

CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO

Carlos Andrés Laguado Giraldo

RESUMEN

El contrato de seguro, por su contenido técnico y por las partes que intervienen en él, da pie a que se utilicen lo que se ha llamado condiciones generales. Dentro de la actividad asegurativa las condiciones generales cumplen la función de *dinamizar* el proceso de formación del consentimiento entre el tomador y la aseguradora. Sin embargo, las condiciones generales del contrato de seguro pueden ser un instrumento generador de inequidades, pues las aseguradoras pueden incluir en sus textos cláusulas abusivas, ambiguas o sorpresivas. En defensa del débil jurídico (asegurado) la ley y los jueces deberían acudir a los principios de buena fe en sentido objetivo y a la equidad para balancear esta desigualdad interna del contrato.

Palabras clave: condiciones generales del contrato de seguro, cláusulas abusivas, cláusulas ambiguas, cláusulas sorpresivas, principio de la buena fe en sentido objetivo.

ABSTRACT

The insurance contract is a proper means to apply what has often been referred to as “general conditions”. This is primarily due to the contract’s technical content and the parties participating in the contract itself. Within the insurance industry, general conditions introduce dynamism into the process of consent formation between the insured and the insurer. However, general conditions of the insurance contract may also represent a mechanism to create imbalance, as the insurance companies can include in its policy provisions items such as unfair terms, and ambiguous and unexpected clauses. Therefore, in order to protect the insured (i.e. legally speaking, the “weaker” of the two parties), both the law and the judges should apply the

principle of commercial good faith and equity in order to rebalance the internal unevenness present in the insurance contract.

Key Words: *general conditions of the insurance contract, unfair terms, ambiguous clauses, unexpected clauses, principle of commercial good faith.*

SUMARIO

1. LA CONTRATACIÓN EN MASA
2. EL CONTRATO DE ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES
 - 2.1. Sobre un concepto de contrato de adhesión
 - 2.2. Concepto de condiciones generales del contrato
 - 2.3. El mismo fenómeno visto desde dos puntos de vista
3. LAS FUNCIONES DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO
4. CARACTERIZACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DENTRO DEL CONTRATO DE SEGURO
5. PRINCIPALES EFECTOS DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO
 - 5.1. Virtualidad supletiva de las condiciones generales y depósito en la Superintendencia Bancaria
 - 5.2. Aplicación de criterios específicos de interpretación del contrato; principio contra *proferentem* y de las expectativas razonables
 - 5.3. Establecimiento de cargas de claridad y redacción simple en las condiciones así como de pautas mínimas y uniformes
 - 5.4. Tipología de cláusulas abusivas
 - 5.5. Control judicial de las condiciones generales
6. CLÁUSULAS CONTRARIAS A LA BUENA FE CONTRACTUAL. EL TRIUNFO DE LA BUENA FE Y DE LA EQUIDAD
 - 6.1. El justo equilibrio entre las obligaciones de las partes
 - 6.2. La buena fe objetiva
 - 6.3. Cláusulas abusivas, ambiguas y sorpresivas
7. NUESTRA VISTA PANORÁMICA

BIBLIOGRAFÍA

1. LA CONTRATACIÓN EN MASA

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 moderno¹. Hoy en día, en los contratos de seguros, de apertura de crédito, de transporte de pasajeros, de tarjeta de crédito, de servicio de telefonía celular, entre otros, la discutibilidad de los efectos y los alcances de un contrato o de una o varias cláusulas se definen exclusivamente por una de las partes contratantes, el *operatori dominante* como lo llama BIANCA².

Pareciera que la teoría de la oferta y de la aceptación concertada y negociada entre partes iguales no aplica en muchos de los contratos que se celebran día a día. Las modalidades de la contratación en masa han generado una serie de tendencias negociales, como formularios, contratos cuyo clausulado es íntegramente predispuesto e incluso bloques de cláusulas individualmente consideradas que se redactan previamente y son impuestas por una parte a la otra.

Tal vez lo que ha sucedido frente a este fenómeno de la contratación en masa sea una alteración de la teoría clásica del contrato, sin que se pueda decir que se ha desdibujado o extinguido la figura del contrato. Más bien, como señala SOTO, lo que sucede es que se ha propendido por una agilización en la concertación de los contratos, de modo tal, que sin suprimir el consentimiento, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual, logrando una reducción en los costos de transacción y potencializando la eficiencia de la negociación³. Aunque esta innegable y evidente alteración de la forma en que se manifiestan las voluntades se separe de lo que venía entendiéndose dentro de la teoría del contrato no por ello estos acuerdos dejan de ser un contrato. Sin perjuicio de los comentarios de aquellos autores⁴ que

1 A estos efectos cobra especial importancia la explicación que autores como COASE, POLINSKY y POSTNER han hecho respecto del tema en boga del *análisis económico del derecho*, según el cual, el fenómeno de la masificación de los contratos puede responder a factores como (1) los costos de transacción que implican la celebración (mediante el consentimiento) de los contratos, (2) la ineficiencia de las negociaciones contractuales discutidas frente a las impuestas, (3) el contrato como instrumento de securitización del cumplimiento de las prestaciones, (4) el contrato como instrumento de información, pues determina previamente condiciones, riesgos y contingencias, que de tener que ser estudiadas por las partes, incrementaría sustancialmente el costo del contrato en sí y demoraría la celebración. (Cf. SOTO, CARLOS ALBERTO, en “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”, en *Contratación contemporánea*, dirigido por ALTERINI, MOZOS y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, t. I, Bogotá, 2000, pág. 393 y sigs.).

2 BIANCA, *Conditioni generali di contratto usi negotiali e principio di affettività*. (Citado por REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 205).

3 SOTO, *op. cit.* pág. 407.

4 Para SALEILLES, DUGUIT, GAUDEMET, HAURIU, 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*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999).

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 años, no puede por ello negarse a estos actos jurídicos, la naturaleza contractual. Ello mismo concluyó la Corte Suprema de Justicia cuando anotó que:

“Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurran a su formación y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquélla ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo”⁵.

Quien celebra uno de estos contratos se sujeta al imperativo principio *Pacta sunt servanda*, (*Singing is binding* y *Parol evidence rule* en el *Common Law*) o de la normatividad consagrado en el artículo 1602 del Código Civil colombiano.

2. EL CONTRATO DE ADHESIÓN CONDICIONES GENERALES

2.1. Sobre un concepto de contrato de adhesión

Probablemente la manifestación más popular de la contratación en masa es lo que *comúnmente* se llama contrato de adhesión, concepto del cual no hay en Colombia una definición legal. Y hemos utilizado la expresión “*comúnmente*” ya que en la mayoría de la doctrina colombiana así como la extranjera, e incluso en la jurisprudencia nacional⁶, se repite la expresión *contrato de adhesión*⁷ más que cualquiera otra equivalente o semejante. La ley peruana, por ejemplo, atreviéndose a definirlo, ha dicho que:

5 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 15 de diciembre de 1970. Con similar alcance consúltese el fallo de octubre 27 de 1997, MP RAFAEL ROMERO SIERRA.

6 Dentro de los doctrinantes colombianos, los profesores OSPINA FERNÁNDEZ, VALENCIA ZEA, URIBE HOLGUÍN y BARRERA, acuñan esta expresión en sus obras. (OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, 3ª edición, Bogotá, 1987, págs. 70 y 71; BARRERA, CARLOS DARÍO, *Los seguros y el derecho civil*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, colección Profesores 2, no se referencia el año, pág. 14; URIBE HOLGUÍN, RICARDO, *Cincuenta breve ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1979, pág. 171 y sigs. VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho civil*, referencia de BARRERA, *op. cit.*, pero sin mayor descripción de la fuente). Dentro de los extranjeros valga citar a los hermanos MAZEAUD, a SALEILLES y a MESSINEO (traídos en BARRERA, *ibídem*). Y la jurisprudencia colombiana en varias ocasiones también habla de contratos de adhesión, Cf. Corte Suprema de Justicia, sentencias de 12 de diciembre de 1936, mayo 8 de 1974 y de octubre 27 de 1983, entre otras.

7 La terminología doctrinal (porque no hay legal, por lo menos en Colombia) no es uniforme e, incluso, se muestra reacia a la adopción del término *contratos de adhesión*, prefiriendo acepciones como *contratación*

“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar” (artículo 1390 Código Civil de 1984).

Proponiendo una definición de contrato de adhesión⁸, así sea tentativa, digamos que es aquel acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior⁹, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra, no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar¹⁰. Bien descriptiva es la expresión de SHMITTHOFF, cuando afirma que en el contrato de adhesión:

“the party to whom this type of contract is offered may “take it or leave it” but cannot negotiate its terms and conditions. (la parte a quien este tipo de contrato es ofrecido puede “tomarlo o dejarlo” pero no puede negociar sus términos y condiciones)”¹¹.

masiva (SOTO) o condiciones negociales generales (REZZÓNICO) o condiciones generales de los contratos (BALLESTEROS GARRIDO). Quienes no prohíjan la formulación de SALEILLES (*contrats d’adhésion*) citan inclusive a su progenitor cuando en alguna oportunidad dijo que utilizaba esta expresión “a falta de algo mejor”. (SALEILLES, RAYMOND, *De la declaration de volonte*, pág. 229, n° 89, citado por REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 205). La mayoría de los autores que abordan este tópico reconocen la variedad de conceptos y reconocen diferencias entre contrato de adhesión, condiciones generales del contrato, condiciones generales de la contratación, contrato tipo, contrato estándar, contrato normativo. Lastimosamente, por el espacio, no podemos dar atención a estas honduras, pero recomendamos, para una breve intelección del problema a BALLESTEROS GARRIDO, quien sumariamente recoge las posiciones de algunos autores como SALEILLES, GARCÍA-AMIGO, Díez PICAZO, ALFARO, GARRIGUES y MESSINEO. (BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 59 y sigs.). Con esta necesaria aclaración esperamos absolver las objeciones que pretendan exigir una precisión terminológica impecable, ya que, como anotamos, ello absorbería el tiempo que debemos dedicar a los asuntos centrales de este ensayo.

- 8 En 1936 la Corte Suprema de Justicia identificó las características de los contratos de adhesión, casi al punto de formular una definición. (Fallo de 12 de diciembre de 1936, pág. 676). Con el respeto que se merece y reconociendo la pertinencia parcial de la definición, no creemos que los contratos de adhesión siempre consten de “numerosas cláusulas de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta”, prueba de lo cual será un contrato de seguro celebrado con un fulano, cuyas cláusulas hayan sido redactadas de una manera clara y sin asomo de ambigüedad, sin que por ello deje de ser un contrato de adhesión.
- 9 Citando a STIGLITS, vale anotar como “La disparidad de fuerza económica no parece ser una característica que atrape *todos los supuestos*, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente”. (STIGLITS, RUBÉN S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 26). Por ello parece lúcido centrar el análisis sobre la *capacidad de negociación* de la parte predispone y de la adherente. Con todo, habrá que admitir que la mayoría de las veces del poder económico se colige la capacidad de negociación. Como excepción considérese el caso del Papa, quien sin poder económico podría orientar, definir y establecer unilateralmente la negociación del seguro del papamóvil.
- 10 En similar sentido, pero en otros términos puede verse a Díez PICAZO, VOLGÁR, BARRERA, BALLESTEROS GARRIDO, PÉREZ-SERRABONA, O’CALLAGHAN, ALBALADEJO, los tres últimos citados por BALLESTEROS GARRIDO. (Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª edición, Civitas, Madrid; VOLGÁR, VERA, *The Contract of Adhesion. A Comparison of Theory and Practice*, ambos citados por SILVA-RUIZ, PEDRO, “Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales”, en *Contratación contemporánea*, estudio dirigido por ALTERINI, MOZOS y SOTO, *op. cit.*, t. II; BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 68; BARRERA, *op. cit.*).
- 11 SHMITTOFF, CLIVE, *The Unification or Harmonization of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*, Year Book 1967/1968, Vol. II, Of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Italy, pág. 39, citado por SILVA RUIZ, *op. cit.*, pág. 39.

2.2. Concepto de Condiciones Generales del Contrato

Aunque la figura denominada condiciones generales no tiene una consagración legal en Colombia¹² y la doctrina no está totalmente de acuerdo en una definición, de manera preliminar consideramos que por condiciones generales puede seguirse la definición del artículo 1.1. de la LCGC española según el cual se entiende por ellas:

“las cláusulas predisuestas 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”¹³.

Nótese cómo la ley ha hecho la distinción de que las condiciones generales pueden coexistir con lo que se denomina *condiciones particulares*, lo que no resta el carácter de condición general a aquéllas, ni, como veremos, impide que el contrato sea, al aceptadas, un contrato de adhesión.

Esta definición permite identificar los elementos esenciales¹⁴ de las condiciones generales: *uniformidad*, que hace referencia a su utilización en todos los contratos del mismo tipo; *predisposición* a su redacción previa¹⁵; *rigidez*, en tanto a que el consumidor no las puede modificar ni evitar y, por último, el *carácter empresarial* del predisponente¹⁶.

12 Sucede lo contrario en España (Ley 20/84 para la defensa de los consumidores y usuarios y Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación) y en Perú (artículos 1392 y 1393 del Código Civil de 1984).

13 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. SILVA RUIZ, *op. cit.* pág. 50.

14 Los tres primeros elementos esenciales son propios de GENOVESE, (relacionado sin mayor cita por BALLESTEROS GARRIDO), quien coincide con DÍEZ PICAZO y DÍAZ ALABART. Confróntese los dos últimos en SILVA RUIZ. (*op. cit.*, pág. 52) y el primero en BALLESTEROS GARRIDO (*op. cit.*, pág. 70). GETE ALONSO, reitera los tres elementos enunciados y adiciona que ellas *forman parte del contenido del contrato, que deben constar por escrito y cuyo contenido tendencialmente acostumbra favorecer la posición de la parte contratante que las impone*. (GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, “La formación del contrato”, en *Manual de derecho civil*, t. II, Civitas, 3ª edición, Madrid, 2000, pág. 584).

15 Aunque no haya sido redactada por la empresa predisponente, lo importante es que ésta la use.

16 DÍEZ PICAZO. *op. cit.*, pág. 346, traído por SILVA-RUIZ, *op. cit.*, pág. 52.

2.3. El mismo fenómeno visto desde dos puntos de vista

No es lo mismo condiciones generales y contrato de adhesión. Las primeras tienen protagonismo en un momento anterior a la celebración del contrato; se manifiestan cuando la empresa predisponente prediseña el conjunto de cláusulas que pretende insertar en una serie de negocios. El contrato de adhesión, que surge gracias a lo que REZZÓNICO llama la *operación adhesiva*¹⁷, nace tras la aceptación de las condiciones generales (más las particulares, si las hubiera). Son dos aspectos del mismo fenómeno complejo. Y ello nos lleva a decir que la mejor manera de entender la dinámica de los dos conceptos se logra fundiéndolos en una formula: *contrato de adhesión a condiciones generales*.

En realidad nos parece que la diferenciación de estos conceptos, entendidos bajo esta óptica es bien acertada, y permite concluir que las condiciones generales, antes del acto de adhesión, no tiene naturaleza contractual. Serían, como podría decir ARISTÓTELES un contrato *en potencia*, pero aún no es propiamente un contrato. Tan solo adquieren la virtualidad obligacional, tras el consentimiento; antes, no son otra cosa que unas buenas intenciones del predisponente. Las condiciones generales son proyectos abstractos de normalización de futuras relaciones jurídicas; el contrato, es, en cambio, la cristalización, la materialización y la fuente de ésta relación¹⁸. Pero, celebrado el contrato por adhesión a condiciones generales, lo predispuesto, las cláusulas prediseñadas adquieren el valor de cláusula contractual e integran, el todo o una parte, de un contrato de adhesión.

Nada obsta para que en el contrato de adhesión se hayan consignado condiciones generales y condiciones particulares. En dado caso las condiciones particulares aplicarán con preferencia frente a las generales, pero el texto totalizado del contrato, merecerá especial tratamiento, pues dentro de sí, se destacan unos textos predispuestos, lo que trae una sucesión de efectos que se estudiarán más adelante a espacio (*vid. supra*. 5).

17 REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 216 y sigs.

18 En el numeral 1 del artículo 4 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación española (Ley 26 de 1984) se indica, comprobando la tesis que propongo, que “Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y hayan sido firmadas por todos los contratantes”. Cf. ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, director FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, año XVI, nº 67, julio – septiembre, Madrid, 1997, pág. 845.

3. LAS FUNCIONES DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO

La función básica y originaria de este tipo de manifestación del consentimiento es permitir la contratación en masa. Es innegable que las condiciones generales del contrato ahorran costos de transacción, incluso para la parte débil. También mediante estos negocios, los inversionistas pueden emprender proyectos de gran envergadura. Las condiciones generales permiten a quien las utiliza una planificación eficiente de sus recursos, técnicas productivas y comerciales, pues puede prever y conocer sus compromisos y obligaciones. Además, a veces la ley confiere una función normativa supletiva a las condiciones generales: por ejemplo, a falta de estipulación por escrito de las condiciones generales del contrato de seguro, se tendrán como tales las que la aseguradora haya depositado en la Superintendencia Bancaria (en adelante SB). Por ello, no puede decirse que las condiciones generales sean una realidad exclusivamente perniciosa, ellas fueron y son un medio para el progreso y el avance.

Sin embargo y desviado a su función genética dentro de las condiciones generales va inmersa una evidente *desigualdad formal* que obliga a que *desde afuera*¹⁹ de la relación surjan a favor del débil jurídico mecanismos de rebalanceo. Frecuentemente las superintendencias y los jueces ven con malos ojos a las condiciones generales de los contratos pues suponen en ellas una oportunidad para los *operatori dominante* de abusar²⁰ de su poder negocial.

4. CARACTERIZACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DENTRO DEL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro, como afirma OSSA²¹ usualmente no es de libre discusión. Puede ser un contrato negociado, como cuando el tomador tiene la capacidad negocial suficiente para evitar que le impongan un clausulado. O puede ser un contrato en el que anticipadamente el asegurador ha preformulado un bloque de cláusulas que impone al tomador, sin perjuicio de que otras, contenidas en unas

19 En los contratos negociados, las partes, auto y heterodeterminadas velan cada una por sus intereses, y en ese sentido hay una protección *desde adentro* de sus patrimonios. Ello no sucede en el contrato de adhesión a condiciones generales, en el cual la protección del patrimonio, del interés del adherente, viene desde afuera, de un ente de control o del juez que conoce una causa.

20 En la Constitución Política se consagró el deber estatal de evitar el “abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado” (art. 333) así como el de velar por los derechos de los consumidores (art. 78).

21 OSSA G. J. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*, Temis, Bogotá, 1991. pág. 45.

condiciones particulares, puedan haber sido concertadas. Bajo esta última hipótesis puede decirse que en el contrato de seguro hay un cuerpo normativo denominado *condiciones generales del contrato de seguro* que cumplen las funciones de lo que llamamos condiciones generales de los contratos. Estas *condiciones generales del contrato de seguro* uniformizan una serie de efectos jurídicos, de modo que mediante la imposición de ese cuerpo de cláusulas, el asegurador vuelve homogéneas y favorables las reglas de las pólizas del producto a que corresponden. Usualmente en ellas se delimita la extensión del riesgo asumido, la regulación de las relaciones de las partes contratantes, la definición del modo y oportunidad como deben ejercerse los derechos derivados del seguro o cumplirse las obligaciones que del mismo se desprenden²².

La Honorable Corte Suprema de Justicia²³ califica a las condiciones generales del contrato de seguro como “aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva y por tanto negocial— a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual”²⁴.

Es un impropio indicar que las condiciones generales del contrato de seguro son el contrato de seguro. Aunque éste está conformado en buena parte por las condiciones generales, de él también hacen parte las nombradas condiciones particulares²⁵, que importan un retorno a las reglas de los contratos negociados pues son usualmente discutidas y negociadas por el tomador y el asegurador y perfilan detalladamente algunos efectos puntuales de la relación del contrato de seguro respecto de los cuales el tomador usualmente guarda un especial celo o capricho y que pueden variar lo establecido en las condiciones generales²⁶. De tal

22 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de Diciembre de 2001.

23 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 30 de 2001.

24 En contraposición, la jurisprudencia definió a las condiciones particulares del contrato de seguro como aquellas que “se elaboran de manera individual y específica para cada contrato y de manera conjunta entre el asegurador y el tomador y reflejan asimismo, pero en forma específica para el negocio acordado, la voluntad de los contratantes”. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2 de mayo de 2000.

25 Desde la Ley 27 de 1888 se dispuso que “Las condiciones generales que para los contratos establezcan las compañías de seguros se considerarán estipulaciones obligatorias para las partes contratantes, aun cuando no se hallen detallada en las pólizas, siempre que en ellas declaren los contratantes que les son conocidas y que se someten a ellas. Esto no obsta para que en las condiciones particulares de dichas pólizas puedan alterarse, modificarse y derogarse alguna o algunas de las condiciones generales (art. 7).

26 BOTERO con una propuesta didáctica divide la póliza de seguro en varias partes: la solicitud (que por el artículo 1058 hace parte integral de la misma), la carátula, la definición y alcance de las coberturas, las exclusiones, las definiciones, las condiciones generales, las condiciones particulares y los anexos. (BOTERO, BERNARDO, Pontificia Universidad Javeriana, especialización en Derecho de Seguros, conferencia “Principios técnicos de seguros”, marzo 5 de 2003).

suerte, las condiciones generales del contrato juegan un papel preponderante porque prefijan una serie de efectos jurídicos, aplicables a todos los contratos de cada ramo o amparo particular al que pertenecen, como las obligaciones genéricas de las partes, su alcance, el régimen probatorio, las cargas del asegurado y otras tantas que, la mayoría de las veces, son redactadas en pleno favor del asegurador. Pero, deberá quedar siempre claro que las condiciones generales del contrato y las condiciones particulares forman una *unidad*, de modo que la firma de los estipulantes puesta en la carátula de la póliza presupone, salvo estipulación expresa en contrario, la aceptación del todo²⁷. No obstante esta unidad, lo cierto y frecuente es que en un gran cúmulo de seguros no se establecen condiciones particulares y el seguro es reglado íntegramente por lo consignado en las generales; en estas hipótesis el contrato merece un tratamiento especial, y de ello se derivan efectos particulares, todos ellos enfocados a proteger al tomador-asegurado que lo ha suscrito²⁸.

5. PRINCIPALES EFECTOS DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

Algunos efectos que se derivan del establecimiento de condiciones generales dentro del contrato de seguro podrían ser los siguientes.

5.1. Virtualidad supletiva de las condiciones generales y depósito en la Superintendencia Bancaria²⁹

Como anotábamos anteriormente (*vid. infra* punto 3), ante la ausencia de pacto expreso sobre las condiciones de un contrato de seguro la ley ha supuesto que ellas serán las depositadas por la aseguradora en la SB (parágrafo del artículo 1047 C. de Co.).

Como corolario del anterior efecto y para dar cumplimiento al numeral 1 del artículo 184 del EOSF, la SB debe aprobar las pólizas con ocasión de una autorización inicial a una aseguradora para funcionar y cuando se trate de la explotación de un nuevo ramo (numeral 1.2. capítulo II, título VI de la Circular Básica Jurídica). No

27 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2001.

28 Corte Suprema de Justicia, sentencia de enero 30 de 2001.

29 Aunque la Circular Básica Jurídica se refiere a “Aprobación de sobre pólizas” consideramos que técnicamente, la revisión versa en realidad sobre las denominadas condiciones generales, que, como se vio, forman parte de la póliza.

se puede agigantar el efecto de esta norma y suponer que con ello la ley ha pretendido establecer en la SB un guardián de los asegurados ante clausulados abusivos. En realidad la facultad de la SB, desde la Ley 45 de 1990 se limitó a administrar el depósito, y únicamente con el fin de permitir que se produzca el efecto normativo supletivo al que hemos hecho referencia³⁰. Si se le da a la ley la dimensión que tiene no podrá afirmarse que en Colombia exista un control previo de las condiciones generales.

5.2. Aplicación de criterios específicos de interpretación del contrato; principio contra *proferentem* y de las expectativas razonables

La desigualdad de los contratantes,

“justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión en tal forma que sus cláusulas dudosas sean interpretadas a favor del adherente, que es a lo que entre nosotros, conduce el principio, consagrado en el inciso 2° del artículo 1624 del Código Civil”³¹.

Las cláusulas ambiguas (*vid. supra* 6.7) serán interpretadas, en caso de duda, en contra del predisponente. Sin embargo, es vital tener presente que el instrumento interpretativo del inciso 2° del artículo 1624 debe alcanzar sus efectos única y exclusivamente cuando no se trate de cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad³².

A otro nivel, deberá seguirse el principio de interpretación según el cual las normas de orden público no pueden ser derogadas por acuerdos privados (artículo 1162 C. de Co.), y en consecuencia el predisponente no podrá hacer valer

30 Para Díez PICAZO puede acudir a “un control de las condiciones o cláusulas abusivas o de su abusiva inclusión en el contrato, que puede hacerse con carácter previo y formal o en el momento de su pretendida aplicación” (DÍEZ PICAZO, LUIS, *op. cit.*, en la cita que de él hace SILVA RUIZ, *op. cit.*, pág. 44).

31 Corte Suprema de Justicia, sentencia de enero 15 diciembre de 1970 CXXXVI, págs. 190 y 191. En el mismo sentido XLIV, pág. 680 y CII. págs. 98 y 99 y el fallo de marzo 21 de 1977, mp JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER.

32 Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 29 de 1980, mp HUMBERTO MURCIA BALLÉN. En esta oportunidad la Corte afirmó que: “citando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que resumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación”. En el mismo sentido sentencia de octubre 27 de 1997, mp RAFAEL ROMERO SIERRA.

estipulaciones abusivas que violan una disposición de orden público, como pueden ser los artículos 1080, 1093, 1107 del Código de Comercio.

Autores como KEETON, MURRAY, DUGAN, ABRAHAM, SLAWSON, KRIDER y con especial protagonismo MAYHEW³³, han estudiado lo que durante la última mitad del siglo pasado se ha denominado *principio de las expectativas razonables*. Según aquél:

“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”.

Sostiene esta tesis que en los contratos de adhesión el acuerdo alcanzado está formado por las expectativas razonables del adherente, esto es, por lo que espera legítimamente que diga el condicionado general, con independencia de lo que realmente exprese, basándose en la forma de presentación del contrato, los tratos previos, la publicidad, el derecho subyacente, etc. Y excluyendo del contrato las cláusulas desconocidas, inesperadas o indeseadas, que no han sido consentidas. Mediante este instrumento se tiende a determinar cuál es el contenido del acuerdo alcanzado de la común voluntad contractual a partir de la apariencia creada por el oferente, con ayuda de la buena fe objetiva.

Ciertamente el principio de las expectativas razonables es un criterio que se está imponiendo en sistemas anglosajones³⁴ y se ha normalizado en varias leyes comunitarias, dentro de las cuales se resalta la 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.

33 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 seguro.

34 Cf. KEETON, R.E., “*Insurance law rights and variance with policy provisions*”, *Harvard Law Review*, V. 83. 1970, citado por BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 167.

5.3. Establecimiento de cargas de claridad y redacción simple en las condiciones así como de pautas mínimas y uniformes

La regulación, buscando la protección del consumidor del servicio de seguro prescribe que las aseguradoras,

“deben redactar las *condiciones del contrato* en forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado”³⁵.

Por otra parte, la regulación establece prohibiciones relacionadas al alcance de las condiciones, por ejemplo, las consignadas en el numeral 1.2.1.3 del capítulo II del título VI de la Circular Básica Jurídica. Aunque de ello no se deriva un control previo de las condiciones generales, aceptaríamos válido afirmar que implica una tímida supervisión general a su contenido y a su presentación formal.

5.4. Tipología de cláusulas abusivas

Tal vez uno de los efectos que resalta es la potencia de que en las condiciones generales se introduzcan cláusulas abusivas que lesionan la buena fe. Más adelante (*vid. supra* punto 6) nos detendremos en este tópico. Por lo pronto anotemos que algunas legislaciones extranjeras, como la española o la argentina han enunciado cláusulas que, por su especial contenido ofensivo, se entienden no incorporadas en el contrato o pueden adolecer de nulidad³⁶.

35 El artículo 44 de la Ley 45 de 1990 señala que las pólizas deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles. Por su parte el numeral 1.2.1 del capítulo II del título VI de la Circular Básica Jurídica que reglamenta el numeral 2) del artículo 184 del EOSF (decreto 663 de 1993) tiene similar alcance.

36 Reconociendo que la disciplina española tan sólo se refiere a condiciones generales de los contratos, sin especificar una aplicación concreta al contrato de seguro, hemos extrapolado lo virtuoso de esa propuesta y esperemos que se llegue a lo mismo en tratándose del contrato de seguro. En otros países, como en Argentina, doctrinantes importantes han entrado en la labor de enunciar cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Véase a STIGLITS, *op. cit.*

5.5. Control judicial de las condiciones generales

En etapas preliminares a aquéllas en las cuales las naciones generan textos normativos especialmente destinados a reglar el establecimiento y los efectos de las condiciones generales abusivas del seguro, como Colombia, el derecho a recurrido a la jurisdicción para controlar las injusticias producidas por las condiciones generales³⁷. Este control opera cuando se produce una controversia o una disputa relacionada con la ejecución del contrato y puede cobrar efectos respecto de las partes entrometidas, o, incluso, frente a un globo indeterminado de adherentes, como sucede en otros foros, evento en el cual los instrumentos que se deberán ejercer serán las denominadas acciones colectivas (de cesación, retracción y declarativa de condiciones generales en España y grupales en Argentina)³⁸, las cuales pretenden la suspensión o anulación de un clausulado que incumbe a muchas personas.

6. CLÁUSULAS CONTRARIAS A LA BUENA FE CONTRACTUAL. EL TRIUNFO DE LA BUENA FE Y DE LA EQUIDAD

A la introducción de cláusulas abusivas en el contrato de seguro se le interpone dos instituciones que desde siempre han velado por la protección del débil jurídico.

6.1. El justo equilibrio entre las obligaciones de las partes

Para la Corte Suprema de Justicia,

“La escuela aristotélica-tomista había impulsado en 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”.

37 Algunos de los países que han superado esta etapa y han positivizado un entendimiento sobre las cláusulas pueden ser Italia (*Codice Civile*, art. 1341-2), Brasil (Código de Defensa del Consumidor de Brasil, Ley Federal 8078 de 11 de IX de 1990), Argentina (Ley de Defensa del Consumidor Ley 24-240), Bélgica (Ley de 14 de VII de 1991 sobre prácticas del comercio y sobre la información y la protección del consumidor), Inglaterra (*Unfair contract terms Act of 1977*) y Alemania (Ley sobre condiciones generales de 1º de abril de 1977), disciplinas en las cuales se ha reglamentado algunos efectos o requisitos de la utilización de condiciones generales en los contratos.

38 Capítulo IV de la Ley sobre condiciones generales de la contratación española (Ley 26 de 1984). Véase ALFARO, *op. cit.*, REZZÓNICO, *op. cit.*

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”³⁹.

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.

6.2. La buena fe objetiva

Varios tribunales europeos, y especialmente el alemán, en una primera época sostuvieron que las cláusulas abusivas violaban las buenas costumbres. Años después se corrigió la línea jurisprudencial y se arguyó que ellas violaban la buena fe objetiva. Ahora, el criterio recurrente supone que una cláusula es abusiva, y en consecuencia nula, cuando viola el derecho positivo en el cual, previamente y fundado en el principio de buena fe objetiva, se han enumerado estipulaciones que se reputan abusivas⁴⁰.

El artículo 1603 del C.C y los artículo 863, 871 y del C. de Co., hablan de lo que la doctrina denomina *buena fe objetiva*⁴¹. Según este mandato, los contratos deben ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo aquello a que expresamente se han obligado sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él. En este caso, sostiene DE LOS MOZOS, la buena fe entendida como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el *uso* o la *ley*, es decir, adquiere la función de *norma dispositiva*, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la *voluntad* de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al *principio* que inspira y fundamenta el vínculo negocial⁴². Bajo ese entendido la buena fe exige una actuación recta y honrada; es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.

39 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.

40 BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 249 y sigs.

41 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 45 y sigs.

42 *Ibidem* pág. 45. El concepto de buena fe es bifronte, existe una buena fe en sentido objetivo y una buena fe en sentidos subjetivo. La segunda se refiere a estados mentales de conciencia o conocimiento, a la “correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma” (*ibidem*, pág. 57).

El principio de la buena fe objetiva (o en sentido objetivo para otros), vista como un límite, nos obliga a distinguir el *contenido del acto*, de los *efectos* del mismo. Una cosa es el *contenido* del negocio, esto es el “intento práctico”⁴³ de las partes desatado en virtud de la autonomía privada. Otra distinta, son sus efectos, los cuales son fijados exclusivamente por el ordenamiento jurídico, sin que a las partes les sea preciso fijarlos o establecerlos.

Pues bien, la máxima de la buena fe implica y tiene el valor de norma jurídica de carácter dispositivo. Ésta no se circunscribe a los actos singulares del contratante, sino que abraza su entero comportamiento considerado en su intrínseca coherencia y en el propósito de cooperación, es decir, lo que es debido de una a otra parte⁴⁴.

El contrato de seguro es según la doctrina, un contrato de buena fe, o de ubérrima *bona fides*, para usar la descriptiva expresión del profesor LÓPEZ BLANCO⁴⁵. Quiere esto decir, interpretando una opinión de la Corte Constitucional, que en este contrato, desde su inicio, y especialmente durante su ejecución se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas⁴⁶.

Las cláusulas abusivas violan el principio de la buena fe pues alejan al adherente de aquello que razonablemente esperaba del contrato de seguro, o sustraen de aquél, obligaciones que deberían entenderse incluidas. Mediante las cláusulas abusivas las compañías aseguradoras se sustraen de cumplir el contrato (de ejecutarlo) conforme a su normal o natural entendimiento; mediante aquéllas, las aseguradoras restringen los amparos que el tomador creyó haber adquirido plenamente, o, limitan el valor asegurado de una manera tal que el tomador no habrá precavido su riesgo como originalmente lo pretendió.

6.3. Cláusulas abusivas, ambiguas y sorpresivas

El afán protector de la doctrina, los jueces y las oficinas estatales ha conducido a que se hayan identificado algunas cláusulas especialmente predisuestas que atentan

43 DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 56.

44 BETTI, EMILIO, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. págs. 92-93, citado por DE LOS MOZOS, *ibidem*. pág. 47.

45 LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, pág. 57.

46 Corte Constitucional, sentencia T-105-98. En este fallo se formuló una opinión referente al contrato de medicina prepagada, pero, creemos sensato transcribir lo allí dicho y hacerlo válido en materia del contrato de seguro.

contra los derechos del débil jurídico tomador⁴⁷ y que de una u otra forma violan el principio de la buena fe o la equidad. La ley colombiana no ha definido qué se entiende por cláusulas abusivas, pero a *prima facie* reconociendo la dificultad y el peligro que entraña definir señalemos que se entiende por ella aquella cláusula presente en contratos negociados o de adhesión, que por sí sola o combinada con una u otras cláusulas y en contra de las exigencias de la buena fe crea un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes⁴⁸. Las cláusulas abusivas pueden revestir varias modalidades⁴⁹. Pueden ser cláusulas claras, cláusulas ambiguas u obscuras y, por último, pueden ser cláusulas sorpresivas.

Es posible que una cláusula sea abusiva y no genere, en palabras de la corte, ningún asomo de ambigüedad. En este evento, el predisponente, casi con descaro, presenta fehacientemente y sin ocultarlo un efecto abusivo. Estas cláusulas por violar el principio de la buena fe, que es derecho positivo, adolecen de objeto ilícito y sufren de nulidad. Por otro lado, otras cláusulas son, para usar el término legal (artículo 1624 inciso 2), ambiguas. Hay ambigüedad no sólo cuando una cláusula admite más de una interpretación, sino también cuando existen cláusulas insuficientemente destacadas, por lo que no son aptas para advertir al asegurado de las limitaciones de cobertura que pretenden introducir; o cuando algunas cláusulas o conceptos no están correctamente definidos o expresados; o cuando la cláusula contradice la información que previamente se había proporcionado al asegurado por medio de agentes, publicidad, folletos explicativos, etc. Lo que hay, en últimas, es una contradicción entre los términos de la cláusula y los aspectos esenciales de la póliza⁵⁰. A esta cláusula se le dan los efectos derivados del inciso segundo del artículo 1624 CC (*vid. infra* 5.2.).

47 STIGLITS, Ruben .S. *op. cit.*

48 Varias legislaciones internacionales consagran una definición legal de cláusula abusiva. Puede consultarse, entre algunas, el artículo 10 bis de la disposición adicional a la Ley sobre condiciones generales de la contratación española (Ley 26 de 1984), el artículo 35 de la Ley 78-23 de la Ley francesa de enero de 1978 relativas prohibición de cláusulas abusivas, el artículo 8 de la Ley federal contra la competencia desleal (LCD) del 1/III/88, el artículo 31 de la Ley belga del 14 de julio de 1991 sobre prácticas del comercio y sobre la información y la protección al consumidor. Finalmente y con los efectos descolantes que implican los derechos subregionales el artículo 1º de la Directiva 93/13 del CEE de 5/IV/1993. Estas disciplinas, en general, coinciden con la definición que he propuesto, y parten de la clara base de que estas cláusulas son contrarias a la buena fe y generan desequilibrios manifiestos entre las partes.

49 Poniendo a salvo la diferencia que la normatividad extranjera pueda implicar, citamos brevemente, y a modo de ejemplo, los varias cláusulas abusivas a que se refiere STIGLITS con ocasión de la disciplina jurídica argentina. El letrado identifica como cláusulas abusivas las que establecen diferencias entre el contenido de la propuesta y la póliza; las que establecen una delimitación subjetiva del riesgo, establecida por normas relativamente imperativas, y su extensión en contra del asegurado en supuestos no previstos; las que limitan derechos del asegurado, consagrados en normas imperativas, relativos a las costas; las que implican una inversión convencional a la carga de la prueba; las que estipulan supuestos de exclusión de cobertura enunciados en la póliza pero carentes de definición o claridad. STIGLITS, *op. cit.*

50 Este fue el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América en el fallo EE.UU. vs. Kride, págs. 159-160, citado en BALLESTEROS GARRIDO, *op. cit.*, pág. 187.

Por el otro lado, y también dentro del género de las cláusulas abusivas, se reconoce una serie de cláusulas denominadas por la doctrina foránea *sorpresivas*, las cuales se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, resultarían, además de desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común (*Überrumpelungseffekt*) y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica, de manera que existe una discrepancia entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación, a juzgar según lo desacostumbrado de la cláusula en general, de acuerdo con las circunstancias y especialmente según su configuración externa tomada aisladamente o en conjunto con el resto de las cláusulas⁵¹. En palabras de STIGLITZ:

“Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia”⁵².

La ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato del 1º de abril de 1977 (AGB-GESETZ) dispone que:

“No forman parte del contrato las estipulaciones contenidas en las condiciones generales del contrato que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no las pueda prever”⁵³.

A ellas deberá dárseles un tratamiento análogo al de las cláusulas abusivas claras.

7. NUESTRA VISTA PANORÁMICA

Expuesto así un breve marco conceptual y habiendo reconocido algunos efectos que se derivan de la existencia de unos contratos de adhesión a condiciones generales (*vid infra*, 2.5) creemos apropiado formular las siguientes conclusiones, dentro de las cuales expondremos una opinión personal que tratará, sin ser pretenciosa, de sugerir cual deberá ser el tratamiento de las cláusulas abusivas dentro del contrato de seguro.

Aunque bien se pretendiera establecer un control previo a la inclusión de condiciones generales a los contratos de seguro, lastimosamente la potestad administrativa de la cual goza la SB, con ocasión del mencionado artículo 184 del EOSF, como anotamos, no puede decirse que en Colombia se realice, en rigor, un

51 Si se quisiera profundizar Cf. REZZÓNICO, *op. cit.*, pág. 481y sigs.

52 STIGLITS, *op. cit.*, pág. 55.

53 Véase STIGLITS, *ibídem*, nota. 80.

control previo de los clausulados. El objeto de la facultad de la administración se limita a revisar que las pólizas estén formalmente bien presentadas. Verifica el tamaño y la distinción de las fuentes utilizada en la carátula, que las coberturas y las exclusiones se relacionen ininterrumpidamente, como un bloque; pero no puede concluirse de ello que la SB revise el contenido material de las condiciones. Por ello no hay en Colombia un control previo de las condiciones generales.

El control lo realizan los jueces, *a posteriori* aplicando las reglas tradicionales de interpretación contenidas en el Código Civil que nos rige desde hace más de cien años. En nuestra opinión los jueces deben recordar que el principio de la normatividad cobra efectos no sólo para las partes, sino que también ata al magistrado. En ese sentido, y mientras la ley no reconozca unos criterios de interpretación específicos para los contratos de adhesión a condiciones generales, los jueces deberán aplicar con rigor, y en su orden los criterios de interpretación del título XIII del libro IV del Código Civil, lo cual apareja un problema pues el juez puede temblar frente a las cláusulas abusivas claras y sorpresivas ya que se enfrentará con el principio *pacta sunt servanda*, que lo obliga a aplicar el texto claro de la disposición sin pretexto de consultar su espíritu. En ese instante, el juez, con aplomo, en gracia de la injusticia presente en los contratos de adhesión, deberá dar primacía al principio de la buena fe, pues, como anotamos (*vid. infra* 6.2) el deber de ejecutar el contrato de seguro no es una carga leve o una máxima optimista, sino una norma jurídica de carácter dispositivo. Tal vez por esta última vía y en algún tiempo la jurisprudencia arribe a instrumentos protectores como el principio de las expectativas razonables.

Probablemente la ley colombiana inicie en unos años una política legislativa tendiente a articular positivamente una serie de cláusulas que resulten generalmente abusivas, como ha sucedido en muchas legislaciones desarrolladas. Ojalá se disponga en tales normas los efectos derivados de la inclusión de esos contenidos y el tratamiento que deberá dársele⁵⁴. Mientras tanto, el asegurado, como cualquier adherente, deberá esperar a que el juez, mediante su ojo sabio, haga brillar los postulados de la buena fe contractual y de la equidad e interprete críticamente las cláusulas del contrato.

Haciendo nuestras las palabras de REZZÓNICO⁵⁵: la buena fe será el preciado auxiliar del magistrado para la vinculación jurídica eficaz pero a la vez moralmente aceptable.

54 Para varios, si hubiera de seguirse un modelo de ley, el más apropiado sería el decreto ley portugués modificado por el *decreto lei* n° 1 220/95, de 31 de enero, el cual para BALLESTEROS GARRIDO “puede reputarse como la norma más perfecta técnicamente de las formuladas sobre condiciones generales”.

55 REZZÓNICO, *op. cit.* pág. 623.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, director FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, año XVI, n° 67, julio – septiembre, Madrid, 1997.
- 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, CARLOS DARÍO, *Los seguros y el derecho civil*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, colección Profesores 2, no se referencia el año.
- BIANCA, *Conditioni generali di contratto usi negotiali e principio de affettivita*, citado por REZZÓNICO en Contratos con cláusulas predispuestas.
- BOTERO, BERNARDO, conferencia “Principios técnicos de seguros”, Pontificia Universidad Javeriana, marzo 5 de 2003.
- Corte Constitucional, sentencia T-105-98.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 15 de 1970.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de enero 30 de 2001, MP CARLOS IGNACIO JARAMILLO.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de enero 15 diciembre de 1970 *Gaceta Judicial* CXXXVI.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 21 de 1977, MP JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de octubre 27 de 1997, MP RAFAEL ROMERO SIERRA.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 29 de 1980, MP HUMBERTO MURCIA BALLÉN.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 12 de 1936, *Gaceta Judicial* XLIV.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 14 de 2001, MP JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 2 de 2000, MP JORGE SANTOS BALLESTEROS.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 8 de 1974.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª edición, Civitas, citado por SILVA RUIZ, Madrid.
- GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, “La formación del contrato”, en *Manual de derecho civil*, t. II, 3ª edición, Civitas, Madrid. 2000.
- URIBE HOLGUÍN, RICARDO, *Cincuenta breve ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1979.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Contrato de seguro*, Dupré Editores, Bogotá, 1993.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3ª edición, Temis, Bogotá, 1987.

OSSA G. J. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*, Temis, Bogotá, 1991.

REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

SALEILLES, RAYMOND, “*De la declaration de volonté*”, citado por REZZÓNICO en *Contratos con cláusulas predispuestas*.

SHMITTHOFF, CLIVE, *The Unification or Harmonization of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*, Citado por SILVA RUIZ.

SILVA- RUIZ, PEDRO, “Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales”, en *Contratación contemporánea*, dirigido por ALTERINI, MOZOS y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, t. 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, t. I, Bogotá, 2000.

STIGLITZ, RUBÉN S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.