prima, no puede relegarse la compañía a indicar que ante el supuesto de hecho se aplicarán las consecuencias fijadas en el artículo correspondiente del capítulo del contrato de seguros del Código de Comercio. No, en virtud del principio del deber de información la compañía deberá transcribir o parafrasear la norma jurídica.

3.2.2. SUMINISTRO Y EXHIBICIÓN PREVIO DE LAS CONDICIONES GENERALES

Otra manifestación del deber de información consiste en realizar las prácticas necesarias para que el consumidor, y aquí incluimos tanto al asegurado, como al tomador y al beneficiario, tenga acceso efectivo y presto a las CG, exigencia que coincide en lo sustancial con los párrafos de los artículos 1046 y 1048 del CCo que facultan al tomador, al asegurado y al beneficiario, solicitar copias de las CG. Hacemos hincapié en que el deber de información no se cumple por el hecho de poner en conocimiento del

consumidor las CG del contrato de seguro que ha celebrado. El deber se satisface cuando antes de celebrar el contrato, el asegurado puede acceder a cada una de las disposiciones del clausulado. Ello se logra, en la práctica con la adecuada distribución de papelería en los intermediarios de seguros, quienes tienen el deber de entregarla a sus posibles clientes o con el diseño pancartas, folletos, plegables o instructivos que puedan recibir en sus manos.

La Comisión de la Unión Europea fue testigo de la dificultad de acceder a los textos físicos de las CG, lo que la forzó en repetidas ocasiones a convocar a las autoridades nacionales para que los empresarios pusieran los contratos a su disposición²⁴. El antiguo apartado segundo del artículo 5º de la Directiva 13/93 CEE señalaba que,

“con independencia de su conformidad o no conformidad a derecho, las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación por separado sólo se considerarán aceptadas por el consumidor cuando ésta haya tenido la posibilidad de tener conocimiento real de las mismas antes de firmar el contrato”.

3.2.3. PROSCRIPCIÓN DE SILENCIOS ABUSIVOS: CARGA POSITIVA DE INFORMACIÓN EN LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El deber de información debería compulsar a las aseguradoras a que prescindan de utilizar las CG para que mediante el silencio, consciente o no, se abran puertas para que éstas disciplinen autónomamente algunos efectos que se derivan del contrato de seguro, sobre los cuales el consumidor no tiene conciencia y que son administrados en su contra.

El informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el desarrollo del Directiva 13/93 CEE indicó que,

“Según un estudio realizado en 1995 por el *Centre de Droit de la Consommation* (Centro de Derecho del Consumo) de la Universidad de Montpellier, algunas pólizas de seguros facultativas silencian elementos relativos, por ejemplo, a la obligación del asegurado de dar respuesta a la declaración de siniestro, a la designación de peritos, al pago de provisiones, etc., lo que puede dar lugar a

24 Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pag. 9.

silencios abusivos. La base CLAB ofrece asimismo numerosos ejemplos de imprecisiones o lagunas abusivas en el sector de los seguros. Por lo que se refiera a la vaguedad de las cláusulas contractuales, la *Cour de Cassation* (Tribunal de Casación) belga consideró abusiva una cláusula que excluía la cobertura de ciertos daos alegando que sólo se podrían invocar ante el asegurado una cláusula de exclusión cuando esta fuera clara, deliberada y limitada (CLAB B 000447). Por lo que se refiere a los silencios abusivos, en sentencia de 23 de mayo de 1996, el Tribunal de grande instante (Tribunal de apelación) de Lyon consideró abusiva una cláusula que no supeditaba los incrementos de la prima a una condición estipulada en el contrato y confería a la compañía aseguradora una ventaja excesiva, ya que esta no debía justificar el incremento de las primas que operaba (CLAB F 00324). Del mismo modo, un órgano jurisdiccional de primera instancia de Atenas consideró abusiva una cláusula alegando que el incremento del precio de las primas del seguro no estaba definido en el contrato mediante criterios especiales y precisos (CLAB el 000189)²⁵.

En ese orden de ideas, las CG del contrato de seguro, en lo posible y en lo razonable, tiene que pronunciarse sobre un sinnúmero de efectos jurídicos y económicos que suelen quedar en la oscuridad y administrarse al libre albedrío de la aseguradora, en especial a los que se refieren a la manera como se produce la indemnización, a los ajustadores, al manejo de los gastos de atención del siniestro, particularmente en los seguros de responsabilidad civil, el manejo de los centros de atención y talleres en los seguros de autos, entre otros; de allí que se esté confeccionando, por un lado, el deber de completar las condiciones generales bajo el entendido de que las circunstancias que no se hayan disciplinado en éstas no podrán gobernarse por lo que libremente indique el asegurador, y, por el otro, un nuevo campo de acción para el control de contenido que realizan las entidades oficiales, los jueces y los demás organismos de protección del asegurado como los defensores del asegurado y los registradores de CG.

La doctrina y la jurisprudencia norteamericana ha reconocido el deber de información, como se ha venido planteando, refiriéndose a la obligación de *disclosure*, *notice* o *red hand rule*, cuya vigilancia compete a la Federal Trade Commission, entidad a quien corresponde sancionar la retención de información que pueda influir en la decisión de contratar²⁶. En Portugal, al paso, se ahonda aun más y se atan el deber de información al deber de buena fe, de suerte que se consagra en el artículo 6 del decreto-lei sobre cláusulas *contratuais gerais* de 25-10-85 lo siguiente:

25 Ibidem, cita al pie n° 52.

26 BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 236.

“1. O contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo con as circunstancias, a outra parte dos aspectos nelas comprendidos cuya aclairação se justifique.

2. Devem ainda ser prestados todos os esclarecimientos razoáveis solicitados”.

La apelación a la buena fe reside en que se ciñe el deber de información a las circunstancias que rodean la formación del contrato, y a la razonabilidad de realizar determinada aclaración.

3.2.4. LA INTEGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LAS CONDICIONES GENERALES

Hasta antes de la puesta en vigor de normas de protección a los destinatarios finales de productos, dice VEGA MERE, la publicidad estaba sujeta a código deontológico, era regulada por normas de evitaban la comparación denigrante de productos (inclusive la comparación estaba proscrita), se sometía a rigurosos controles para evitar influenciar a los menores de edad, etc., pero fuera de algunas restricciones bastante conocidas, se permitía, bajo el pretexto del *dolus bonus*, o bien del hecho de considerar que las ofertas de los comerciantes eran consideradas como invitaciones *ad offerendum*, que se deslizaran algunas condiciones o bondades que no siempre se recogían en los contratos, comprobantes o documentos en general que se entregaban al comprador²⁷. Estas invitaciones *ad offerendum* eran modalidades y prácticas de la contratación que no hacían parte de los presupuestos de la formación del contrato, en concreto de la oferta mercantil, eran tan solo ilustraciones generales, abstractas que no hacían parte siquiera de los documentos precontractuales; DIEZ PICAZO, decía que,

“los civilistas de cuño tradicional, entre los cuales, sin duda me hallo, no habíamos prestado nunca especial atención al problema de la relación entre publicidad comercial y contratación. Entendíamos, desde luego, que no integraba una oferta de contrato el mensaje publicitario, Y que más bien lo que se podía encontrar en él es o que la doctrina denominaba las “*invitaciones ad offerendum*”²⁸.

El diseño de un SCCGS de control de contenido de las CG deberá tener en cuenta como la tendencia moderna se inclina por incluir dentro de la relación contractual los

27 VEGA MERE, *op.cit.*, pág. 618.

28 DIEZ-PICAZO, “Masificación y contrato”, pág. 18, citado por VEGA MERE, *ibídem*.

elementos de la publicidad y de marketing que por alguna circunstancia han inducido al consumidor a prestar su consentimiento en el contrato. La publicidad ya no sólo debe ser revisada en cuanto a las posibles violaciones a las normas de competencia desleal y de prácticas restrictivas de la competencia, sino que se incrustan en la nueva teoría del contrato masificado, a la cual arriban por el lado del derecho del consumo y no del derecho de los contratos civiles. En lo que hace al sector de los seguros, ello trae una serie de efectos sobre la manera en que las organizaciones solían administrar su gestión de marketing; es frecuente que las aseguradoras contraten los servicios de agencias especializadas para que elaboren, diseñen e implementen campañas publicitarias, sin verificar las consecuencias que pueden producirse sobre la relación contractual. A veces los asesores y las aseguradoras tienen conciencia de la normatividad existentes en materia de prácticas desleales y sobre el régimen general de la publicidad, pero será necesario que el control legal de la publicidad, al interior de las aseguradoras, tenga en consideración los efectos de la integración de la publicidad a las CG. Recordemos que ya la jurisprudencia norteamericana tuvo acercamientos concretos a esta problemática: en el caso *Dobosz Vs. State Farm Fire and Casualty Co-1983*²⁹, un tribunal condenó a la aseguradora fundándose, en parte, en un folleto promocional en el cual se hacían referencias generales a las coberturas y se presentaban gráficos de éstas, dentro de los cuales se encontraba la imagen de una ventana por la cual entraba lluvia que generaba un daño en el interior de la casa.

3.2.4.1. El problema probatorio de la integración de la publicidad

El problema de la integración de la publicidad, sin embargo, no puede reducirse simplemente a identificar una pauta interpretativa según la cual la publicidad hará parte de las CG. También hay que tener presente que, siendo el contrato de seguro, un negocio que (admitiendo algunas diferencias propias de algunas legislaciones nacionales)³⁰ sólo puede probarse por escrito, podría pensarse que han quedado en el aire, probatoriamente hablando, los medios publicitarios distintos al escrito, como son la

29 *Dobosz* adquirió una “póliza especial de todo riesgo”, calificada por el agente como “la mejor en el mercado”. El agente le entregó un folleto promocional en el cual se hacían referencias generales a las coberturas y se presentaban gráficos de éstas, dentro de los cuales se encontraba la imagen de una ventana por la cual entraba lluvia que generaba un daño en el interior de la casa. *Dobosz* sufrió filtraciones de agua en el sótano que *State Farm* se negó a pagar. El Tribunal, condenando a *State Farm* tuvo en cuenta: la promoción que había hecho el intermediario, en la que se recalca que la póliza era todo riesgo; el título de la póliza (todo riesgo); y las imágenes del folleto promocional, que inducían a pensar que estaban cubiertas las filtraciones de agua. (BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, quien le da el crédito a MAYHEW).

30 En Colombia, por ejemplo, podría probarse también por confesión, con las dificultades reales que ello significa.

radio, la televisión y la internet. Este problema ha sido soslayado ya en la legislaciones como la colombiana, que sin haber pretendido resolver este intríngulis, sino el problema general de la virtualidad probatoria de todo tipo de información presentada en forma de mensaje de datos. El artículo 6° de al Ley 527 de 1999, señala que:

“Art. 6° Escrito: Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho o con un mensaje de datos, si la información que ésta contiene es accesible par a su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en caso de que la información no conste por escrito”.

Y, acto seguido, el art. 10, ordena:

“Art. 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del título XIII, sección tercera, libro segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

Así que el problema probatorio de la integración de la publicidad puede superarse sin inconvenientes.

3.2.4.2. Condiciones abusivas en los medios publicitarios

La integración de la publicidad no puede bajo ninguna circunstancia convertirse en una herramienta de abuso por parte de las aseguradoras. La conciencia de que la publicidad se integrará a las CG no puede dar lugar a que los medios publicitarios se conviertan en herramientas contractuales para insertar cláusulas o condiciones abusivas. Es frecuente que en los folletos consten leyendas como “*válido hasta agotar inventarios*” o “*aplican restricciones*”, así como es frecuente que en los programas publicitarios que se transmiten por radio o por televisión se presenten avisos o leyendas que por pronunciarse rápidamente, cual trabalenguas, o por salir en una zona de la pantalla en

que, por el tamaño de la letra, o por su color son ininteligibles. Pues bien, en esos casos la publicidad, por contrariar el principio de la buena fe, no se integrará a las CG.

Nos atrevemos a sostener que aunque existe una clara alteración del principio de igualdad, pues la publicidad se integrará cuando por ello se protege al consumidor, y en cambio se excluirá si, violando el postulado de la buena fe, lo perjudica, el profesional debe soportar esta desigualdad en la distribución de las cargas pues existe precisamente una asimetría en la información, generada por éste, que hace *unconcionable* las condiciones vejatorias.

4. SISTEMAS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

La asimetría en la información, y la desigualdad económica que existe alrededor de la formación del consentimiento del contrato, aunado a las tendencias que recién se señalaron, hacen necesaria la creación y la armonización de algunos elementos que devuelvan el equilibrio a la relación contractual y económica, integrando un sistema. Estos elementos involucran a las distintas ramas del poder público, a las aseguradoras y a los consumidores de seguros. Aunque la pertinencia de cada sistema depende en gran medida de las condiciones propias de cada mercado, del ordenamiento jurídico propio de cada Estado, de la libertad presupuestal que confiera el gobierno al asunto y al avance psicosociológico de los consumidores de seguros, existen algunos elementos mínimos que deberían tenerse en cuenta al momento de implementar dicha construcción.

4.1. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El control que realizan las agencias públicas puede ser previo, que tiene lugar antes de que circulen las CG, o sucedáneo, que opera una vez éstas se han suscrito en los contratos de seguro.

4.1.1. CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO

La administración pública es depositaria del deber de controlar el contenido de las CG. Este control puede hacerse antes de que se empiecen a comercializar y distribuir las

CG o después de que éstas han empezado a circular. En países como Colombia y Argentina, los órganos que ejercen la función especial de policía administrativa aprueban, en mayor o menor medida, las CG. En Colombia, como se vio, tan sólo es necesario aprobar las CG de las pólizas que acompañarán un nuevo ramo que se abre; en Argentina, radicalmente opuesto, es obligatorio que la Superintendencia apruebe todas y cada una de las CG de los contratos de seguro.

Un SCCGS debe gozar de una instancia como ésta, en la cual la entidad administrativa, antes de que se pueda producir cualquier violación al interés general de los consumidores de seguros, debe intervenir en la redacción de los clausulados. La pregunta que hay que hacerse es hasta que punto debe intervenir. ¿Será necesario que apruebe, una por una, las CG que existen en el mercado, o bastará que apruebe algunas, como aquéllas sobre las cuales girarán la gran mayoría de los contratos de cierto ramo? La cuestión no es clara y debería acompañarse con datos estadísticos que indiquen la eficacia de un sistema que verifique previamente todas y cada una de las CG, como sucede en Argentina, donde no parece haber ningún escollo en que las CG no aprobadas por la Superintendencia de Seguros sean nulas (art. 1038 Código Civil). Sin embargo, nos cabe la duda de esta posibilidad pues como indica VEGA MERE,

“No imaginamos mínimamente el tiempo que tomaría una institución centralizada en aprobar las CG y el número de transacciones que se quedaría en estado de hibernación por la lentitud y eventual carencia de conocimientos técnicos e incentivos”³¹.

En nuestra opinión, la construcción de un sistema, idealmente debería controlar todas y cada una de las CG de los contratos de seguro. Esta posibilidad, con todo, debe circunscribirse a dos criterios básicos que inundarán, no sólo el esquema de control previo de CG, sino cada fragmento del sistema de su control, a saber: primero, el grado de publicación y tuismo que se le quiera otorgar al SCCGS, esto es, el nivel de intervención estatal que quiera desatarse; y, segundo, la riqueza presupuestal del sistema, de la cual dependen los recursos humanos y tecnológicos que se le destinarán al instrumento de control previo.

El sistema colombiano de control previo se encuentra más cerca del extremo liberal y tímido de control en su nivel de intervención, pues, al menos cuantitativamente no revisa muchas CG. Supóngase que, como ordena el EOSF, la SB haya aprobado los clausulados con los cuales cada compañía vigilada quiso abrir un ramo. Si multiplicamos el número de compañías vigiladas por los ramos que cada entidad ha logrado aprobar el resultado es desestimulante frente al universo de CG que se pueden ver en el mercado. Pero a

31 VEGA MERE, *op. cit.* pág. 573.

este numero habrá que sumarle la cifra, no muy alta, correspondiente a las CG que se remiten a esa autoridad para su *depósito*, obligación que no todas las empresas cumplen con el rigor que se debiera pues la SB no cuenta con los instrumentos para identificar cada nueva póliza que se diseña. Pensando una nueva construcción de un sistema colombiano de control previo de las CG del contrato de seguro, y poniéndonos más a tono con la necesidad declarada e internacional de profundizar en la eficacia de la protección de los consumidores de seguro la SB podría propiciar una reforma de la CBJ encausada a ampliar su campo de acción de revisión de contenido previo. Los puntos básicos de este sistema de control previo podrían ser los siguientes:

- * La SB debe aprobar las CG de las pólizas que pretendan acceder a nuevos ramos cuya aprobación se solicita.
- * La SB debe aprobar también las CG de contratos que surten efectos sobre un sinnúmero de asegurados, que encubren cierto interés público o social, no obstante el ramo al cual acceden ya haya sido aprobado:
 - CG de pólizas de seguro de vida grupo.
 - CG de pólizas colectivas.
 - CG de SOAT.
 - CG de los seguros de responsabilidad civil de las empresas transportadoras regulados en los decretos 171,172,173,174 y 175 de 2001.
 - CG de los seguros relacionados al sistema general de seguridad social
 - CG de los seguros que, tras un análisis estadístico, se hayan identificado como propicias para que germinen cláusulas abusivas³².

Adicionalmente, el diseño de un sistema colombiano de control previo de CG deberá mantener el régimen de depósito de clausulados que se ofrecen, como la propia CBJ indica *habitualmente*, con el ingrediente de que a la obligación debe acompañarla un criterio razonable y objetivo que defina cuando una póliza se usa *habitualmente*.

Sea cual sea la arquitectura que se implemente, la efectividad de una sistema de control previo de contenido de las CG del contrato de seguro, reside en las facultades de la administración de impedir que se utilicen aquellas CG que sufren de reproche. Estas facultades pueden crecer progresivamente, yendo desde la facultad de imponer sanciones

32 La base de datos CLAB indica que los ramos en los cuales se encontraron más cantidad de cláusulas vejatorias fueron los de autos (21%), vivienda (21%), responsabilidad civil (13%) y vida (8%).

pecuniarias ante una violación; prohibir la utilización de una póliza; negarse a la aprobación de una cláusula, en el caso en que corresponda a aquélla el trámite de autorización o impedir su utilización cuando ellas son de la que se deben *poner a disposición*; imponer sanciones personales a los administradores

4.1.2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO SUCEDÁNEO

En un SCCGS, los consumidores de seguro tienen la facultad de acudir ante la autoridad administrativa para impugnar el contenido de las CG. El diseño del sistema variará de conformidad con la organización del poder público pues es concebible la adjudicación de tales funciones a un ente centralizado, como puede ser la SB, como la creación de entidades técnicas que se extienden a lo largo del territorio, con menor estructura presupuestal que las superintendencias pero mayor especialidad en los asuntos de protección del consumidor. En España, la función de control sucedáneo se ha encargado a los notarios y a agencias administrativas especialmente encargadas de ello. La función del control administrativo sucedáneo es servir de receptáculo de quejas de los asegurados frente a las prácticas y disposiciones abusivas de las aseguradoras, y sus atribuciones deberían ir desde la apertura de pliegos de cargos contra las compañías hasta, en lo posible, y superando el temor de los gremios y de los empresarios, para hablar del caso colombiano, ejercer funciones jurisdiccionales declarando los presupuestos de ineficacia de una estipulación. Sin que necesariamente se limiten a ella, creemos que el control administrativo sucedáneo se materializará en gran medida con la comparación de las CG que se ponen en su conocimiento con la lista negra de cláusulas abusivas

Los órganos administrativos, para dar fuerza a sus pronunciamientos, y reorientar las actuaciones de las compañías aseguradoras deberán desplegar los procedimientos y facultades sancionatorias que les conceden las leyes, las que incluyen la imposición de sanciones personales a los directores y empleados

4.2. REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El diseño de un SCCG es efectivo en tanto y en cuanto trascienda la órbita de la relación contractual establecida entre un consumidor del seguro y una compañía de seguros y llegue a afectar todas las relaciones económico-jurídicas que giran alrededor de un determinado clausulado. En ese sentido, es fundamental contar con una herramienta que haga públicas la CG de los contratos de seguro de un sector y que permita la homogeneización de los cuestionamientos que se le hagan a éstas, como es la presencia

de una cláusula abusiva³³. Para lograr estos dos objetivos valdrá establecer un registro de CG del contrato de seguro³⁴.

En España para ver un modelo, existe un registro de las CG de la contratación, en el cual podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto a la legislación, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a, instancia de cualquier interesado. No obstante, el gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente, puede imponer la inscripción obligatoria en el registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación, facultad que podría orientarse hacia un registro de las CG del contrato de seguro³⁵.

En el Registro español también se documenta la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no-incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el ordenamiento jurídico, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, que se traduce, en suma, en la publicación de toda decisión judicial o administrativa que cuestione la legalidad de las CG

Para que un registro cumpla su función deberán satisfacerse algunas pautas mínimas: El registro de CG del contrato de seguro será público; todas las personas tendrán derecho a conocer el contenido de los asientos registrales; la publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control de una autoridad administrativa de carácter técnico-jurídico; la inscripción de las CG podrá solicitarse por el predisponente, por el consumidor y los legitimados para ejercer las acciones administrativas y judiciales idóneas cuestionar la validez de las CG; el acceso al registro, además de público deberá ser eficaz, para lo cual deberán utilizarse las ventajas de medios informáticos como la

33 El efecto de homogeneización puede lograrse, pensamos, por dos vías. Puede considerarse, así sea teórica, pero razonadamente, como lo ha hecho la Comisión de las Comunidades Europeas, que los efectos de una sentencia que declara el carácter abusivo de una cláusula sean *erga omnes* (Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, Bruselas 27 de abril de 2000). O puede disponerse que los resultados de una sentencia o resolución administrativa sobre unas CG del contrato de seguro se publiquen en el registro de CG de tal suerte que sean un precedente de referencia obligatorio para las instancias judiciales y ejecutivas.

34 Evidentemente la creación de un registro de CG del contrato de seguro supone la creación de un registro de condiciones generales del los contratos en general.

35 Ley española sobre condiciones generales de la contratación Ley 7/1998, de 13 de abril.

Internet o sistemas de consulta en línea. Si quisiera ambicionarse podría sugerirse que el registro tenga en consideración no sólo las decisiones administrativas y judiciales, sino también los conceptos de los defensores de los asegurados.

Aunque en rigor son dos aristas diferentes del SCCGS, el sistema de control administrativo previo puede coexistir con el método de registro de CG. Parcialmente ello es lo que ocurre en la legislación colombiana, en la que la SB aprueba algunas CG del contrato de seguro y asimismo guarda el depósito de todas aquellas que reposan en su despacho. En Colombia queda por fuera, claro está, la función de registrar las decisiones judiciales y administrativas que hayan atacado las CG del contrato de seguro, pero nada obsta para que una reforma al EOSF, le confiera tal atribución a la SB. Este sistema mixto puede resultar apropiado cuando se enmarca dentro de una política de gobierno tendiente a reducir el tamaño del Estado concentrando funciones o fusionando entidades.

4.2.1. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La preocupación fundamental relacionada con el control legal de las CG del contrato de seguro está en la inclusión de las cláusulas abusivas. La bondad de un SCCGS depende en gran medida del tratamiento que se le dé a estas cláusulas, tratamiento en el cual intervienen, más que nunca, todas las ramas del poder público: el legislador, por un lado, deberá considerar el establecimiento de una lista negra de cláusulas abusivas, a lo menos para las CG de la contratación, y si fuera posible, para las CG del contrato de seguro; la administración pública debe tener el poder, al menos al aprobar las CG, de abstenerse de autorizarlas ante el acuso de una cláusula abusiva; y el juez, debe desatar criterios de interpretación efectivos e inminentemente protectores del consumidor.

4.2.2. LISTAS NEGRAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS³⁶

El acuñamiento de una lista negra de cláusulas abusivas es un paso necesario en la arquitectura de un SCCGS. Se ha visto que, a pesar de su universalismo y de su innegable importancia, la apelación al principio de la buena fe y a las normas de carácter imperativo

³⁶ Por lo pronto anotemos que algunas legislaciones extranjeras, como el derecho comunitario europeo, la brasileña y la argentina han enunciado cláusulas que, por su especial contenido ofensivo, se entienden no incorporadas en el contrato o pueden adolecer de nulidad. Estas cláusulas se han enumerado en listas denominadas *listas negras*.

se ha vuelto insuficiente para la protección rápida y segura del consumidor del servicio de seguro. En ningún momento queremos sugerir que el principio de la buena fe no sea el eje sobre el cual se desplace la relación jurídica, sino que la amplitud del concepto se deprecia frente a la existencia de listas negras que, afiladamente evitan cualquier discusión y facilitan, casi como con una *check list*, la calificación de abusividad de una cláusula inmersa en CG.

La Comisión de las Comunidades Europeas, haciendo énfasis en las virtudes de las listas negras, frente al criterio amplio de la buena fe, indicó que

“En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado reiteradamente la importancia que, en aras de la seguridad jurídica, reviste el hecho de que los ciudadanos gocen de una situación jurídica clara y precisa que les permita tener pleno conocimiento de sus derechos”.

Por otro lado, y en gracia también de la seguridad jurídica, es vital que el legislador, indique sin asomo de duda el nivel de ineficacia que sufrirán las cláusulas abusivas, prefiriendo a todo trance, no importa el nombre técnico que calce, un nivel en el que la disposición no produzca efecto alguno sin necesidad de declaración judicial.

4.2.3. ¿INEFICACIA O NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS? LA NECESIDAD DE AVANZAR HACIA LA INEFICACIA

Por un tiempo, incluso en alguna oportunidad nos mostramos confesos de esta posición. Considerábamos³⁷ que las cláusulas abusivas adolecían de nulidad absoluta por violar el principio imperativo de la buena fe. Ello fue cierto hasta que aparecieron normas que crearon una nueva causal de ineficacia

Por suerte hay un nuevo consenso en que las CG que violen normas imperativas, especialmente las que hacen referencia al principio de la buena fe, son ineficaces. En materia de CG del contrato de seguro existe una disposición de carácter especial (art. 184 del EOSF) que textualmente castiga con la ineficacia a las pólizas que no se ciñan a las normas que regulan el contrato de seguro y a las demás normas de carácter imperativo, dentro de las cuales brillan los artículos 1603 del CC y el 871 del CCo. Pero esta norma sigue siendo insuficiente si se piensa a favor de un SCCG del contrato de seguro.

37 LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS, “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro”, *revista Universitas jurídica y socioeconómicas*, n° 105, Pontificia Universidad Javeriana, junio de 2003.

Hay un claro separamiento de la clásica teoría de la nulidad y de la ineficacia, pues, si recordamos las enseñanzas del profesor OSPINA FERNÁNDEZ, que logró hacerse reconocer no sólo en Colombia sino en toda Latinoamérica, las causales de nulidad responden a la existencia de vicios que de alguna manera han afectado un negocio que aunque espúreo, existe. La ineficacia en cambio supone lo contrario, que el acto nunca existió para el derecho pues no coincidieron los elementos esenciales del acto o contrato. La nueva *praxis* del derecho de las condiciones generales ha roto la estructura clásica de los niveles de eficacia de los contratos y ha creado una causal de ineficacia que no atiende a los elementos esenciales del acto. Es diáfano el dominio, el influjo del derecho del consumidor sobre el derecho civil. Postura acertada además, pues la declaratoria de nulidad en nada beneficia al asegurado, que lo que busca a ciencia cierta es la existencia de cobertura, siendo más adecuado responsabilizar a la aseguradora por violar las cargas de información y respeto a las expectativas del asegurado, obligándole a asumir los efectos y a honrar las expectativas legítimas del consumidor del seguro.

Ahora, incluso con ese paso inmenso, esta medida no es lo suficientemente garantista para el consumidor de seguros ya que es menester atar el concepto de la ineficacia a una estructura de listas negras. Un SCCGS al valorar la abusividad de una cláusula debe preferir el ejercicio de encuadramiento de una cláusula contractual dentro de la planilla de cláusulas abusivas de una lista negra, frente a la ardua y compleja valoración de si una cláusula ha violado el derecho imperativo y el principio de la buena fe. El avance que se sugiere es más profundo, consiste en identificar como abusivo y como ineficaz, el abanico que abren las listas negras³⁸. Ante la imposibilidad de hacer esta verificación inmediata, podrá acudir a la estrategia de aproximarse a la violación del principio de al buena fe o del derecho imperativo.

4.2.4. DICTADO DE NORMAS IMPERATIVAS Y SEMIIMPERATIVAS

El profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO, se refiere al “dictado de normas imperativas y semiimperativas”³⁹ como un presupuesto para la protección del asegurado. Pues también es un presupuesto para un correcto SCCGS. En legislaciones como la nuestra, existen

38 Paralelamente, destacamos la importancia de que las listas negras sean verdaderamente negras, y no grises. Son negras cuando toda cláusula que caiga en la lista es ineficaz. Es gris por el contrario cuando no necesariamente es abusiva. La base de datos CLAB demuestra la efectividad de las listas negras ya que de 1849 casos planteados, 1689 hacían referencia a listas negras, al tanto que el resto lo hacían a listas no vinculantes.

39 JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, “La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. n° 15, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, AIDA-CILA, FIDES. 2001, pág. 129 y sigs.

normas que indican, uno a uno, los artículos del capítulo correspondiente al contrato de seguro que no pueden modificarse. Así, el artículo 1162 reza que,

“Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1º, 2º y 4º), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159”.

Y a renglón seguido, el artículo en cita enumera aquellas normas que son semiimperativas, para usar el vocablo que acuña JARAMILLO JARAMILLO:

“Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3º), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1º), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161”.

Las autoridades judiciales y administrativas deben tener conciencia de este tipo de disposiciones y adoptar las medidas conducentes a su garantía y plenitud. Con todo, para que el SCCGS sea efectivo debe conjugarse un listado de normas imperativas y semiimperativas con una disposición legal, como el art. 184 del EOSF, que sancione con la ineficacia la violación a estas normas imperativas y semiimperativas, pues, de lo contrario, el alejamiento de la lista de normas imperativas y semiimperativas tan sólo produciría la nulidad absoluta. De allí, de nuevo, la importancia de darle pleno curso y aplicación a la ineficacia de las cláusulas abusivas en las CG.

4.3. CONTROL JURISDICCIONAL

Aunque para nuestro gusto, la producción de decisiones administrativas tiene la virtud de la celeridad y de la especialidad, a la rama judicial también le cabrá una responsabilidad grande para el correcto funcionamiento del SCCGS. El control jurisdiccional, a diferencia del administrativo, es un control que se realiza *expost*, que supone que las CG que llegan a su conocimiento han pasado por el riguroso examen de las entidades administrativas, que han sido aprobadas por la autoridad oficial, que han sido publicadas en el registro de CG del contrato de seguro, y que no obstante todo ello, existe motivo de reclamación por parte de un asegurado que clama por la protección de sus derechos que no son satisfechos por las CG. Muy probablemente el caso que llega a la competencia del juez rodó por las oficinas de la administración pública, del defensor del asegurado y en general de otras instancias de reclamación pues no es una mentira para nadie que la reclamación judicial, por los costos de transacción que implican y por el tecnicismo innato, es la última de las reclamaciones que se impetra.

En el foro judicial, a diferencia de lo que ha debido suceder en el escenario del control administrativo previo, el juez tiene el deber, en un primer nivel, de verificar las normas de cerramiento del sistema, esto es, el principio de la buena fe y la doctrina de las expectativas razonables del asegurado, y un segundo, de verificar el cumplimiento del *principio de transparencia*⁴⁰.

4.3.1. APLICACIÓN DE NORMAS DE CERRAMIENTO DEL SISTEMA: EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA TEORÍA DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES

No porque así lo obligue la ley, sino porque es la lógica razonable como se revisaría una controversia en la que media una cláusula abusiva, lo que como primera medida realiza una autoridad administrativa al revisar las CG es cotejar el clausulado con una lista negra. Ello es ciertamente más fácil que dar el duro debate acerca de si la cláusula se aparta del principio de la buena fe, que más parece ser, aunque sea sólo una impresión psicológica, competencia de los jueces.

La práctica sugiere, que razonablemente, habida consideración del tránsito que habrá sufrido la disputa, que ha cursado por las instancias del control administrativo previo y del control administrativo sucedáneo, ante la órbita jurisdiccional la función del juez (sólo por el avance del conflicto) se analizará primordialmente la verificación del principio de la buena fe y de las expectativas razonables del asegurado.

Tan sólo en subsidio, pero en un subsidio práctico, no legal, pues la técnica sugiere que cualquier examen empezará por el sendero fácil que abren las listas negras, deberá acudir al principio de cerramiento del sistema del criterio amplio de la buena fe y a la teoría de las expectativas razonables⁴¹.

40 La Comisión de la Unión Europea ordena en el artículo 5° de la Directiva 13/93CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que las cláusulas contractuales propuestas a los consumidores deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. El *principio de transparencia*, que constituye la base del artículo 5°, presenta distintas funciones según que se asocie con otras disposiciones de la Directiva. Por un lado el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales al momento de la conclusión del contrato o el contenido de las condiciones contractuales. Asimismo, el principio de transparencia debe garantizar que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.⁴¹ La propia Comisión sufrió la dificultad de obtener las condiciones generales que regirían los contratos una vez celebrados y resultó especialmente difícil en los estudios relativos a los contratos de seguro. (Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe* de la comisión sobre la aplicación de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

41 La otra modulación que, al lado de la regla contra proferentem, recibe el ejercicio de interpretar condiciones generales de seguro tiene que ver con la teoría denominada de las expectativas razonables. Autores como KEETON,

La práctica sugiere, que razonablemente, habida consideración del tránsito que habrá sufrido la disputa, que ha cursado por las instancias del control administrativo previo y del control administrativo sucedáneo, ante la órbita jurisdiccional la función del juez (sólo por el avance del conflicto) se analizará primordialmente la verificación del principio de la buena fe y de las expectativas razonables del asegurado.

En aras de la seguridad jurídica el SCCGS deberá construir un criterio unívoco acerca del principio de la buena fe resultante de una evaluación global de los distintos intereses en juego, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio de seguro y considerando, en el momento de la celebración del contrato, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa, lo que se puede resumir en la “razonabilidad jurídico económica” de la cláusula cuestionada⁴².

Dice BALLESTEROS GARRIDO que:

“Toda pretensión del predisponente de ejecutar el contrato en términos distintos a los que podía esperar su contraparte, justificados en unas Condiciones generales

MURRAY, DUGAN, ABRAHAM, SLAWSON, KRIDER⁴² y con especial protagonismo MAYHEW (todos ellos citados y explicados por BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 167 y sigs., en particular Cf. MAYHEW W.A. (*Reasonable expectations: seeking a principled application*. Pep. L.R. VG.13. 1985, en BALLESTEROS GARRIDO, *ibidem.*) quien ha desarrollado la teoría a partir del contrato de seguros), han estudiado lo que durante la última mitad del siglo pasado se ha denominado *principle of the reasonable expectations*. Según esta propuesta:

“(…) *the objectively reasonable expectations of applicants and distended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations*”. (MAYHEW, *op. cit.*) Esta doctrina se preocupa por determinar cuál es el contenido del acuerdo alcanzado en el verdadero consentimiento contractual, a partir de la apariencia creada por el oferente, con ayuda de la buena fe objetiva. La innovación del postulado de las expectativas razonables reside en que se parte del supuesto, contrario a lo que ha afirmado nuestra Corte Suprema de Justicia, de que en los contratos por adhesión a condiciones generales no es posible interpretar el acuerdo, ya que éste no existe verdaderamente. Ello obliga a reestructurar los términos sobre los cuales ha habido una real coincidencia de la voluntad para proteger lo que el tomador persiguió al adherirse al acuerdo.

Ciertamente el principio de las expectativas razonables es un criterio que tuvo sus orígenes en sistemas anglosajones.

Y se ha normalizado en el derecho positivo estadounidense, en el comunitario europeo, y en algunos ordenamientos locales, dentro de los cuales se resalta la ley portuguesa. Para importar este instrumento interpretativo a Colombia, aún faltan años de decantación y estudio, pero, por ahora, habrá de considerarse que en el mundo, ya varias legislaciones y tribunales lo subrayan dentro del abanico de estructuras que puede utilizar el juez en defensa del adherente. En la historia del derecho muchas veces el legislador ha convertido en leyes, principios o tendencias que han decantado y aplicado los jueces; ello sucedió con principios como el de la conservación de los actos jurídicos, la teoría de la imprevisión, el manejo del *habeas data*, lo cual sugiere que del estudio de dichas *judge-made theories* puedan brotar aportes valiosos al derecho escrito.

⁴² La tendencia de objetivizar el concepto de buena fe, suprimiéndolo los componentes extrajurídicos, parece cobrar fuerza, (art. 10.1 LDCU, art. 9 AGBG alemana).

que éste había firmado en la confianza de que respetaban la distribución de derechos y obligaciones derivados de la naturaleza y finalidad del contrato, defraudarían tal confianza y violaría, en consecuencia, el principio de buena fe. Por eso, cuando el juez debe determinar el contenido de un contrato, concediendo eficacia a unas condiciones generales o negándose a por no estar comprendidas en la aceptación expresada por el acto de adhesión, el principio de buena fe exige que no acuda a la literalidad del texto suscrito sino “al sentido correspondiente a la convención social de la ordenación contractual o relación obligacional que se le somete”, que se corresponderá con las expectativas razonables del adherente, derivadas de la confianza que haya depositado en el proferente en función de la apariencia por éste creada”⁴³.

4.3.2. CRITERIOS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN

Si la controversia ha superado las esferas de las autoridades propias del derecho del consumidor y se ha ventilado ante los estrados judiciales, el conflicto debe ser resuelto, no solo con las herramientas del derecho del consumidor, sino también con las herramientas de interpretación propias del derecho de los contratos. Así, el juez deberá reconocer la aplicación de algunos principios básicos de interpretación contractual contemporánea, como son el principio *contra proferentem* y el de las expectativas razonables.

El juez también debe, interpretado el contrato y restablecidas las expectativas del asegurado, declarar la ineficacia⁴⁴ de las C.G. que han dado lugar a abuso, para remitir copia de dicha providencia al registro de C.G. del contrato de seguro.

Encontramos un problema en la aplicación de la regla *contra proferentem*. Supóngase que un asegurado tiene conciencia de los efectos de una cláusula que, no obstante ello, es poco clara o de redacción demasiado técnica. Ante este escollo el juez no puede aplicar, fría e inconsultadamente la regla *contra proferentem*, pues no puede conceder al asegurado un efecto jurídico que va más allá, y más en su favor, que el que legítimamente entendió que existía y que integraba sus expectativas razonables. El límite de la regla *contra proferentem* son las expectativas razonables del asegurado.

43 BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, pág. 248.

44 En ningún momento queremos indicar que la ineficacia requiere declaración judicial, sino que, como se ha visto en la práctica procesal, es conveniente, para evitar cualquier disputa, que un juez así lo declare.

“La regla *contra proferentem*, anota Ballesteros Garrido, debe utilizarse cuando existe una duda sobre el sentido de una cláusula contractual que no haya podido aclararse por los demás métodos de interpretación de la voluntad común de las partes; pero ha de tratarse de una duda en sentido subjetivo, no meramente objetivo; no es admisible que se utilice como medio para lograr resultados más justos por medio de la corrección de lo que realmente se acordó, aprovechándose de una redacción ambigua pero bien entendida por las partes, porque para eso existen otras técnicas más apropiadas; tampoco que se utilice indiscriminadamente para conceder una ventaja al adherente cuando ésta no era realmente esperada”⁴⁵.

4.3.3. VERIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y COMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO

En ejercicio del control jurisdiccional de CG del contrato de seguro, el juez deberá recabar en la verificación del principio de transparencia y completar las CG que adolecen de vacíos. Esta es una función eminentemente interpretativa, que se aleja un poco de la teoría de las cláusulas abusivas, dado que se esfuerza por dar validez al contrato mediante la armonización de algunos efectos jurídicos. La violación al principio de transparencia (claridad conceptual y física) debe llevar al juez a encontrar el verdadero sentido de la cláusula, lo que se logra mediante la complementación del texto gracias a otras disposiciones contractuales, el derecho positivo y la publicidad.

4.4. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Para que fluyan las modificaciones que se proponen a nivel del derecho sustantivo, es menester que a ellas las acompañen otras modificaciones en el factor de competencia de los jueces y de las entidades administrativas y en los procedimientos a través de los cuales se desatarían las investigaciones y las sanciones. No nos preocupan tanto los procedimientos que organicen las agencias administrativas, pues usualmente son cortos y tecnificados; mientras que la rama judicial sí merece más atención y sus procedimientos exigen modificaciones, especialmente por la larga duración del procedimiento y por el gasto que los gimnastas procesales logran para alargar y posponer cada etapa y cada paso. Para atender ésta preocupación, países como Italia han creado procedimientos de *urgencia* con criterios específicos. Los estados miembros de la

45 BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, pág. 287.

Unión Europea se refieren⁴⁶ a dos tipos de acciones, la de cesación, la de retractación y la de declaración.

En la transposición de la Directiva al derecho español se describieron dichas acciones así:

“Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa.

1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

[Este apartado segundo ha sido modificado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8-1-2000), disposición final sexta, apartado í.]

3. Por medio de la acción de retractación se insta la imposición al demandado, sea o no el predisponente, de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

[Este apartado tercero ha sido modificado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8-1-2000), disposición final sexta, apartado 2.]

4. La acción declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, Inciso final, de la presente ley”.

46 Un ejemplo distinto de acción para el control judicial es que se puede ventilar ante la jurisdicción de de Estados Unidos de América del Norte, diseñada para atender cuestiones de baja cuantía bajo un procedimiento abreviado.

En relación con la definición de la competencia según la materia puede optarse por conferírsele a jueces específicos, como ocurre en el Reino Unido, en Irlanda y en Estados Unidos (con la High Court, la Market Court y las Small Claim Courts respectivamente) o referirla a tribunales ordinarios, como ocurre en la mayoría de Estados de la Unión Europea. El juez y las agencias administrativas deberán tener facultades oficiosas para iniciar los procedimientos, habida cuenta que existe un interés público en que las cláusulas abusivas no produzcan efectos.

Como lo decíamos, un SCCGS es efectivo en cuanto a que tenga la virtud de expandir sus efectos sobre todos los contratos celebrados bajo unas mismas CG. Revítese el siguiente problema que ha sido puesto de manifiesto por la Comisión de las Comunidades Europeas:

“otro problema igualmente importante es el que se plantea en relación con las consecuencias del efecto de cosa juzgada no sólo entre las partes sino también sobre la cláusula en cuestión. Por un parte, una decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula solo es vinculante para el profesional encausado, por lo que los efectos de la decisión no afectan a otros profesionales que utilizan cláusula idénticas. Estas decisiones son, pues, en gran medida ineficaces para sanear el mercado. Supongamos que un centenar de empresas utilizan la misma cláusula abusiva. En caso de que una de ellas sea objeto de un fallo judicial declarando la supresión de la cláusula en cuestión, esta decisión no surtirá efecto alguno frente a las otras 99 empresas. Sólo encausando a todas y cada una de ellas se podría prohibir la utilización en sus contratos d cláusulas que tienen efectos idénticos a los de la cláusula ya declarada abusiva. Además, el primer fallo provoca una situación de distorsión de la competencia entre la empresa que tiene que renunciar a la utilización de al cláusula y las que pueden seguir utilizándola con toda impunidad”⁴⁷.

Para evitar este tipo de situaciones, debería estudiar la posibilidad de establecer un procedimiento especial que permitiera solicitar una nueva sentencia a fin de ampliar los efectos de la primera a las demás aseguradoras. En tal hipótesis habría a que garantizar, por supuesto, el derecho a una defensa justa de los demás profesionales, llamando como parte a cada entidad autorizada por la entidad administrativa competente, como la SB.

47 Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la directiva 93/13/CEE del Consejo*, *op.cit.*, pág. 24.

4.5. MARCO REGULATORIO ESPECIAL

Las entidades estatales, instituciones privadas y los particulares que desarrollan funciones administrativas y judiciales, deben evolucionar armónicamente en su actitud y en su coordinación. Si existe un marco jurídico, éste debe revisarse. Y si no, debe crearse uno. ¿Y qué hacer, habrá que propiciar una reforma a los códigos civiles o expedir nuevas leyes de carácter especial? ALPA y DASSIO, explican que,

“la elección entre la modificación de los códigos civiles y la promulgación de una ley especial tiene mayor trascendencia de lo que podría parecer: en el primer caso, la modificación adquiere un valor institucional, es una señal de que el legislador quiere introducir unas reglas que, aunque dirigidas primordialmente a un determinado sector del mercado (profesionales y consumidores), adquieren un mayor valor al trascender a los principios generales que disciplinan los contratos y sobre los que reposa el sistema; en el segundo caso, la promulgación de una nueva ley sectorial tiene un valor técnico, aparentemente neutro, parece que el legislador quiere “sectorizar” los intereses protegidos, circunscribiendo las reglas dictadas al sector afectado, sin que trasciendan al marco contractual general”⁴⁸.

4.5.1. PRINCIPIOS DEL MARCO NORMATIVO DE UN SISTEMA DE CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El marco de regulación del sistema deberá abrazar, como principios cardinales los siguientes:

- La necesidad de que los agentes oficiales busquen la efectiva protección de los asegurados: en ese sentido, una norma (como en Colombia lo hizo la Ley 45 de 1990) deberá elevar a la categoría de ley, el principio de protección al asegurado. Amparados por dicho mandato, corresponde a la administración pública abrir los espacios para el correcto funcionamiento de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de control.
- El marco deberá garantizar que las normas sobre las que se funda el SCCGS confieran a los agentes del mercado la confianza suficiente para desarrollar su actividad económica y construir sus vínculos contractuales. En ese orden de ideas las normas deben ser, a la vez, lo suficientemente rígidas y lo suficientemente flexibles para

48 BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, pág. 221.

infundir confianza, evitar el estancamiento de la industria aseguradora y promover la protección de los derechos de los adherentes a CG de contratos de seguro.

El marco regulatorio del SCCGS debe construirse con la conciencia del efecto su impacto sobre el desarrollo económico del sector asegurador, sobre la integridad del sistema financiero y asegurador y sobre la efectiva promoción de los derechos de los asegurados; debe ser consistente con el derecho positivo y tener presente las limitaciones presupuestales de cada Estado

- El marco regulatorio debe ordenar una correcta distribución, separación y articulación de las funciones legislativa, reguladora, ejecutiva y juzgadora, todas unidas por el principio de protección del consumidor de seguros y laramente evasoras de los conflictos de competencias.
- Una de las bases del sistema debe ser la que permita disponer lo necesario para que las entidades que integran el SCCGS cuenten con recursos financieros y tecnológicos razonables para cumplir sus deberes de manera profesional y objetiva.

4.5.2. AUTORREGULACIÓN

Dentro del marco de normas sobre las que se edifica el SCCGS, las aseguradoras podrán definir reglas de autorregulación como manuales de procedimiento, códigos deontológicos e instructivos que relieven la importancia de ajustar las CG a la normatividad. Idealmente la autorregulación puede hacer parte de un sistema especial de administración de riesgos de seguros (SEARS), que el regulador obligue a implementar (título VI. CBJ).

4.5.3. EL DEFENSOR DEL ASEGURADO

Como una entidad paraestatal, muchas jurisdicciones han creado la figura del defensor del consumidor o defensor del asegurado. Estos organismos, cuya esencia está en ser organismos o personas de derecho privado a quien el estado confiere transitoriamente la facultad de resolver las controversias derivadas de los conflictos derivados de la prestación del servicio de seguros, añaden rapidez, imparcialidad y profesionalidad al sistema de atención de reclamos por parte de los consumidores de seguros. Los poderes de los que gozan varían según el gusto de cada legislador: aunque en algunos foros, como el colombiano (decreto 690 de 2003), las decisiones que emita el defensor no son obligatorias, la tendencia universal es que éstas sean vinculantes. Para que la

creación de la institución no se rezague, es conveniente que las decisiones de los defensores sean obligatorias, para lo cual, en los gobiernos en donde las decisiones no son vinculantes, las compañías de seguros, como lo han hecho algunas empresas colombianas muy respetables, deberían introducir políticas de autorregulación conforme a las cuales las decisiones del defensor sean obligatorias. Aunque, como decíamos, la obligatoriedad de la decisión del defensor depende en últimas del gusto del legislador y de la teoría jurídica vigente en cada país, está en las manos de las compañías de seguros, dar el paso para que las decisiones se vuelvan vinculantes. Tal vez el temor que existe en los países que se han visto reacios a la adopción de las soluciones vinculantes es el mismo que ha rodeado a los gremios y a los empresarios colombianos para abstenerse de conferirle a las entidades de policía administrativa funciones jurisdiccionales. En la construcción de un SCCGS se debería volver sobre esta cuestión.

4.6. CAMBIO DE MENTALIDAD DE LOS AGENTES DEL MERCADO

Es conveniente que el SCCGCS se popularice, lo cual se ha logrado, en Europa, *v.gr.*; mediante campañas de información de las nuevas normas y organizaciones; así se sensibiliza a los ciudadanos sobre los derechos que la legislación les confiere en materia de CG del contrato de seguro. En Europa, la gestión de divulgación de las normatividades nacionales que implementaron la Directiva 13/93/CEE se realizó en once estados y se basó esencialmente en la difusión en emisoras de radio de mensajes incisivos de corta duración y se complementó con la distribución de folletos y atención telefónica.

Esta gestión de información es fundamental para cambiar la mentalidad de los agentes, especialmente de los consumidores de seguros, quienes deben considerar dentro de sus posibilidades ejercer las acciones consagradas en la ley, directamente, o a través de las organizaciones de consumidores especializadas, que entran a jugar un papel preponderante en la sensación de amparo y protección que imprimen las organizaciones de consumidores. Así, la publicidad deberá no solamente recalcar la existencia de un catálogo de derechos en cabeza del consumidor de seguros, sino también la posibilidad de que las asociaciones de consumidores intercedan en su favor. En la Unión Europea las organizaciones de consumidores, participaron activamente en las campañas de información.

“Su labor se centró, sobre todo, en sensibilizar a los órganos jurisdiccionales de primera instancia, así como a los colegios de abogados nacionales, sobre el alcance de la Directiva 93/13/CEE, para lo cual organizaron conferencias y

seminarios. Además, contribuyeron ampliamente a la difusión de folletos y de información de prensa nacional⁴⁹.

Las aseguradoras también deben cambiar de mentalidad. Por una parte deben, mediante instrumentos de autorregulación, convencerse de que la adopción de sistemas de protección a sus asegurados no es una terquedad del legislador que se ensaña arbitrariamente en contra de las empresas aseguradoras, sino que, con una visión más aguda y más contemporánea, redundará en la buena reputación de las compañías, lo que incide favorablemente en el valor intrínseco y el precio bursátil de sus acciones y participaciones sociales. Guardadas proporciones, el fenómeno de la reputación organizacional que se genera por la adopción de buenas prácticas en la imposición de CG es el mismo que se crea con ocasión de la implementación de buenas prácticas de buen gobierno corporativo⁵⁰, según la cual los inversionistas se inclinan por invertir en las compañías que, según el conocimiento del mercado, protegen los accionistas y los grupos de interés social (*stakeholders*). Lo mismo sucede cuando el mercado se hace a la idea de que cierta compañía de seguros es fiel en el cumplimiento de sus contratos y desarrolla su actividad empresarial protegiendo al asegurado y al postulado de la buena fe contractual.

Aunado a lo anterior, las aseguradoras deben entrar a considerar las CG como un factor de competencia y evitar caer en una *guerra de los limones*. En una situación en la que existiera, gracias a un registro de CG de los contratos de seguro, la posibilidad de conocer los diferentes clausulados que se expiden para un mismo producto (seguro), dichas CG, como sugería POSNER, se constituyen en un elemento para ganar una cuota del mercado⁵¹. Tristemente, mientras el costo de comparar las CG del seguro (costos de transacción en la *teoría del análisis económico del derecho*) supere los beneficios de tomar una póliza menos abusiva, la competencia en materia de seguros seguirá rondando sobre el valor de la prima; de allí la necesidad de reducir la asimetría informática y recibir instituciones como el registro de CG de los contratos de seguro.

De no tomarse medidas, puede entrarse en la teoría del *market of lemons* (teoría de los limones), demostrada por AKERLOF⁵², y conforme a la cual, reducida la competencia

49 Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo*.

50 Véase, para estos efectos los *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, revisión de 2004, en www.oecd.org, y CONFECÁMARAS *Gobierno corporativo en construcción*, Bogotá. 2003.

51 Cfr. a BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, que hace el reenvío respectivo a POSNER, RICHARD, *Economic analysis of law*.

52 Con mucho más detenimiento, BALLESTEROS GARRIDO, *ibidem*, explica la aplicación de la teoría del *market of lemons* con énfasis en las CG de la contratación.

4.8. INEXISTENCIA DE UN MODELO ÚNICO

No existe un único modelo de SCCGS, es más, creemos que aún no se ha identificado con claridad un sistema especialmente enfocado al sector asegurativo. Existen muchos montados sobre el control de CG de la contratación, pero hasta la fecha no conocemos la definición de uno creado especialmente para el seguro. Lo típico y, tal vez lo conveniente, será construir los SCCGS sobre lo que ya exista, añadiendo o modificando algún detalle. En relación con los modelos de control de CG existen las más diversas opciones. Se puede señalar por un lado el sistema alemán, que influyó con gran generalidad sobre la Europa continental, o el de los países escandinavos como Suecia que aportaron la figura del *Consumer ombudsman*; o sistemas en los que el control se cimienta en la aprobación administrativa (Israel) o en la invitación de autoridades públicas a los empresarios a que ellos mismos descarten las cláusulas abusivas (Inglaterra), y en fin, un sinnúmero de variantes, herramientas e instituciones que se acercan de diversas maneras a los principios y a los problemas que existen alrededor de la utilización de CG. Por lo expuesto es claro que no existe un único modelo. La disimilitud de construcciones explica la necesidad de acoplar las estructuras, las instituciones y la normas a la realidad de cada país y a los intereses en juego.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación”, en revista de *Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, director FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, año XVI, julio-septiembre, n°67, 1997.
- ACOLDESE et al, *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia: el contrato y la institución*, Editora Guadalupe Ltda., 2ª edición. Bogotá, 2002.
- BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad privada*, J.M. Bosch. Barcelona, 1999.
- BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO, *Los seguros y el derecho civil*, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, colección Profesores 2.
- BIANCA, *Conditioni generali di contratto usi negotiali e principio de affettivita*, citado por REZZÓNICO en *Contratos con cláusulas predispuestas*.
- BROWNSWORD, ROGER, *Contract Law*, Butterworths, London, 2000.
- Comisión de las Comunidades Europeas

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores.
- *Informe* de la comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, Bruselas 27 de abril de 2000.

Confecámaras, *Gobierno corporativo en construcción*, Bogotá, 2003.

Corte Constitucional, sentencia T-105-98.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.

DÍAZ BRAVO, ARTURO, “Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, n° 15, Pontificia Universidad Javeriana, AIDA-CILA, FIDES, Bogotá, 2001.

DÍAZ DE ATAURI, PABLO GIMENO, Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación regulación y requisitos, www.latinlex.net.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª edición, Civitas, citado por SILVA RUIZ, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho y masificación social, Tecnología y derecho privado: dos esbozos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.

GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, “La formación del contrato”, en *Manual de derecho civil*, tomo II, Civitas, 3ª edición, Madrid 2000.

JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, “La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 15, Pontificia Universidad Javeriana, AIDA-CILA, FIDES. Bogotá 2001.

LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS, “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro”, revista *Vniversitas* jurídica y socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, n° 105, junio de 2003.

LASHNER, W.M., “*A common law alternative to the Doctrine of Reasonable Expectations in the Construction of Insurance Contracts*”, New York University, *Law Review*, V.7, 1982.

Ley 20/84 para la defensa de los consumidores y usuarios.

Ley 7/98 Ley sobre condiciones generales de la contratación.

LLEBARÍA SAMPER, SERGIO, El control judicial de las cláusulas abusivas (la corrección por los tribunales del abuso en las condiciones generales de la contratación). Institut Catalá del Consum, <http://www.icconsum.org/publicacions/clausulas.pdf>

- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, cátedra de Filosofía del Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
- MATSUMOTO, TSUNEO, *Article 2b and mass market license contracts: a Japanese perspective*. *Berkeley University Law* <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol13/Matsumoto/html/text.html>.
- MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales de la contratación”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo II, *op. cit.*
- OCDE, *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, 2004, en www.oecd.org.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO, “Interpretación del contrato en el régimen uruguayo”, en *Contratación contemporánea, estudio dirigido por ALTERINI, DE LOS MOZOS Y SOTO*, tomo II, Palestra Editores y Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- OSORIO FALLA, “Alcances y limitaciones del margen de solvencia como instrumento regulador de los procesos de liberalización de los mercados de seguros en Latinoamérica”, en *Revista Latino-Iberoamericana de Seguros*, 1994, n° 4, Bogotá.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, 3ª Edición, Bogotá, 1987.
- OSSA G, J. EFRÉN, *Teoría general del seguro, el contrato*, Temis, Bogotá, 1991.
- PADILLA, C. LUIS, *La justicia, escuela libre de derecho*, México, D.F., 1956, pág. 58.
- Proyecto de estatuto del consumidor y del usuario, *Proyecto n° 081/03C*, Congreso de la República de Colombia.
- Revista Consume*, Fundación Grupo Eroski, n° 18, enero de 1999. http://revista.consumer.es/web/es/19990101/actualidad/informe2/31720_2.php
- REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- SERRANO ALONSO, EDUARDO, “Contratos de adhesión y condiciones generales: problemas de interpretación”, en *Actualidad y derecho*, n° 16, semana 20-26 de abril de 1992.
- SHMITTHOFF, CLIVE, “*The Unification or Harmonization of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*”, citado por SILVA RUIZ, *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales, en contratación contemporánea*, dirigido por ALTERINI, MOZOS Y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, tomo II, Bogotá, 2000.
- SILVA-RUIZ, PEDRO, “Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales”, en *Contratación contemporánea*, dirigido por ALTERNI, MOZOS Y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, tomo II, Bogotá, 2000.

- SOTO, CARLOS ALBERTO, “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”, en *Contratación contemporánea*, dirigido por ALTERINI, MOZOS y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, tomo I, Bogotá, 2000.
- STIGLITZ, RUBÉN S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, “La obligación de lealtad durante el período precontractual, con énfasis en el contrato de seguro y transporte”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo III, libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA, 40 años de rectoría 1963-2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- UNIDROIT, *Principles of international commercial contracts*. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/chapter-1.htm>.
- URIBE HOLGUÍN, RICARDO, *Cincuenta breve ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1979.
- VALLEJO, FELIPE, “El concepto de buena fe en los contratos”, pág. 480, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA, 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- VEGA MERE, YURI, “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea: consideraciones preliminares a favor de la construcción de los contratos de consumo”, en *Contratación moderna*, estudio dirigido por ALTERINI, DE LOS MOZOS y SOTO, tomo II, Palestra Editores y Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- WHITE, J. J., en *Form contracts under Revised Article 2*, Washington Univeristy Law Quarterly. V.5. 1997.
- WIGGERS, WILLEM J. H., *International Commercial Law*, Source Materials, The Hague. Kluwer Law International. 2001.
- YEPES RESTREPO, SERGIO, “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro : ¿validez de las *claims made* en el seguro de responsabilidad civil?”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, AIDA-CILA, FIDES, Bogota, 2001.