

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

Andrés Bolaños Sánchez¹

RESUMEN:

En la actualidad, el contrato de seguro se ha convertido en una convención de constante celebración por parte de los consumidores financieros. Este tipo de acuerdos han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia como contratos de adhesión, lo que implica que el margen de negociación de sus cláusulas sea mínimo o nulo, y genera que el consumidor acepte las condiciones impuestas por la aseguradora, y ello puede dar lugar al abuso de la posición dominante de ésta y la imposición de cláusulas abusivas. Este tipo de cláusulas serán objeto de estudio en el presente artículo, con el propósito de identificar cuándo estamos ante éstas y determinar su sanción. Este análisis se realizará a través de una revisión de lo indicado por la doctrina y la posición jurisprudencial de algunos Tribunales de Distrito y la Corte Suprema de Justicia. Esta revisión permite establecer como parámetro de reconocimiento de las cláusulas abusivas el desequilibrio contractual que generan, en razón a la imposición de cargas a las que no hay lugar a cargo del consumidor y que sus efectos resultan viciados de ineficacia.

Palabras Claves: Abuso del derecho, Buena fe, Consumidor, Desequilibrio contractual, Sanción jurídica

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contrato de seguro. 3. Presupuestos de las cláusulas abusivas 4. Sanción para este tipo de cláusulas. 5. Conclusión. 6. Referencias Bibliográficas.

¹ Abogado de la Universidad CES. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Abogado litigante en responsabilidad civil y seguros. Aspirante a optar por el Título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: andresbolanosanchez@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La buena fe es hoy considerada un principio general del derecho, al cual se le ha dado la connotación de eje de las obligaciones. Algunos autores como Arturo Solarte R., consideran que el concepto de buena fe puede categorizarse en buena fe subjetiva, buena fe objetiva y buena fe contractual; para el caso de estudio, es esta última la que se pretende estudiar en el artículo, entendiendo por buena fe contractual el comportamiento leal y honesto con el que las partes de una relación jurídica deben desenvolverse en la etapa negocial, al momento de formación del acto jurídico que da origen a dicho vínculo y en la etapa de extinción de los derechos que de éste emanan.

En Colombia, este principio del derecho fue establecido por la Constitución Política, en su Artículo 83, el cual dispone que todas las actuaciones de los particulares y entidades públicas deben ceñirse a la buena fe, siendo ésta presumible en toda actuación. En la legislación colombiana, se pueden encontrar diversas normas que hacen alusión a este principio, en especial, los Artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio; se establece que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. Es claro que nuestro ordenamiento jurídico acepta la noción de la buena fe contractual.

El contrato de seguro, al ser un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones, no es ajeno al principio de la buena fe. Por el contrario, resulta de gran importancia en este tipo de convenciones, toda vez que su estructura jurídica gira en torno a este principio. Los efectos que del contrato de seguro emanan están circunscritos al acatamiento de la buena fe por las partes en la etapa precontractual y contractual, toda vez que hay una obligación del tomador o asegurado de indicar el estado real del riesgo que será asumido por la aseguradora. Una obligación de ésta, en razón de su posición dominante, consiste en establecer un clausulado que no favorezca su posición contractual.

Esas cláusulas aludidas que generan un favorecimiento de la posición contractual de una de las partes, en este caso la aseguradora, y que imponen una carga más gravosa a cargo de la otra, se han denominado cláusulas abusivas. En el contexto planteado, al ser el contrato de seguro de aquellos que se han considerado de adhesión, en el cual la aseguradora goza de una

posición dominante sobre el consumidor, es factible que se establezcan cláusulas abusivas en la regulación de la relación jurídica. Esto propicia que se rompa el equilibrio contractual y se vulnere el principio de la buena fe bajo el cual debe nacer y ejecutarse el contrato.

El abuso de la posición dominante por parte de las aseguradoras frente al consumidor con la imposición de cláusulas abusivas que conllevan cargas gravosas frente a las cuáles no deberían estar obligados, es una situación que se presenta con mayor frecuencia, debido al aumento notorio en la celebración del contrato de seguro. Lo antedicho por circunstancias propias del mercado, como el crecimiento poblacional y la exigencia continua de garantías en otras relaciones contractuales (créditos bancarios, contratos de prestación de servicios, entre otros) que se respaldan con el otorgamiento de una póliza de seguro.

Lo anterior permite un cuestionamiento que radica en determinar cuándo la aseguradora, abusando de su posición dominante, establece en el condicionado que regula el contrato de seguro cláusulas que afectan al consumidor financiero. Éste será uno de los asuntos que se pretenden resolver en este artículo. Por esta razón, se establecen los presupuestos que deben presentarse para concluir que la cláusula impuesta por la aseguradora en el contrato es una cláusula abusiva.

Al establecer los presupuestos necesarios para determinar cuándo se está ante una cláusula abusiva en un contrato de seguro, se ofrece, un segundo tópico consistente en establecer la sanción jurídica que reviste a este tipo de cláusulas. El asunto que resulta tiene gran importancia, toda vez que, al generar una ruptura del principio de la buena fe contractual, el cual es vital en el contrato de seguro, los efectos de este tipo de cláusulas deben verse afectados por una de las sanciones jurídicas establecidas por el legislador colombiano.

Para responder los dos problemas planteados, inicialmente se estudia el contrato de seguro y la importancia del principio de la buena fe en este tipo de convenciones, con alusión especial a este principio en el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. El análisis permitirá tener la claridad suficiente para abordar el tema de las cláusulas abusivas. Mediante un breve recuento de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han manejado sobre este tipo de estipulaciones, se pueden definir sus características y los parámetros establecidos por ambas fuentes del derecho para identificarlas en el contrato de seguro. Para finalizar, se

presentan algunos comentarios al respecto y la posición que, a nuestro parecer, es la más conveniente y debería ser acogida como precedente para situaciones de este tipo.

Por último, se estudian las sanciones jurídicas que puede implicar una cláusula abusiva de esta índole; recordando desde ya, que conforme a lo establecido en el Artículo 6° del Código Civil, las sanciones a un acto jurídico pueden ser positivas o negativas. Esta parte del presente escrito se apoyará, principalmente, en algunas decisiones proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

EL CONTRATO DE SEGURO:

El contrato de seguro es una figura contractual cuya celebración ha cogido mayor auge en los últimos años debido a la exigencia que han presentado en los diferentes mercados que componen la economía de garantías que avalen los riesgos que se puedan presentar, esto con el fin de disminuir las consecuencias negativas que la consumación de un riesgo pueda generar. Un ejemplo de esto es la exigencia de las entidades financieras (bancos, cooperativas de crédito, entre otras) de contratar un seguro de vida en el que la entidad sea la beneficiaria de este contrato para garantizar el pago del valor prestado en caso de darse la muerte del deudor o un estado de incapacidad de éste.

Al hablar del contrato de seguro es necesario remitirnos a lo dispuesto por el Artículo 1036 del Código de Comercio, el cual indica que este es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

Respecto de estas características del contrato de seguro, vale la pena indicar que, si bien este tipo de convenciones son de aquellas cuyo perfeccionamiento se da con la sola manifestación de voluntad, por mandato del Artículo 1046 *ibidem*, este debe quedar contenido en un documento denominado póliza, el cual debe ser entregado al tomador. En lo concerniente a la bilateralidad del contrato debe tenerse presente que se compone de dos (2) partes; el asegurador, quien es la persona jurídica debidamente autorizada por la ley para asumir el riesgo, y el tomador, quien traslada el riesgo; una vez perfeccionado el contrato ambas partes adquieren obligaciones recíprocas, debiendo el primero pagar la indemnización a que haya

lugar por ocurrencia del siniestro y el segundo pagar la prima y mantener el estado del riesgo. Se tiene por oneroso, puesto que hay un beneficio para ambas partes y un gravamen para cada uno, refiriéndonos nuevamente al pago de la prima, utilidad para el asegurador, y el pago de la indemnización a quien ostente la calidad de beneficiario del contrato. Es considerado aleatorio en razón a que la prestación de las partes del contrato de seguro no guarda relación alguna, pues existe una incertidumbre respecto a si el asegurador debe asumir o no el pago de la indemnización. Y debe considerarse un contrato de aquellos que se han nombrado como de ejecución sucesiva, dado que las obligaciones que se adquieren al momento de su perfeccionamiento persisten durante el tiempo de su vigencia para ambas partes.

Además de las características indicadas en el Artículo 1036 del Código de Comercio, se puede hablar de otras como el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la cual tiene una excepción como son los seguros de personas, especialmente el seguro de vida, en el que no se indemniza, sino que se compensa la pérdida de la vida o el daño a la integridad física. Otra característica de este contrato es que puede considerarse como *intuitu personae*, en razón a las consideraciones que debe tener en cuenta el asegurador al momento analizar la solicitud de seguro, especialmente el riesgo que pretende trasladársele, como son el tipo de persona, formación, tradiciones, situación económica, y tratándose de personas jurídicas, su composición. También resulta importante resaltar que es de adhesión, pues existe un formato contractual redactado por el asegurador cuya negociabilidad es restringida, situación que se da por el volumen de contratos que deben celebrarse por parte del asegurador que lleva a que tenga que establecer un formato predeterminado y por la posición dominante que éste tiene en el mercado, posición que se deriva de la especialidad que debe tenerse para ejecutar la actividad aseguradora en Colombia. Por último, debe tenerse que el contrato de seguro es un contrato de buena fe, concepto que sólo será mencionado somera en este aparte, en razón a que será objeto de un desarrollo detallado más adelante.

Agotadas las características que revisten al contrato de seguro, se hace necesario adentrarnos en los elementos que según lo establecido por el Artículo 1501 del Código Civil resultan de su esencia y lo diferencia de otros contratos. Para ello, nos vamos a remitir a lo dispuesto por el Artículo 1045 del Código de Comercio, que establece como elementos esenciales del

contrato de seguro el interés asegurable; el riesgo asegurable; la prima o precio; y la obligación condicional del asegurador.

El interés asegurable debe ser entendido como la posibilidad de afectación de contenido patrimonial al momento de la ocurrencia del siniestro, esto tratándose de seguros de daños, y en los seguros de personas es el interés de proteger a un sujeto de las consecuencias económicas de la muerte o la lesión de la integridad física de una persona.

Respecto al riesgo asegurable debe tenerse como aquel hecho incierto cuya ocurrencia no depende de la exclusiva voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, es decir que como tal este elemento se da a partir de la incertidumbre de un suceso que puede ocurrir o no; por ejemplo, la muerte.

El tercer elemento referido por el Artículo 1045 del Código de Comercio es la prima, que debe entenderse como la contraprestación que recibe el asegurador por la asunción de un riesgo y el pago de la eventual indemnización (seguros de daños) o compensación (seguros de personas) una vez ocurrido el siniestro. Es importante mencionar que no es el pago de la prima lo constituye este elemento esencial, sino la fijación de la misma al momento de celebrarse el contrato de seguro, pues su pago debe tenerse como el cumplimiento de una obligación del contrato de seguro.

La obligación condicional del asegurador es el último elemento esencial del contrato de seguro, el cual consiste en que la obligación del asegurador este sometida a una condición, algo muy parecido al riesgo asegurado. Al respecto, algunos autores como Hernán Fabio López Blanco afirman que “dudamos mucho de que se trate de una exigencia sustancialmente diversa a la existencia del riesgo; por lo que lo cierto es que resulta elemento esencial del contrato el que la obligación del asegurador esté sometida a una condición, hecho futuro e incierto que no dependa de la voluntad del tomador o asegurado” (López, 1991).

Vale la pena mencionar que la falta de uno de estos elementos esenciales del contrato de seguro llevará a que el acto jurídico este viciado de una sanción jurídica, que a nuestra consideración sería la consagrada por el legislador colombiano en el Artículo 898 del Código de Comercio, es decir, la inexistencia del contrato.

Siguiendo con el estudio del contrato de seguro, debemos hacer mención nuevamente del principio de buena fe que reviste este tipo de acuerdo de voluntades. Y es que el contrato de seguro está ligado al principio de la uberrimae fidei, el cual ha dado pie a que exista una obligación a cargo del asegurador respecto al contenido del clausulado que regirá el contrato; y una obligación del tomador o asegurado de declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo. El incumplimiento de estas obligaciones acarrea consecuencias para la parte incumplida como es la declaratoria de cláusulas abusivas cuando el contenido del clausulado no se compadece con el principio de la buena fe; y cuando se trata del tomador o asegurado cuando es reticente en la declaratoria del estado del riesgo, cuya sanción será la nulidad relativa del contrato; esta sanción al contrato y como tal la figura de la reticencia se encuentra establecida en el Artículo 1058 del Código de Comercio.

Respecto a la reticencia que puede presentarse en el contrato de seguro, y que violenta el principio de la buena fe, consideramos importante traer a colación al tratadista J. Efrén Ossa, quien en su libro “Teoría General del Seguro” indica respecto a la reticencia en el contrato de seguro que:

“La inexactitud o la reticencia en la medida en que, conforme a los criterios expuestos, sean relevantes ‘producen la nulidad relativa del seguro’. Generan vicio en el consentimiento del asegurador, a quien inducen en error en su declaración de voluntad frente al tomador. No importa que aquél no reúna las características que lo tipifican a la luz de los arts. 1510, 1511 y 1512 del Código Civil. Se trata, como hemos visto, de un régimen especial, más exigente que el del derecho común, concebido para proteger los intereses de la entidad aseguradora y, con ellos los de la misma comunidad asegurada, en un contrato que tiene como soporte la buena fe en su más depurada expresión y que, por lo mismo, se define unánimemente como contrato de uberrimae fidei”.

La obligación del asegurador de cumplir con el principio de la buena fe debe entenderse como un deber de no imponer cargas excesivas en cabeza del tomador o asegurado que eviten que o limiten su obligación de pago una vez ocurrido el siniestro. Como se hizo referencia, la relación contractual entre el asegurador, el tomador o asegurado estará contenida en las cláusulas que se pacten en la póliza y en los demás documentos que integren el contrato, tales

como el condicionado particular o general, declaración de asegurabilidad, pues allí es donde se encuentra delimitado el riesgo asegurado, el objeto del contrato, las exclusiones y garantías exigidas por el asegurador. El texto de estos documentos debe ser claro y no prestarse para abusos por parte del asegurador, pues ello llevaría a un incumplimiento del tan mencionado principio de la buena fe y a un abuso de su posición dominante, abuso que se predica en razón a que estamos en presencia de un contrato de adhesión cuyo contenido es impuesto en formato predeterminado que es redactado por el asegurador, sin que pueda ser modificado por el tomador al momento de la celebración del contrato.

El legislador colombiano previendo este tipo de abusos, prohibió este tipo de prácticas abusivas en el Artículo 11 de la ley 1328 de 2009, el cual indica:

“Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

“esta modalidad comercial no puede erigirse como una estipulación que otorga plenas facultades a las entidades aseguradoras para tomar ventaja de su posición en el mercado e imponer a los tomadores condiciones que restringen el uso de sus derechos como consumidores. Por esta razón, la intervención del Estado se hace necesaria en aquellos eventos en los cuales se requiera volver dúctil la interpretación de estos contratos con el fin de proteger derechos fundamentales de personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta” (Corte Constitucional, 2012, T-751).

De lo hasta aquí indicado, se puede percibir la importancia que tiene el principio de la buena fe en el contrato de seguro, puesto que es a partir de este que se da la claridad para las partes de la reglamentación de la relación jurídica, con lo cual se pueden evitar engaños por parte del tomador o asegurado en la etapa precontractual que llevarán a un vicio en el consentimiento del asegurador y el abuso de este último con la imposición de cargas gravosas a la contraparte que afecten la equidad del contrato.

Estudiado el contrato de seguro en lo que respecta a sus características, elementos esenciales y el principio de la buena fe; que para el desarrollo de este escrito es de vital importancia; se hace necesario estudiar las cláusulas abusivas.

CLÁUSULAS ABUSIVAS:

Al inicio de este texto se indicó la intención de determinar cuándo la aseguradora abusando de su posición dominante establece cláusulas que afectan al consumidor financiero imponiendo cargas más gravosas a éste. Es por eso, que procederemos en este capítulo a analizar las denominadas cláusulas abusivas.

Sea lo primero traer a colación una definición del concepto que se pretende estudiar, siendo procedente revisar en el ordenamiento jurídico colombiano las normas que hagan referencia

a las cláusulas abusivas, tales como son el inciso 2° del Artículo 78 de la Constitución Política, a partir del cual se puede predicar la protección constitucional a los consumidores ante este tipo de cláusulas; el Artículo el 83 de la Norma Superior en concordancia con los Artículo 830, 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, normativas que fundamentan el abuso del derecho y la presencia del principio de la buena fe en cualquier acuerdo de voluntades; el literal e) del Artículo 7 y el Artículo 11 de la ley 1328 de 2009, preceptos normativos que deben leerse con lo dispuesto en el numeral 10 del Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica, agregado por la Circular Externa 0039 de 2011, por medio de las cuales se prohíbe a la entidades que hagan parte del sistema financiero (aseguradoras, bancos, fiduciarias, entre otras) a incurrir en conductas que generen abusos contractuales o pactar cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o que conlleven un abuso de la posición dominante, en especial en contratos de adhesión; los Artículos 42 y 43 de la ley 1480 de 2011, disposiciones que versan sobre las cláusulas abusivas en materia de consumo.

Al dar lectura de las normas que regulan las cláusulas abusivas en materia financiera, no se puede colegir una definición, sino una enunciación de éstas; ya sea por su prohibición expresa o por su ejemplificación. Por ello, y con el fin de cumplir con el propósito de dar una definición que resulte clara, pertinente resulta transcribir el Artículo 42 de la ley 1480 de 2011, el cual establece:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Resulta pertinente advertir que, a nuestra consideración, a pesar de que la norma transcrita sea una norma especial en materia de consumo y que el sector financiero tenga un estatuto

propio de protección para sus consumidores, el hecho de existir una regulación especial para el consumidor financiero no excluye la aplicación de otras normativas que tengan un cometido similar y permitan complementar la tan mencionada protección, más cuando la ley 1480 es una norma posterior a la ley 1398.

Para complementar la definición traída por la ley 1480 sobre el concepto de cláusulas abusivas, de gran utilidad resulta traer a colación la definición dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-909 de 2012, providencia que analizó la constitucionalidad del Artículo 11 de la ley 1398, refiriendo a nuestro tema de estudio lo siguiente:

Sin llegar a socavar el principio de libertad contractual, será cláusula o práctica abusiva aquella que, en función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, expresión jurídica que deberá ser entendida no solamente en sentido formal, como un párrafo o apartado, sino en sentido material, al contener una regla, una pauta o un patrón inequitativo de comportamiento.

De tal manera, el carácter abusivo estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero conforme al instrumento de negociación, de manera que la conducta desplegada por aquella sea la causa del desequilibrio y menoscabo.

Las definiciones de cláusulas abusivas que se han expuesto en este capítulo son coincidentes y de ellas se puede extraer un elemento común, el desequilibrio injustificado que se genera en perjuicio del consumidor. Es de la naturaleza de la cláusula abusiva el desequilibrio que genera en la relación contractual. Esta desigualdad no puede ser otra que la contravía de la igualdad normativa que las partes pactan dentro del contrato, pues al decir injustificado, debe tenerse que esta se refiere a las prestaciones recíprocas que surgen del acuerdo de voluntades. (Arango, M., 2016).

Determinada una definición aceptable del concepto de cláusula abusiva, en especial en lo que se refiere a los contratos de adhesión como lo es el contrato de seguro, debemos entrar a profundizar la identificación del desequilibrio injustificado resaltado en la noción utilizada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha considerado como fuente de ese desequilibrio injustificado el abuso del derecho y la violación al principio de la buena fe, conceptos que pueden tener ciertas similitudes en lo que concierne al hecho que los desencadena; sin embargo, debe mencionarse que el abuso del derecho puede darse desde incluso antes de la celebración del contrato y la violación del principio de la buena fe generador del desequilibrio injustificado se produce cuando ya existe la obligación, es decir, cuando la voluntad de la parte que se verá afectada ya se manifestó en la aceptación de la obligación. Adicional a ello, deben verse las consecuencias jurídicas que se producen en cada una de estas fuentes que ha tenido la jurisprudencia como generadora del desequilibrio contractual. En el abuso del derecho estaríamos ante una consecuencia de índole indemnizatoria, puesto que ello lleva a una responsabilidad civil en los términos del artículo 830 del Código de Comercio, siendo necesario que se dé la configuración de los elementos esenciales de esta figura (hecho culposo, daño y nexo causal). Por su parte, la violación del principio de la buena fe puede generar una responsabilidad civil o una sanción jurídica como la nulidad o la ineficacia; ejemplo de esto es la sanción establecida en el Artículo 1058 del Código de Comercio, sanción que ya fue objeto de explicación en el primer capítulo de este texto. Es por esta explicación que tomaremos como fuente del desequilibrio injustificado en el contrato de seguro, la violación del principio de la buena fe, más cuando este tipo de convenciones están revestidas por la ubérrima buena fe, siendo su violación la imposición de una carga más gravosa a cargo del consumidor en un contrato cuya probabilidad de negociación es casi nula, y es generadora del rompimiento del equilibrio contractual.

La buena fe al habar de cláusulas abusivas debe entenderse como un criterio valorativo de las obligaciones impuestas a cada parte de una relación contractual. No puede identificarse la buena fe con la falta de mala fe de quien ostenta una posición dominante en la relación jurídica, sino como el conjunto de criterios valorativos que desde un juicio ético pueden conducir a un reproche del equilibrio contractual. La buena fe es lo que el contratante normal espera en la ejecución del contrato y en el contenido de las cláusulas que rijan la relación contractual, siempre ceñido al principio de la confianza legítima. (Sescún, F. 2009)

Siguiendo con el elemento de la definición de cláusula abusiva que se analiza, debe decirse que el legislador colombiano, buscando dar la mayor protección posible al consumidor, ha

establecido expresamente la prohibición de las prácticas abusivas y de las cláusulas abusivas, lo que se puede ver en las disposiciones legales que se han mencionado o transcrito, en especial la ley 1398 de 2009. En la búsqueda de esa protección, ha optado por establecer el sistema abierto, dando una noción de la cláusula abusiva y el denominado sistema de listas de cláusulas negras o grises.

Las listas de cláusula negras o grises consisten en la enunciación en la ley de ciertas cláusulas que se descalifican, se clasifican en la categoría de abusivas o posiblemente abusivas y se prohíbe su uso o para aplicarlas se debe hacer un análisis del contrato y el contexto al momento de celebración y de la aplicación de la cláusula objeto de debate. Este tipo de listas hacen que sea más fácil la identificación de las cláusulas abusivas, siendo fácil percibir el supuesto que genera el desequilibrio contractual y, con ello, que el juez en su función jurisdiccional pueda establecer la sanción jurídica procedente. (Moreno, M., 2014).

Como se ha dicho, en materia de protección al consumidor financiero estas listas están consagradas en el Artículo 11 de la ley 1398 de 2009 y en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera, de las cuales se pueden transcribir las siguientes:

1. Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
2. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
3. Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.
4. Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.
5. Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquéllos establecidos en la ley.

Claramente con la imposición por parte de una aseguradora de cláusulas que tengan por objeto alguno de los contenidos mencionados se genera para el consumidor un desequilibrio

injustificado del contrato; por ejemplo, al imponer que toda controversia surgida en el contrato de seguro se resolverá ante un Tribunal Arbitral, y sin que esto pueda negociarse, lo que genera una limitación en el acceso a la justicia al consumidor, pues es de conocimiento que para acudir a la justicia arbitral se incurre en costos como el pago de gastos al centro de arbitraje, los honorarios de los árbitros, los honorarios del secretario, entre otros, los cuales no siempre podrán ser asumidos por el consumidor financiero, rompiendo el equilibrio del contrato y limitando el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del sujeto afectado con este tipo de cláusulas.

Otro ejemplo que puede traerse a estudio es la imposición de la aseguradora en el clausulado general de plazos para ejercer la reclamación de la indemnización; un supuesto que describe muy bien este tipo de cláusulas es establecer en un contrato de seguro de arrendamiento un término de 20 días comunes para presentar la reclamación con la consecuencia que, si no se hace, se pierde el derecho a la indemnización. El supuesto establecido lleva a que se exija una actuación del consumidor en un plazo que no es exigido por la ley y que trae una consecuencia que claramente resulta gravosa para éste y benéfica para la aseguradora, configurando así una violación al principio de la buena fe con que actúa el tomador del seguro o el asegurado al momento de la celebración del contrato y un abuso de la posición dominante de la aseguradora.

Puede considerarse entonces que ese desequilibrio injustificado del que hemos venido hablando, puede identificarse en una cláusula de un contrato de adhesión que pretenda categorizarse como abusiva, cuando el contenido de esta coincida con los supuestos enunciados en el Artículo 11 de la ley 1398 de 2009 y en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera. De igual forma, podrá considerarse que se presenta un desequilibrio injustificado en aquellas cláusulas de cuyo contenido se puede percibir una carga más gravosa para el consumidor que se aleje de las cargas que normalmente se imponen en el acto celebrado.

Este tipo de criterios de identificación de las cláusulas abusivas resultan aplicables en su totalidad a los contratos de seguro, que como se ha indicado son contratos de adhesión, cimentados por el principio de la ubérrima buena fe, lo que hace que sea más reprochable aún encontrar en este tipo de contratos cláusulas que revistan el carácter de abusivas.

Respecto a este tipo de cláusulas en el contrato de seguro, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de octubre de 2005, con ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo J., ha sido reiterativa al indicar que resulta reprochable su inserción, y más cuando se introducen en el condicionado general del contrato, disposiciones de naturaleza volitiva y negocial a las que se adhiere el tomador sin la posibilidad real o efectiva de controvertirlas, toda vez que éstas son prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora. Indica el órgano de cierre jurisdiccional que para determinar si una cláusula es abusiva para una de las partes, debe verificarse la contrariedad de esta al postulado de la buena fe o la violación del desequilibrio contractual. Esta posición jurisprudencial guarda estrecha relación con la tesis que se ha venido planteando en este texto.

SANCIÓNES APLICABLES A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:

Establecida la forma que consideramos pertinente para identificar una cláusula abusiva, con lo cual se dio solución al problema principal planteado al inicio de este artículo, resulta necesario introducirnos en el estudio de la sanción aplicable a este tipo de cláusulas, lo que se pasará a esbozar en el presente capítulo.

Previo a adentrarnos de fondo en el asunto del presente capítulo, precedente resulta hacer alusión al modelo de contratación actual, en el cual es poco común que entre las partes se dé la negociación de las disposiciones que regirán la relación contractual, esto debido a que se trata de un modelo basado en la contratación en masa, que tiene sus génesis en el aumento de la oferta y la demanda de bienes y servicios, que da pie a establecer procedimientos que sean más eficientes en la generación de utilidades, no sólo para los costos y gastos de producción, sino que también para aquellos relacionados con la transferencia patrimonial, punto a partir del cual surge la necesidad encontrar la forma cómo se dará el instrumento que regule la relación jurídica entre productor y consumidor de una manera eficaz y simple. Al simplificarse la forma de contratación, estableciéndose una preforma para ello, se genera una reducción considerable en el tiempo de elaboración del contrato y en la transferencia patrimonial que conlleva a aumentó de las utilidades, posiblemente, para ambas partes, pues no sólo el productor o vendedor es quien obtiene una utilidad en este tipo de relaciones, el

consumidor también lo hace al reducir esos costos en que hubiese podido incurrir para adquirir el producto o servicio, además que lo hace de una manera más rápida.

Adicional a las consecuencias desde el punto de vista económico que genera la contratación en masa, también se genera otra consecuencia desde un punto de vista jurídico, y es el desequilibrio contractual que esto genera entre las partes, lo que puede conllevar a abusos de la parte dominante, que por lo general es el productor o prestador del servicio, sobre la denominada parte débil. Esta situación ha llevado a que el Estado haga uso de su poder coercitivo, limitando (si así podemos llamarlo) la autonomía de la voluntad privada, estableciendo a través del legislador normas que eviten ese abuso y nivelen las cargas en la relación contractual; un ejemplo de esto es el Estatuto del Consumidor Financiero, por medio del cual se regularon las relaciones entre entidades de este sector y el consumidor. (Rodríguez, R., 2011).

Dentro de esa limitación del principio de la autonomía de la voluntad privada por parte del Estado con la creación de normas, por parte del legislativo, encontramos las denominadas sanciones al negocio jurídico, siendo menester indicar que, desde el Código Civil, el cual data de 1873, se establecieron en el ordenamiento jurídico este tipo de consecuencias de orden legal; valga la pena aclarar que no siempre la sanción conlleva a una extinción del negocio jurídico, pues el Artículo 6 del Código Civil es claro al indicar: “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.”

Hasta la expedición de normas como la ley 1328 de 2009 y la ley 1480 de 2011, no había claridad en Colombia acerca de la consecuencia o sanción jurídica aplicable a los contratos de adhesión, entre estos, el contrato de seguro, razón por la cual surgieron diversas teorías que llevaban a que los jueces al momento de hacer el control de legalidad pudieran echar mano de cualquiera de estas, generando una incertidumbre jurídica.

Inicialmente, se pensó que, al tratarse de un contrato de adhesión, este tipo de cláusulas debían ser tratadas conforme lo dispuesto por el Artículo 1624 del Código Civil, que establece:

No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Esta teoría cuenta con bastante sustento normativo y permite que el juez proteja la buena fe de la parte más débil y quien se somete a las cláusulas que la parte dominante impone en el contrato, equiparando así el equilibrio de las prestaciones emanadas de la convención, el cual se ve fracturado por cláusulas leoninas o abusivas. (Echeverri, V. 2011)

Otra tesis que surgió entorno a la sanción aplicable a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, era que estas se encontraban viciadas de nulidad absoluta, teoría fundamentada en que este tipo de disposiciones contractuales contrariaban los Artículos 1603 y 871 del Código de Comercio; normativas que establecen que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena, revestidas del carácter de normas imperativas; por lo que generaban que se configurara la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, conforme con lo establecido en los Artículos 1740 y 1523 del Código Civil y en el Artículo 899 del Código de Comercio. Valga decir que el contrato no sería objeto de nulidad absoluta en su integridad, sino la cláusula cuyo contenido hace que se configure una violación al principio de la buena fe y, consecuentemente, genera un desequilibrio contractual, esto a menos que la cláusula sobre la que recae la sanción sea de aquellas que resulten esenciales para que se configure el negocio jurídico, pues en este supuesto sí conllevaría a una nulidad de total de la convención. Adicional a ello, se consideró que la cláusula abusiva se encontraba viciada de nulidad absoluta, por el abuso del derecho en que incurría la parte dominante, lo que llevaba a la vulneración de dos principios generales del derecho como es la buena fe y la prohibición del abuso del derecho. (Sescún, F. 2009)

Al respecto, vale la pena traer a colación la decisión tomada en el laudo del 01 de diciembre de 2006, proferido por los árbitros Carlos E. Jaramillo S., Juan Pablo Cárdenas M., y Gabriel

Jaime Arango R., en el Tribunal Arbitral que se llevó a cabo entre Concelular y Comcel, en la Cámara de Comercio de Bogotá, en la cual se indicó:

Resulta francamente inaceptable que para evadir el pago de una prestación y una eventual indemnización, cuyo costo podría asumirse sin detrimento de la solidez financiera y de la posición en el mercado de la compañía predisponente del contrato, tal como lo hacen otros empresarios como es de público conocimiento, se niegue al convenio su verdadera naturaleza en una cláusula, en otra se establezca la renuncia por parte del agente a las mencionadas prestación e indemnización y para pretender asegurarse más todavía se introduzca esta “cláusula espejo” que por lo tanto, en la medida en que su

efecto redunda en contra del régimen imperativo de protección patrimonial del agente comercial previsto en el Código de Comercio, resulta ser una estipulación abiertamente abusiva y, por lo tanto, opuesta al postulado de la buena fe contractual, razón por la cual se declarará su nulidad absoluta.

(...)

Y en cuanto al contenido de la segunda parte, el Tribunal encuentra que es abiertamente abusivo, ya que introduce un evidente desequilibrio entre las partes y vulnera por tanto el postulado de la buena fe. Se declarará así mismo la nulidad absoluta de la cláusula por objeto ilícito”.

(...)

el Tribunal encuentra que la cláusula, en cuanto implica abuso del derecho y de la posición dominante contractual, viola la prohibición constitucional contenida en el número 1 del art. 95 de la C.P., tiene por tanto objeto ilícito de conformidad con el art. 1518 inciso 3º del C.Civil y adolece de nulidad absoluta de acuerdo con el

Art. 899 del C. de Co. (...)

De la lectura del aparte transcrito del referido laudo arbitral, se puede observar como se acogió la teoría de la nulidad absoluta para resolver el asunto materia de discusión, y es que

a pesar de la entrada en vigencia de los diferentes estatutos de consumo en los cuales se establece una sanción expresa para las cláusulas abusivas que generen una afectación al consumidor, el uso de esta tesis no ha entrado en desuso, puesto que no todas las relaciones jurídicas se encuentran regidas por estas nuevas normativas, debiendo el juez acudir a los Códigos tradicionales al momento de hacer el control de legalidad de la cláusula objeto de reproche, debiendo, de ser el caso, limitarse a decretar la nulidad absoluta de la disposición generadora de controversia.

Agotado este recuento, es menester introducirnos en la regulación establecida por el legislador colombiano a las cláusulas abusivas que se presenten en los contratos de seguro, para ello, como se aludió en el primer capítulo de este texto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el Artículo 11 de la ley 1328 de 2009, que establece:

Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

PARÁGRAFO. *Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.*

Esta disposición legal es clara al prohibir a las entidades que conforman el sector financiero, la estipulación de cláusulas que afecten los derechos del consumidor y tenga el carácter de abusivas, sancionando tales estipulaciones con una de las sanciones jurídicas más drástica para el acto jurídico como es la ineficacia de pleno derecho.

La ineficacia jurídica fue consagrada en el Artículo 897 del Código Comercio, norma que establece: *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*. Esta sanción al acto jurídico tiene como consecuencia que la cláusula o acto cuya ilicitud se predica y se ha consagrado por el legislador con esta sanción, no produce efecto jurídico alguno sin que sea necesaria la intervención de una autoridad judicial, es decir, se tachan ipso iure de la realidad jurídica. (Alarcón F. 2011)

Esta sanción en contratos de adhesión como el de seguro, se establecen como una medida de protección del consumidor, quien no tendrá que acudir ante una autoridad judicial para discutir la validez de la cláusula que menoscaba sus derechos y rompe el equilibrio del contrato celebrado con una de las entidades que conforman el sistema financiero, lo que lleva a que el grado de eficacia de la norma sea mayor, pues el hecho de que se establezca una sanción, pero que esta sólo tenga efectos cuando medie sentencia judicial claramente reduce la protección al consumidor, más si se tiene en cuenta la congestión judicial que viven los despachos judiciales en Colombia. Sin embargo, tratándose del contrato de seguro, debe indicarse que en la práctica esta protección legal se puede ver afectada, dado que la presencia de la cláusula abusiva surge al momento en que el asegurado (consumidor financiero) reclama a la aseguradora el pago de la indemnización o compensación y ésta hace uso de la cláusula que tiene el carácter abusiva para omitir el cumplimiento del contrato de seguro, debiendo el consumidor financiero acudir ante la autoridad judicial para que mediante sentencia se le reconozca su derecho y se obligue a la aseguradora a cumplir con las obligaciones emanadas del contrato de seguro.

Claramente la evolución en la forma de contratación ha generado que el legislador deba ajustar algunos aspectos relacionados con el acto jurídico, esto debido a la desprotección que se puede presentar frente a la parte más débil de la relación jurídica, la cual puede generar no sólo el desequilibrio del contrato, sino una afectación del mercado provocada por el temor

del consumidor en la adquisición de productos y servicios por este tipo de cláusulas, debiendo establecer una prohibición clara que cohiba a la parte dominante del uso de estipulaciones y prácticas abusivas.

CONCLUSIONES:

- a) El crecimiento exponencial en el consumo de bienes y servicios, sumado al crecimiento demográfico de la población mundial, ha generado la necesidad de una forma eficaz de producción y venta, conllevando a un notorio cambio en el modelo de contratación, siendo el contrato de adhesión el tipo contractual escogido para obtener una forma útil y productiva de trasladar los bienes o de pactar la prestación de servicios. La adopción de este tipo de figura contractual se da con el fin de evitar el trámite de negociación entre las partes, etapa precontractual que produce unos costos representados en el valor de los honorarios de un profesional en derecho y en la eventual valoración que se le pueda dar al tiempo que se tome esta etapa de inicio de la formación del contrato. Es por ello que los productores o prestadores de servicios han optado por establecer preformas contractuales, cuyo margen de negociabilidad es casi nulo, por lo que deben ser aceptadas por el consumidor al momento de adquirir un producto o servicio.
- b) El sector asegurador no ha sido ajeno; por el contrario, con el auge adquirido por los contratos de seguro, es uno de los sectores del mercado que más provecho ha podido sacar de este modelo de contratación. Es por ello que dentro de las características que analizamos del contrato de seguro, indicábamos que este tipo de convenciones deben entenderse como contratos de adhesión, por medio de los cuales la aseguradora, haciendo uso de su posición dominante, impone al consumidor financiero unas condiciones y estipulaciones para la regulación del contrato celebrado.
- c) Dentro de las estipulaciones pactadas en los contratos de seguro, encontramos algunas que pueden ser consideradas como abusivas, aceptadas por el consumidor en su imposibilidad de negociar con la aseguradora, y que conllevan a la imposición de

cargas adicionales a éste como parte débil del contrato, favoreciendo la posición de la entidad aseguradora en la etapa contractual y poscontractual.

- d) Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y, por lo general, en los contratos de adhesión se identifican por el rompimiento de las cargas contractuales y el vulneración al principio de la buena fe que rige los contratos en todas sus etapas, y que en el contrato de seguro tiene mayor relevancia al tratarse de una figura en la que las partes parten de ese principio para asegurar el riesgo, en el caso de la aseguradora, quien presume que el riesgo asegurado se encuentra en las condiciones que el tomador o asegurado le indica al momento de la celebración del contrato, y en igual sentido este parte de la buena fe presumiendo que la regulación contractual establecida por la aseguradora no conlleva a abusos que permitan a ésta exonerarse de sus obligaciones.
- e) El aumento desmedido en la imposición de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el sector financiero y otros llevó a que el legislador colombiano y los entes de control prohibieran tal situación, estableciendo una noción para este tipo de cláusulas y unos listados generales de las disposiciones que pueden tenerse como abusivas, los cuales reciben el nombre del modelo de listas negras y grises. En la regulación del sector financiero estas listas pueden encontrarse en el Artículo 11 de la ley 1398 de 2009 y en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera.
- f) Adicional a dar una noción a las cláusulas abusivas y establecer el modelo de las listas negras y grises, el legislador determinó la sanción jurídica aplicable a este tipo de disposiciones contractuales al hablar de relaciones de consumo financiero y consumo, lo que representa un gran avance, toda vez que previo a esta regulación se tenía que la controversia surgida ante la presencia de una cláusula abusiva se dirimía con lo establecido por el Artículo 1624 del Código Civil, es decir, aplicando su contenido en contra de quien la redactó; pero existía otra posición consistente en que las denominadas cláusulas abusivas se encontraban revestidas de nulidad absoluta, al estar viciadas por objeto ilícito, puesto que iban en contravía de las normas contenidas en los Artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, las cuales tienen el carácter de imperativas. Esta teoría en la actualidad no se encuentra en desuso, pues aplica para relaciones jurídicas que no puedan ser consideradas de

consumo. Ahora bien, tratándose de contratos que puedan considerarse generan una relación de consumo, como ocurre con el contrato de seguro, las cláusulas que configuren un rompimiento contractual y atenten contra el principio de la buena fe, tienen por sanción jurídica la ineficacia de pleno derecho, es decir que no producen efectos jurídicos sin necesidad de que medie decisión de autoridad judicial.

- g) Claramente todo este desarrollo legislativo ha generado una protección real del consumidor financiero en convenciones como el contrato de seguro, que permiten que la relación jurídica no se vea afectada por un abuso de la parte dominante y que no se afecte el giro normal del mercado, el cual se puede ver afectado por la generación de temor en el consumidor provocado por ese abuso constante de las entidades que conforman el sector financiero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Congreso de la República de Colombia (12 de octubre de 2011). Ley 1480. Estatuto del Consumidor, artículo 3°. Diario Oficial No. 48.220.

Congreso de la República de Colombia (15 de julio de 2009). Ley 1328. Estatuto del Consumidor Financiero, artículo 11°. Diario Oficial No. 47.411.

Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1873). Ley 84. Código Civil, artículo 1603. Diario Oficial No. 2.867.

Presidencia de la República de Colombia (27 de marzo de 1971). Decreto 410. Código de Comercio, artículo 873. Diario Oficial No. 33.339.

Superintendencia Financiera de Colombia (06 de septiembre de 2011). Circular Externa 039.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, (06 de marzo de 2019) Sentencia T-094 de 2019. (MP Antonio José Lizarazo O.)

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, (07 de noviembre de 2012) Sentencia C-909 de 2012. (MP Nilson Pinilla Pinilla)

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, (26 de abril de 2019) Sentencia T-251 de 2017. (MP Iván Humberto Escruería M.).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (02 de febrero de 2.001), Sentencia SC5670. (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de octubre de 2.005, (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.).

Vallejo, F. (2003) El concepto de buena fe en los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Comanducci, P. (2011, julio). El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica. Derecho Privado, 21, 107 – 118.

Presidencia de la República de Colombia (02 de abril de 1993). Decreto Ley 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Diario Oficial No. 40.820.

López, H. (1991). Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá: Editorial Temis.

Ossa, J. (1991). Contrato de Seguro. Bogotá: Editorial Temis.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento Concelular S.A., en liquidación, contra Comcel S.A. (01 de diciembre de 2006), (Carlos E. Jaramillo S., Juan Pablo Cárdenas M., y Gabriel Jaime Arango R.).

Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Estudios Socio-Jurídicos, 18(1), 243-266.

Suescun, F. (2009, septiembre). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. Revista de Derecho Privado. 41, 3-17.

Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. Opinión Jurídica. 10, 125-144.

Moreno, M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. *Uni. Estud.* 11, 331-353.

Reyler Y. (2011). La Función Económica de la Contratación Masiva. *Revista Oficial del Poder Judicial.* 7, 189-228.

Alarcón, F. (2011) *Ineficacia de Pleno Derecho en los Negocios Jurídicos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.