

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

JUAN MANUEL CALLE SALDARRIAGA

CARLOS JOSÉ VARGAS PIEDRAHITA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado

Asesor temático:

Dr. Esteban Mejía

TESIS

UNIVERSIDAD EAFIT

Medellín, Antioquia

2018

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2018

Resumen

El contrato de seguro es de vital importancia hoy en día para los diferentes consumidores que desean asegurar riesgos, sin embargo, debido a la posición dominante de las aseguradoras, se han venido aplicando durante la historia de esta institución jurídica, un sinnúmero de cláusulas abusivas, las cuales dejan en una mala condición al consumidor; razón por la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido desarrollando sus opiniones al respecto.

Palabras clave

Contrato de seguro, cláusulas abusivas, jurisprudencia, consumidor, posición dominante.

Tabla de contenido

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Introducción..... | 7 |
| 2 | Historia general del seguro..... | 9 |
| 3 | La actividad aseguradora en Colombia | 11 |
| 4 | El contrato de seguro | 13 |
| 4.1 | Definición | 13 |
| 4.2 | Características del contrato de seguros..... | 14 |
| 4.3 | Clasificación de los seguros | 15 |
| 4.4 | Elementos de la esencia del contrato de seguro | 16 |
| 4.4.1 | Interés asegurable..... | 17 |
| 4.4.2 | Riesgo asegurable | 17 |
| 4.4.3 | Prima o precio del seguro | 18 |
| 4.4.4 | Obligación condicional de la aseguradora..... | 19 |
| 4.5 | Partes del contrato..... | 19 |
| 4.6 | Obligaciones de las partes..... | 20 |
| 5 | ¿Es el contrato de seguro un contrato de adhesión? | 21 |
| 6 | Interpretación de los contratos | 25 |
| 7 | Posición de dominación contractual | 28 |
| 7.1 | Poder económico - poder empresarial | 29 |
| 7.2 | Poder de conocimiento – de información..... | 32 |
| 8 | Derecho del consumidor en Colombia..... | 34 |
| 9 | Los contratos de adhesión en el nuevo estatuto del consumidor | 37 |

| | | |
|----|--|----|
| 10 | Acción de protección al consumidor | 39 |
| 11 | Cláusulas abusivas en los contratos | 41 |
| 12 | Cláusula abusiva en el contrato de seguros | 53 |
| 13 | Jurisprudencia..... | 59 |
| 14 | Conclusiones..... | 67 |
| 15 | Referencias..... | 70 |

Lista de figuras

| | |
|---|-----|
| <i>Figura 1.</i> Clasificación de los seguros..... | 15 |
| <i>Figura 2.</i> División del mercado de seguros en Colombia..... | 310 |

1 Introducción

La idea principal de la investigación consiste en utilizar las diferentes herramientas teóricas y normativas para indagar sobre las cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Para lo anterior, se revisó doctrina general sobre contratos, específicamente los contratos de adhesión y su repercusión en la protección al consumidor, teniendo siempre como base primigenia las normas del Código Civil y el Código de Comercio, en donde se encuentra regulado el contrato de seguro como institución para la transferencia de riesgos y para la estabilidad de las relaciones comerciales en caso de siniestro. Esta estabilidad puede verse quebrantada mediante una cláusula que es permitida y que fue pactada, pero que, contrariando la buena fe, genera un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor.

Para la introducción del tema general, se hace un barrido histórico del contrato de seguro, en donde se expone su origen e importancia, tanto a nivel nacional como internacional. Se procede a explicar las generalidades jurídicas que orbitan alrededor del contrato y se comienza a estudiar las problemáticas que tiene su clausulado.

El desarrollo emprende con una aproximación exploratoria desde el Código Civil con las normas que tratan la interpretación de los contratos¹, pasando por la figura del consumidor como objeto de protección, llegando al régimen de las cláusulas abusivas, que normalmente está dirigido a quienes ostentan la posición no dominante contractual, particularmente en los contratos de adhesión. La evolución temática está dirigida al

¹ ARTICULO 1624. INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. 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.

avance en términos interpretativos, empezando por la ambigüedad, siguiendo hasta la favorabilidad del consumidor.

De acuerdo con lo anterior, se debe analizar la jurisprudencia y la doctrina que se ha creado sobre el argumento, con el fin de realizar el diálogo entre los diferentes discursos y las diferentes voces que se han referido al tema de estudio.

Luego se estudia el papel de los contratantes y su posición de dominante y dominado, exponiendo cómo se presentan dichos estados en ciertas relaciones de agotamiento. Para llegar al Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1480, 2011) y a las leyes (Ley 1328, 2009) que hablan directamente de este tipo de cláusulas.

Es preciso decir que esta experiencia histórica se debe pensar a la par de un análisis de la doctrina internacional, siendo esta la primera en hablar sobre la problemática. Dicha doctrina ha influido gratamente, siendo la base estructural de las teorías que se tienen hoy por normas. Es necesario tomar un enfoque privatista en donde se analicen sentencias y regulaciones del ordenamiento para determinar los principios jurídicos que gobiernan este contenido en particular.

Para la investigación se utilizaron libros de teóricos del derecho que han hablado del contexto histórico, como el libro "*Contratos mercantiles*" de Arrubla (1992), teorías sobre el contrato de seguros como "*Teoría general del contrato de seguros*" de Ossa (1988) y temas más específicos para este cuestionamiento como "*Contrato de consumo y cláusulas abusivas*" de Stiglitz (1999). Asimismo, se estudiaron sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en donde se resuelven casos que tienen como objetivo la solución de una controversia que encuentra su origen conflictual dentro del clausulado. Igualmente, la tesis tiene sus bases argumentales en

otros estudios críticos y páginas de internet de instituciones como “Acoldese”, “Fasecolda”, entre otras.

Cabe señalar que la monografía tiene la siguiente metodología temática: el estudio es introducido a través del recuento histórico del seguro, posteriormente se procede a adscribir el mismo dentro del ámbito colombiano, para continuar con el análisis del contrato de seguro y sus particularidades. Llegando a este punto se profundiza en el objetivo primordial, el cual está encabezado por la investigación del contrato de adhesión y las consecuencias interpretativas que este sobrelleva; para así ingresar al examen de la posición contractual y su consecuencia legislativa, que es el derecho del consumidor. Dentro de esta ramificación jurídica se investigaron los temas del contrato de adhesión y las acciones del consumidor. Todo lo anterior es necesario para poder arribar al contenido de las cláusulas abusivas; las cuales, primero se estudian desde el ámbito contractual general para subsiguientemente referirse a ellas desde el contrato de seguro. La tesis concluye con una recopilación jurisprudencial y con una discusión sobre el tema en la actualidad.

2 Historia general del seguro

La actividad aseguradora ha estado presente desde hace muchos años. No se hace necesario establecer una fecha exacta de inicio del efecto de asegurar contra determinado peligro, pero es pertinente decantar los hitos históricos con el fin de conocer el camino que se encauzó para que hoy el contrato de seguros sea lo que es.

El ser humano encontró en el seguro la forma de cubrir o disminuir los riesgos que posiblemente podían recaer sobre sus bienes o su integridad. Desde el Código de Hammurabi (1810-1750 A.C) y el Talmud se registran antecedentes de actividades de

repartición de riesgos ante el acaecimiento de contingencias ajenas al actuar de las partes. Es así como se cubría la pérdida de mercancías, la pérdida de la vida humana y la indemnización a las esposas por la muerte del esposo con ocasión del robo (Baquero, Rodriguez, & Zarruk, 2011).

Es tan solo hasta 1309 cuando aparece por primera vez la palabra “seguro” en el Decreto dado por el Duque de Génova. Posteriormente, en 1347, se registra el primer contrato de seguro marítimo en la misma ciudad. Gracias al creciente comercio marítimo y al intercambio de mercancías por toda Europa surgió la necesidad de cubrir los riesgos derivados del transporte de las mismas, tanto por tierra como por mar, por lo que en las ciudades donde el comercio primaba, se dieron los desarrollos más importantes. Inglaterra, Francia, Italia, Portugal y España fueron pioneros en la actividad aseguradora (Baquero *et al.*, 2011).

Los aseguradores inicialmente asumieron como personas independientes que cubrían el riesgo de un tercero, pero fue ya entrados en el siglo XV que comenzaron a constituirse en sociedades, las cuales asumían toda clase de riesgos (Aproximadamente 1424).

En términos históricos, Inglaterra tuvo dos grandes momentos que influyeron a la consolidación del seguro: el primero consta de la creación de un Tribunal de Seguros que estaba encargado de solucionar cualquier tipo de litigio que girara en torno al contrato de seguro (año 1601). El segundo tuvo lugar el día 2 de septiembre de 1666, día en el que gran parte de la ciudad de Londres sufrió un grave incendio que destruyó más de 13.000 hogares.

La Corte de Fuego (para resolver problemas derivados del incendio) fue instalada para lidiar con disputas de propiedad y decidir quién debía pagar y lo hizo durante una década después del desastre.

El médico Nicholas Barbon aprovechó la oportunidad de negocio y montó la primera compañía de seguros, la Oficina de Incendios, en 1667. (Davies, 2016, pág. 37)

Durante el siglo XVI y XVII se identificaron nuevos riesgos valorables en dinero, lo que conllevó consecuentemente a la ampliación del catálogo asegurador. Hubo un crecimiento de la oferta de los riesgos asegurables; se tienen como ejemplos concretos, la oferta de seguros con el fin de cubrir contingencias derivadas de los incendios (The Fire Office en Inglaterra fue la primera en proveer el seguro contra incendios) y de seguros para la contingencia de la muerte (The Mercer Company - Inglaterra).

A partir del siglo XVII, con el fin de disminuir el pago de eventualidades y de obtener mayor crédito en la actividad aseguradora, el contrato de seguro en sus diferentes variables comenzó a usar herramientas empíricas, así como la ciencia y la estadística. Mediante el manejo de las probabilidades entraron a asegurar en mayor o menor precio determinados riesgos, con condiciones variables; y una negativa al aseguramiento de determinadas contingencias por resultar extremadamente dañosas en términos económicos para las empresas (Baquero *et al.*, 2011).

3 La actividad aseguradora en Colombia

El mercado de seguros colombiano estuvo dominado por empresas extranjeras hasta 1874 cuando se creó la Compañía Colombiana de Seguros. La constitución de

esta asociación marcó el inicio del auge de la acción aseguradora en Colombia, dando apertura a la diversificación de la oferta. En 1902 se fundó la Sociedad Nacional de Seguros de Vida, la cual ofrecía el seguro de vida individual, que pasaría a comercializarse a la par de los seguros de daños luego de que esta pasase en 1904 a manos de la Compañía Colombiana de Seguros tras la fusión de ambas (Baquero *et al.*, 2011).

No obstante, dicho auge asegurador tuvo que ser regulado. Mediante la Ley 68 de 1924 se brindó la capacidad vigilativa por parte de la Superintendencia Bancaria sobre las compañías aseguradoras. Por medio de la Ley 105 de 1927 se promulgó el que fue por muchos años el Estatuto Orgánico de las Compañías de Seguro.

Sustancialmente, el contrato de seguro encuentra sus directrices propiamente en el Decreto 410 de 1971 en el libro IV título V (Código de Comercio), regulación que perdura hasta hoy.

Más adelante, en la década de los noventa, se evidencia una necesidad de adecuar la regulación, por lo que se producen distintas leyes², las cuales introdujeron modificaciones tanto a los elementos esenciales del contrato de seguro como a la operación aseguraticia. Se moderniza el contexto asegurador y se actualiza el régimen legislativo conforme al contexto de la época y al auge del mercado de seguros en el país.

En relación a las casi dos décadas que van corridas del 2000, la prerrogativa reguladora del Estado en materia de seguros se ha dedicado a velar por los derechos del consumidor, brindándole garantías y herramientas para impedir la inclusión de

² Ley 45 de 1990
Ley 35 de 1993
Ley 389 de 1997

cláusulas abusivas en los contratos³. De igual forma se ha dedicado a crear fórmulas legales que describan los nuevos tipos de seguros que se han ido instaurando conforme a la dinamicidad que presenta el capitalismo tardío.

4 El contrato de seguro

4.1 Definición

El Código de Comercio lo precisa con base en sus características cardinales como “un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva” (Decreto 410, 1971, Art. 1035).

Se define, en razón a sus funciones, como un contrato que es utilizado para suplir la necesidad del hombre de buscar reparo ante los peligros que lo pueden afectar mediante la compensación o mitigación de riesgos. Correspondiente con lo anterior, el seguro es un contrato consensual mediante el cual una persona jurídica, denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona natural o jurídica le traslada a cambio de una prima (Palacios, 2007).

También se ha entendido como una convención mediante la cual

El asegurador se obliga frente al asegurado, a cambio del cobro de una suma de dinero denominada prima, a abonar dentro de los límites pactados un capital u otras prestaciones convenidas en caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. (Universidad EAFIT, s.f., p. 1)

³ Afirmación que se debatirá en los siguientes capítulos.

4.2 Características del contrato de seguros

Las siguientes son entendidas por el Código de Comercio y por la doctrina como comunes a todas las clases de contratos de seguro:

1. *Consensual*: implica que no requiere la suscripción de la póliza para el perfeccionamiento del contrato, basta con la aceptación de las condiciones para que nazca el mismo. Antes de la Ley 389 de 1997, el contrato era solemne, el instrumento se satisfacía con la expedición de la póliza (Palacios, 2007).

Este cambio se sustentó en la necesidad de hacerse a “la consensualidad como forma constitutiva del contrato de seguro, al tiempo que se agilizan las relaciones mercantiles, se rescatan los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe a favor de aseguradoras y asegurados” (Díaz, 2014, p. 19).

2. *Bilateral*: en tanto ambas partes del contrato adquieren obligaciones. Subsisten contraprestaciones mutuas.
3. *Oneroso*: tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro.
4. *Aleatorio*: implica que las obligaciones están sometidas al azar, es decir, están sometidas a la posible ocurrencia de un hecho llamado siniestro. Sin embargo, la doctrina no ha sido pacífica respecto de dicha acepción, en tanto un sector ha considerado que por cuenta de los avances científicos, el aleas se transformó en un riesgo cierto para las compañías. Por otro lado, los que apoyan la visión del Código de Comercio, indican que la disminución de riesgos por parte de la aseguradora no implica que desaparezca el aleas del contrato, estos entienden

que siempre está presente la incertidumbre sobre el hecho e inclusive del valor cierto a cubrir.

5. *De ejecución sucesiva*: el contrato de seguro genera obligaciones en cabeza de las partes durante toda la vigencia del contrato.

4.3 Clasificación de los seguros

Tradicionalmente el legislador clasificó los seguros de la siguiente forma:



Figura 1. Clasificación de los seguros

Fuente: Elaboración propia

Como su nombre lo indica, los seguros marítimos son los encargados de proteger los riesgos derivados de las actividades humanas realizadas por medios marítimos o fluviales, y las accesorias a estas, como el transporte de personas, de carga, el aseguramiento de naves, entre otros.

Por su parte, los seguros terrestres se dividen en seguros de daños o personas. Los seguros de daños buscan el aseguramiento de los riesgos que puedan acaecer sobre el patrimonio del contratante; los que a su vez se diferencian entre reales, que han sido denominados seguros sobre una cosa concreta (seguro sobre una casa, un automóvil) y patrimoniales, empleados como seguros para no incrementar los pasivos o proteger los activos (seguro de cumplimiento, de responsabilidad civil.). En este tipo de seguros el valor a indemnizar será directamente proporcional al nivel de realización del riesgo previsto.

Los seguros de personas buscan cubrir las contingencias procedentes de la afectación a derechos personalísimos como la vida, salud e integridad física. En este tipo de seguros se tasa anticipadamente el valor o suma asegurada como un total a pagar al momento de cumplirse el riesgo (López, 1999).

En torno a la clasificación hay tendencias doctrinales que buscan la eliminación de la clasificación al interior de los mismos, en tanto existen hoy contratos de seguros que tienen una regulación mixta, que no podrían clasificarse por tanto en uno o en otro – daños o personas-; tal como el seguro de accidentes personales en algunos de sus amparos, por ejemplo, la indemnización por incapacidad (López, 1999).

4.4 Elementos de la esencia del contrato de seguro

En concordancia con el artículo 1045⁴ del Decreto 410 de 1971, los elementos de la esencia del contrato son los que se enuncian a continuación. En tanto falte uno de estos, el contrato no producirá efecto alguno so pena de ser ineficaz de pleno derecho:

⁴ C.Co. ARTÍCULO 1045. ELEMENTOS ESENCIALES. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

4.4.1 Interés asegurable

Es la relación económica o jurídica entre el asegurado o el tomador del seguro con el bien o actividad asegurada (Decreto 410, 1971, Art. 1083), que a la vez deberá ser susceptible de ser valorado pecuniariamente (Decreto 410, 1971, Art. 1127). En lo referente a los seguros de daños, es necesario que el interés asegurable corresponda a evitar el acaecimiento de un riesgo sobre un bien que se encuentre dentro del patrimonio de la persona directa o indirectamente afectada por la realización del riesgo.

4.4.2 Riesgo asegurable

El Decreto 410 de 1971 establece en términos generales que el riesgo:

[Es] el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento. (Art. 1054)

Un sector de la doctrina ha aceptado que se tomen como elementos determinantes para la existencia del riesgo los siguientes (López, 1999):

1. Que el riesgo sea de posible realización.

1) El interés asegurable;

2) El riesgo asegurable;

3) La prima o precio del seguro, y

4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.”

2. Que dicha realización sea incierta.
3. Que sea fortuita.
4. Que se cause un daño.
5. Que subsista una obligación condicional de asegurador.

La cohesión de todos los anteriores es el panorama común del riesgo asegurable. Autores como Halperin como se citó en López (1999) definen el riesgo como una eventualidad que hace concebir una necesidad. Eventualidad que es entendida como excluyente de la certidumbre y de la imposibilidad. Comprendiendo allí el caso fortuito.

Se hace la salvedad que en materia de seguros de responsabilidad civil es asegurable la culpa grave, la cual había sido excluida en el artículo 1055 del C.Co., pero que se permitió subsiguientemente mediante el artículo 84 de la Ley 45 de 1990. En este orden de ideas, pese a la contradicción presentada, será asegurable en virtud de la responsabilidad contractual y extracontractual salvo que se establezca expresamente su no inclusión en el contrato (Palacios, 2007).

4.4.3 Prima o precio del seguro

Es el valor que debe ser pagado por asegurar el riesgo, es decir, la contraprestación a cargo del asegurado y en favor de la aseguradora, por el hecho de asumir la contingencia del daño derivada de la ocurrencia del riesgo.

Podrá constituir causal de terminación automática del contrato de seguro, en tanto no se pague dentro del plazo señalado (para los seguros de daños y de vida grupo o en caso de los seguros de vida individual si no se paga la primera prima), se terminará el contrato; y en caso de llevar más de dos años cuando el valor de las primas atrasadas

y el de los préstamos efectuados con sus intereses excedan el valor de cesión, terminará el contrato. Si bien, no es el pago mismo el que constituye el elemento esencial, sí lo es el señalamiento de la misma dentro de los términos convenidos el que surte el requisito a efectos de que exista el contrato (Palacios, 2007).

4.4.4 Obligación condicional del asegurador

Es el deber jurídico que tiene el asegurador dentro de los 30 días siguientes a que se acredite la ocurrencia y cuantía del siniestro a pagar del valor asegurado, siempre y cuando no se verifique una causal de inoperancia del contrato de seguro.

4.5 Sujetos del contrato

Tomador: se define como la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos a una persona jurídica denominado asegurador. Podrá este actuar por su cuenta cuando se hace efectivo el seguro sobre sus bienes o su persona; cuando en nombre de un tercero sin poder de representación en donde el tomador está obligado a cumplir los compromisos derivados del contrato hasta que el asegurador haya tenido la aceptación o ratificación del tercero; y por último, cuando actúa en favor de un tercero, el cual no debe manifestar su aceptación, pero se beneficiará del mismo.

Asegurador: persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada. En este sentido, la sociedad deberá cumplir unos requisitos legales fundados en principios de orden financiero.

Asegurado: en los seguros de daños es la persona que tiene interés asegurable, cuyo patrimonio puede verse afectado por la materialización del riesgo asegurado. En los seguros de personas, es la persona sobre cuya vida, salud o integridad recaen los

riesgos asegurados. También es definido por la ley como: “la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos” (Art. 1037).

Beneficiario: no es parte del contrato, aunque puede concurrir en la misma persona la calidad de tomador y de beneficiario (seguros de daños). Actuará a título oneroso en los seguros de daños mientras que en el seguro de personas podrá hacerlo a título oneroso o gratuito (Palacios, 2007).

4.6 Obligaciones de las partes

Del tomador:

1. Pagar la prima.
2. Declarar sinceramente el estado del riesgo.
3. Mantener el estado del riesgo.
4. Observar y cumplir estrictamente las garantías.
5. Proveer al salvamento de las cosas aseguradas.
6. Dar noticia de la ocurrencia del siniestro.
7. Dar noticia de los seguros coexistentes al momento de tomar el seguro.
8. Colaborar con el asegurador en el ejercicio de su derecho de subrogación.
9. No suscribir un seguro adicional sobre el deducible a su cargo.
10. Demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Del asegurador:

1. Pagar el siniestro ocurrido.
2. Devolver la parte de la prima estipulada en caso de disminución del riesgo.
3. Devolver la prima no devengada en caso de revocatoria del seguro.

4. Devolver la prima no devengada en caso de extinción del seguro por destrucción de la cosa a la cual está ligada el seguro.
5. Entregar la póliza.

Se debe aclarar que para entender el fenómeno de la cláusula abusiva del seguro, es necesario hacer un análisis general del contrato y dedicarse particularmente a una de sus características, la cual se estudiará en el capítulo ulterior.

5 **¿Es el contrato de seguro un contrato de adhesión?**

A partir de los desarrollos económicos que se han venido presentando a lo largo de los últimos años, los medios contractuales han tenido que ir evolucionando a la par. El modelo económico de libertad de mercado es (debe ser) compatible con una consideración jurídica del contrato (Stiglitz, 1999).

En consecuencia, cada vez más se buscan instituciones idóneas que respondan eficazmente a las relaciones jurídicas; específicamente, las empresas, en su afán de entablar vínculos jurídicos que generan utilidad, han monopolizado la figura del contrato de adhesión. Estos desligan los principios de igualdad y de autonomía de la voluntad que permean toda la actividad contractual en general.

Debido a las crecientes relaciones económicas del mundo actual, es necesario, en términos de agilidad y efectividad de mercado, que los negocios jurídicos reduzcan sus formalidades y que por ejemplo, en el caso del tipo de contrato en mención, se utilice un formulario predispuesto que se ofrecerá al público consumidor; por tal razón estos contratos están vigentes en el ordenamiento colombiano (Duque, 2008).

Es pertinente resaltar que la necesidad empresarial de que el consumidor se adhiera rápidamente rompe con el esquema de igualdad, dado que una parte impone solamente sus condiciones y otra las acepta, quebrantando así el otro principio señalado. El escenario corporativo se encuentra en una estructura vertical y jerarquizada en comparación a su contraparte, y por eso evita costos ofreciendo contratos preestablecidos. El contrato de adhesión ha desplazado al contrato creado por la voluntad de las partes porque la mayoría de los pactos celebrados con empresas tienen cláusulas ya instituidas.

La noción de contrato de adhesión ha sido producto de la doctrina y se ha recopilado a través de la justicia del país:

El contrato de seguro es de los que SALEILLES llamó contratos de adhesión y otros expositores, quizás con más propiedad, contratos por adhesión que se caracterizan: a) porque en ellos la oferta, dirigida a persona indeterminada, tiene carácter general y permanente y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contratipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque; b) porque la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho, al menos, de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas, ya por su unión con otras empresas análogas; c) porque los contratos en cuestión constan de numerosas cláusulas de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser, en la mayor parte de los casos, debidamente apreciada por el adherente; d) porque, a diferencia de lo que sucede con los contratos comunes y corrientes en que la cláusula y condiciones se discuten, se

pesan y se miden libremente por ambas partes, en los contratos de que se viene hablando se excluye toda discusión entre las partes, pues una de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a las condiciones de este si necesita ese servicio que el contratante está en capacidad de procurar. (López como se citó en Alarcón, 2013, p. 19)

En este orden de ideas, en términos legislativos se reguló sobre este tipo de contrato en el 2011 con la Ley 1480 de 2011. Se debe aclarar que ya existía un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre este contrato desde hace varios años, y que la norma solo recicló conceptos ya esclarecidos por los mismos. La Ley define en su artículo 5 el contrato de adhesión con estas palabras:

“Contrato de adhesión: aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (Ley 1480, 2011, Art. 5 numeral 4).

Según las consideraciones teorizantes que se exponen, no hay duda alguna de que el contrato de seguro es un vivo ejemplo de un contrato de adhesión; pero con el tiempo y con la creación de diferentes mercados, además de la modernización de los intermediarios de seguros, el contrato de seguros tomó diferentes lineamientos.

El crecimiento de las industrias y su necesidad de encontrar amparos especializados, ha generado que por medio de los beneficios de la intermediación de seguros se busque asegurar riesgos tecnificados. Aquí es donde el contrato de adhesión empieza a quebrantarse, en tanto que existen dos voluntades que convienen no solo en precio sino también en clausulado, tarifas, deducciones o exclusiones,

entonces allí es cuando la teoría del contrato de adhesión resulta inoperante en algunos casos (López, 1999).

Al considerar lo anterior se podría concluir entonces que el contrato de seguro puede llegar a ser un contrato de libre discusión en donde el tomador tiene la capacidad negocial. Hay un cambio en el escenario, pues regularmente se piensa en el contrato de seguro como el contrato de adhesión más antiguo (Stiglitz, 1999).

En la actualidad se ha visto un cambio de panorama en donde condiciones generales se quedan estáticas, pero las condiciones particulares dependen del tomador y de los requerimientos tácticos y financieros que este solicite (Palacios, 2016).

Aunque esta discusión siga todavía en pie, es claro afirmar que el contrato de seguro es considerado como un contrato de adhesión, siendo esta la pirámide argumental en la que se fundamentará el escrito.

La implicación que tiene que los contratos de seguros sean clasificados como contratos de adhesión es que el artículo 1624 del Código Civil impone una consecuencia jurídica en casos donde haya confusión sobre los artículos contenidos en estos. El Código prescribe que las cláusulas ambiguas se interpretarán en contra de la parte que las redactó; como ya se dijo, el contrato de adhesión es redactado por una de las partes, consecuentemente se podría entender que en caso de un problema hermenéutico se deberá resolver a favor de la parte adherente. La ley es clara:

INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR. 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. (Ley 84, 1873, Art. 1624)

Lo anterior es el comienzo del equilibrio en las relaciones contractuales, las cuales se trabajarán más adelante. Lo que busca, en pocas palabras, es utilizar criterios interpretativos para encontrar un punto de moderación en las relaciones convenidas.

En cuanto a la implicación jurídica que se encuentra en el C.C., se puede ver que ya no es muy clara la solución del Código para cuando haya duda sobre una cláusula, porque ambas partes han participado en la creación del contrato de seguro.

Es preciso decir que antes de las Leyes 1328 y 1480, la protección al consumidor del contrato de adhesión y las cláusulas abusivas implicaba un escenario en donde había pocas normas, la ausencia de reglas hacía que el tema fuera tratado más por los jueces y por la doctrina.

6 Interpretación de los contratos

La interpretación como método hermenéutico en general ha sido definida por Gadamer como:

La búsqueda del juicio justo no es una mera subsunción del caso particular en algo general (las cláusulas de la Ley), sino que la búsqueda de las cláusulas rectas se basan en una decisión propia creativa, complementaria o perfeccionadora del derecho (Gadamer, 1997).

El diagnóstico jurisprudencial es uno de los pilares estructurales para la búsqueda del objetivo de esta monografía. La interpretación de un negocio jurídico se dirige a

establecer la voluntad normativa de las partes o a investigar el significado efectivo del negocio (Messineo, 1954). Definición concordante con que la interpretación de la voluntad de las partes está enfocada a los contratos bilaterales donde hay igualdad de posición entre las mismas, pero se queda corta para los contratos de adhesión, en donde hay un desequilibrio. En palabras de la Corte de Suprema:

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 nosotros, conduce el principio, consagrado en el inciso 2º del artículo 1624 del Código Civil. (Laguado, 2003, p. 241)

Lo relevante para el caso son los efectos jurídicos que esto sobrelleva y los utensilios normativos que el ordenamiento jurídico ha dado para que a partir de una relación contractual no se evidencie un abuso jurídico.

El trayecto narrativo señala que esta es la norma con la que se principió a juzgar las prácticas abusivas del contrato de adhesión, en donde el juez usa la hermenéutica jurídica para defender los intereses del adherente vulnerado. El principio es llamado por la jurisprudencia y la doctrina "*Interpretatio contra stipulatorem*" (Sentencia 06907, 2002).

Así es como la jurisprudencia⁵ ha determinado en varios momentos el supuesto en que se encuentren las cláusulas predispuestas que puedan adjetivarse como ambiguas, oscuras, con falta de precisión y claridad, contradictorias o ambivalentes; se interpretarán en contra de quien las redactó y en favor de quien las aceptó. Esto supone que siempre se hará una interpretación beneficiando al asegurado.

⁵ "En este sentido ver: Cas. Civ. 12 de diciembre de 1936, XLIV, pp. 676 y ss.; septiembre de 1947, 2053, p. 274; 15 de diciembre de 1970, 6 de marzo de 1972, 12 de junio de 1973, 8 de mayo de 1974, 21 de marzo de 1977, 9 de septiembre de 1977, 29 de agosto de 1980" (Sentencia 06907, 2002, párr. 45).

En este sentido puede verse una mejoría para determinar la desigualdad formal entre contratante y contratado, la realidad es que la norma no responde al equilibrio contractual; hubo que crear otra legislación que replanteara el sujeto a proteger, llamado años después consumidor financiero.

Así es como se pudo evidenciar un vacío normativo en cuanto se trata de mecanismos contractuales para supervisar los abusos. Posteriormente, se promulgó la Ley 1480 del 2011 en donde se plasmó otra norma de interpretación contractual; dice su artículo 34:

“Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean” (Ley 1480, 2011, Art. 34).

Como se verá más adelante, con la creación de estas leyes se forjan matices para que la hermenéutica jurisdiccional pueda proteger al sujeto indefenso en la relación de consumo, situación mencionada por el doctrinante Duque (2008):

Ahora el juez podrá desconocer un contrato con cláusulas abusivas que no se ajusten a la satisfacción de las necesidades que motivaron a las partes a contratar [...] el juez estará autorizado para declarar no válidas o sin efectos las cláusulas abusivas dejando subsistente el vínculo contractual y, llegando el caso, podrá incluso el juez sustituir la cláusula anulada por otra que no será el resultado del común acuerdo sino de la voluntad (más no arbitrariedad) del juez.

(p. 474)

Por su parte, el contrato de seguro, siendo un contrato de consumo y de adhesión, tiene unas características de interpretación especiales que son base para el estudio de las cláusulas abusivas en el mismo.

Al respecto, el exmagistrado Carlos Ignacio Jaramillo (2016) en su libro *Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos*, prosifica la necesidad de tener un derecho de los consumidores o de las relaciones de consumo que esté más sintonizado con la modernidad contractual, dejando atrás el sistema exegético del “*Interpretatio contra stipulatorem*” por no acomodarse a la ponderación negocial.

Vale señalar que para poder entender la situación que conllevó a la creación de un derecho dedicado a la protección del consumidor, es necesario primero desglosar las características que rodean las relaciones contractuales.

7 Posición de dominación contractual

La identificación y diferenciación de partes se basa en la necesidad de brindarle herramientas jurídicas a estos para defenderse cuando se encuentran frente a una injusticia contractual. También, se dota a los jueces de instrumentos para el control de los contratos como resultado de este nuevo concepto contractual, en el cual la voluntad de las partes, o como se vio, la voluntad de la parte creadora del contrato de adhesión, va en contra del amparo de los derechos de los consumidores en masa que se enfrentan a los intereses de las grandes empresas aseguradoras. Es la posibilidad de brindar argumentos legales que puedan crear una situación de hecho en donde se eviten los abusos en las relaciones económicas. Entonces, la intervención de la voluntad obliga a los contratantes, pero no es suficiente para imponer ciertas cláusulas

o pactos que vayan en contra de las políticas legislativas para la defensa de los derechos del consumidor.

7.1 Poder económico - poder empresarial

Para determinar la importancia de las compañías de seguros en Colombia, es necesario remontarse brevemente a la historia. Lo que comenzó siendo el oficio de personas independientes, prestantes, que tenían como objetivo asumir el riesgo de la pérdida de una carga en el mar; se transformó en grupos empresariales que dominan los mercados e imponen sus condiciones.

En países como Colombia, donde la actividad aseguradora desde el año 1990, con la apertura económica, viene en auge, aún se ve como un mercado con mucho por explotar, donde adicionalmente la actividad regulatoria en materia bancaria y de seguros suele servirle a los intereses empresariales con gran facilidad. Así, se determina el siguiente argumento:

El negocio de las compañías de seguros consiste fundamentalmente en transformar riesgos individuales en colectivos garantizando el pago de una indemnización monetaria a quienes cubren una determinada suma (prima) por la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Dado que son muchos quienes adquieren el seguro y pocos quienes llegan a cobrarlo, en razón precisamente de que no todos los siniestros asegurados suceden, se afirma que las empresas transforman riesgos individuales en colectivos, pues cuando un siniestro ocurre, la indemnización pertinente se cubre con las primas que pagaron otros y con los ingresos que dichas primas generan mientras permanecen inactivas en poder de la aseguradora. (Valdés *et al.*, 2000, p. 17)

Conforme a esto, el sistema de pago de las aseguradoras se basa en un esquema solidario, donde se juega con las probabilidades, pero adicionalmente se trabaja con la rigurosidad de la Ley y del manejo del lenguaje para determinar si efectivamente debe pagarse una indemnización o entregarse el valor asegurado.

Con compañías poderosas, pertenecientes a grandes grupos empresariales, es posible que se cometan atropellos y abusos en relación con el consumidor. El contrato de adhesión pone de manifiesto la desigualdad formal, cuya génesis se encuentra en el predominio contractual o poder de negociación centrado todo en el profesional (Stiglitz, 1999).

Uno de los claros ejemplos de poder empresarial ha sido la imposición de diferentes clases de seguros como obligatorios, con el fin de contraer cierta obligación. Son los productos bancarios, crediticios, de créditos hipotecarios, tarjetas de crédito, entre otros, los que exigen al consumidor la constitución de seguros de impago o de robo, o bien con la adquisición del producto viene incluido el seguro; pero hacen vincular obligatoriamente a este a otro ramo de la misma actividad financiera, de una u otra manera.

En la siguiente figura publicada por el Diario La República (Zambrano, 2015) se muestra la división del mercado de los seguros en Colombia.



Figura 2. División del mercado de seguros en Colombia

Fuente: (Zambrano, 2015, párr. 1)

Se puede observar cómo existe una gran cantidad de aseguradoras, toda vez que el 26 % del mercado se lo dividen entre pequeñas asociaciones. Suramericana de Seguros muestra su posicionamiento de mercado con un 19%. En la mitad se encuentran 10 aseguradoras la cuales cuentan con una porción del mercado entre el 8% y el 2 %.

En conclusión, se puede afirmar que en Colombia el mercado de los seguros se encuentra distribuido en muchos actores, toda vez que no se encuentra un actor predominante; existe una empresa con una gran porción del mercado, sin embargo, el mercado se encuentra muy parejo entre los otros actores.

7.2 Poder de conocimiento – de información

Según las estadísticas de la Superintendencia Financiera, las quejas de usuarios en el sector asegurador aumentaron en un 159 % en cinco años. Mientras en el 2010 se recibieron 50.089, en el 2015 fueron 129.529. Solo en el primer semestre del 2016 la Superintendencia registró un total de 80.394 quejas. (Diario El Tiempo, 2017, párr. 5)

Lo anterior refleja ejemplos de actuaciones negligentes por parte de las aseguradoras: la mala atención, no brindar la información adecuada al momento de firmar el contrato, los cambios en los contratos o el incumplimiento de estos, demoras en el pago de indemnizaciones, así como negarse a pagar el valor asegurado, son las quejas más frecuentes entre los usuarios. Dejando como resultado que al menos el 62% de los casos fueron resueltos en favor de los consumidores en el primer trimestre de 2016 (Revista Dinero, 2016).

Uno de los puntos neurálgicos que se ve en el malestar de los consumidores es la falta de información completa y suficiente para poder manifestar su voluntad sobre las obligaciones derivadas del contrato de seguro que están dispuestos a contraer, es decir, las aseguradoras con cierta frecuencia actúan en contra del principio de buena fe manifestado en todo su esplendor dentro del contrato de seguros.

Del principio de buena fe con la que deben actuar los contratantes se desprende la obligación de informar de manera completa y suficiente los términos y cláusulas del contrato por parte de la aseguradora al asegurado, con el fin de que este pueda tomar una decisión donde su voluntad, pese a disminuirse por ser un contrato de adhesión, tenga los elementos suficientes de hecho y de derecho.

En tal caso la información permite igualar a las partes al menos virtualmente, de tal forma que por más poder económico y empresarial que pueda tener una aseguradora, se evita el ejercicio abusivo de posiciones dominantes. En tanto el contrato de seguro es redactado por la aseguradora y entregado al tomador para que acepte o niegue en su totalidad el contenido del mismo, subsiste un desequilibrio de conocimientos que debe ser resuelto por la aseguradora quien es la que tiene la capacidad para otorgar la información adecuada respecto al documento que propiamente redactó, y sobre el cual tiene todos los conocimientos técnicos disponibles.

En este escenario, si la información no es entregada de manera completa y suficiente, se lleva a la persona a incurrir en errores debido a la información comunicada, una manifestación del consentimiento que posiblemente no se hubiese dado de saber las condiciones reales del mismo (Chinchilla, 2011). De igual manera, subsiste para el tomador la obligación de proveer toda la información relevante respecto al riesgo asegurable a la aseguradora, es decir, deberá declarar de manera transparente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo. La reticencia (ocultar detalles sobre información requerida para graduar la póliza adquirida) es una de las causales más comunes de objeción presentada por la aseguradora para negar el pago de lo asegurado (CORRECOL, s.f.).

Como consecuencia de la disparidad entre los contratantes de un seguro, el Estado debe intervenir de manera activa en las relaciones económicas privadas para restringir ciertas prácticas de la libertad contractual; por esto se reglamentó el derecho del consumidor.

8 Derecho del consumidor en Colombia

Para una mayor comprensión del tema del derecho de consumo es necesario hacer un recuento en términos históricos del sujeto pasivo en dicha relación. Este ámbito jurídico se caracteriza por estar enfocado a la protección de un actante que es visto normativamente como vulnerable en ciertas relaciones de consumo. Estas personas en dicha posición son definidas por la doctrina: “el consumidor es una persona física o moral que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio, sin proseguir ella misma con la fabricación, la transformación, la distribución o la prestación” (Bourgoingnie, 1988, p. 237).

Lo anterior supone que el individuo que puede comparecer atendiendo a las calidades de consumidor o de usuario se encuentra en una situación económica en la cual su finalidad es gastar el producto, es decir, está en el último tramo del circuito económico. Rinesi (2006) señala una definición del contrato de consumo como el negocio jurídico celebrado entre un consumidor final –persona física o jurídica – con una persona física o jurídica, pública o privada

En este contexto, el Estado intervino en la economía fijando estándares económicos y estableciendo unas protecciones mínimas para el consumidor para asegurar el interés público. Entonces, las inclinaciones del consumidor toman una característica particular, se vuelven difusas, se ven de una forma colectiva. Arrubla (1992) habla de tres diferentes maneras de proteger los derechos del consumidor en el derecho privado, cada una concuerda con los poderes clásicos del Estado:

1. Por medio de la rama ejecutiva en donde ciertos convenios como el contrato de seguro deben ser previamente aprobados por una agencia estatal para poder ser comercializados.
2. Por vía legislativa en donde se pueda dar una reforma legal a los acuerdos entre las partes contratantes.
3. La jurisdiccional en la cual se hace un control de los pleitos derivados de los contratos de seguros.

En el ordenamiento civil colombiano existen unas acciones que podrían denominarse como los principios base del derecho del consumidor, pues eran normas que brindaban la posibilidad de accionar cuando se tratara de relaciones contractuales, todo siempre alrededor de la búsqueda de la protección al comprador.

Estas acciones siguen vigentes en nuestro ordenamiento civil, sin embargo, en materia del derecho del consumidor, se hacían extensas y difíciles de acceder, además de no alcanzar a cubrir todos los ámbitos en los cuales se hace necesaria la protección. (López & Martelo, 2012).

Cabe destacar que con la Constitución Política de 1991 se fomenta en el país una visión proteccionista del Estado y se da un nuevo punto de vista del consumidor. Tan relevante es esta nueva posición que fue consagrada expresamente en el artículo 78 de la Carta⁶. Desde este momento se crearon varios decretos y leyes que fueron encaminando el derecho del consumidor hasta lo que hoy se conoce como la Ley 1480

⁶ ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

del 2011 o el Estatuto del Consumidor. Dicha norma está orientada a salvaguardar al ciudadano cuando se encuentra en una relación de consumo, la cual ha sido definida por la jurisprudencia del país: “Constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos” (Sentencia del 30 de abril de 2009, p. 23)

De este modo, el derecho de consumo se ve como un código que reúne un conjunto de reglas para asegurar o aumentar la protección de una de las partes del contrato, suministrando así herramientas para equilibrar la relación entre el consumidor y el productor, generando un mercado más equitativo. La Corte Constitucional en la Sentencia C- 1141 de 2000 se ha referido al tema mediante la siguiente conceptualización:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de reestablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la Ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo

similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. (Sentencia C-1141, 2000, párr. 2)

El proteccionismo estatal surge de la situación asimétrica. Se presentan unas características intrínsecas de las relaciones de consumo en los diferentes ordenamientos jurídicos que se podrían tachar de ser unas relaciones o unos contratos anómalos, donde una de las partes es experta en la técnica o posee más información, o un poder económico/ negociador que le permite imponer las condiciones con las cuales se va a regir dicho contrato (Villalva, 2011).

9 Los contratos de adhesión en el nuevo estatuto del consumidor

El Estatuto del Consumidor dedica un título entero a la protección del consumidor⁷, estableciendo así una favorabilidad en cuanto a la interpretación de las normas contractuales. Como ya se señaló, la normatividad que rige hoy en día en materia de consumidor es la Ley 1480 del 2011, la cual reformó el Decreto 3466 de 1982.

En esta norma se tipifica la calidad de sujeto consumidor y se regulan los temas que rigen alrededor del contrato de adhesión. El estatuto:

Integra figuras novedosas como la protección al consumidor potencial y establece ciertos principios y reglas que posibilitan que cualquier persona en su calidad de consumidor o potencial consumidor financiero sea protegido por medio de procedimientos, controles, mecanismo , como son el derecho de la información adecuada, la posibilidad de entablar peticiones, quejas (sic) reclamos, con miras a propiciar atención y respeto al consumidor y establecer

⁷ Artículos 34 y S.S

mejoras y acciones correctivas a esta actividad comercial. (López & Martelo, 2012, pp.49-50)

A estos contratos se les imponen ciertas tipologías mínimas encontradas en el artículo 37, dichos distintivos cumplen un papel preventivo, es decir, se reguló con el fin de que sirvieran como medidas de protección para la parte débil contractual. Tal como se muestra a continuación:

Condiciones negociables generales y de los contratos de adhesión. Las Condiciones Negociables Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia de efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.
2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.
3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.

(Ley 1480, 2011, Art. 37)

Cabe señalar que solamente se hace referencia a un punto en específico, que es la obligación del asegurador de explicarle el contenido del contrato de seguro a su

contraparte contractual. Estos artículos se quedan cortos para describir una infinidad de situaciones que se pueden presentar a la hora de tomar o cobrar un contrato de seguro. Las características mínimas comprenden en sí cierta ambigüedad utilizada por los distribuidores de seguros a su favor para manipular el clausulado que se ofrecerá en el mercado.

10 Acción de protección al consumidor

Las leyes sobre el consumo otorgaron derechos y obligaciones para los consumidores, así como para las entidades prestadoras de servicios de esta índole. Se vio una necesidad administrativa de vigilancia que se concretó materialmente con la fiscalización estatal sobre las empresas aseguradoras. Para una mayor rigurosidad a la hora de inspeccionar, se crearon principios y máximas rectoras como la debida diligencia, la libertad de elección, la transparencia, la información cierta y la responsabilidad de las entidades vigiladas en dar trámite a las quejas y reclamos en relación con los consumidores. La Superintendencia Financiera por medio de la Circular 038 reguló la forma como se deberá implementar el deber de información en las tres etapas contractuales: antes de la celebración, durante la ejecución, y después de la terminación (Vásquez, 2012).

En los Artículos 56 y siguientes de la Ley 1480 de 2011 se habla de los aspectos procedimentales del consumidor. Según esta norma el sujeto cuenta con acciones jurisdiccionales por medio de acciones populares y acciones conocidas por la jurisdicción ordinaria. También se le atribuyen facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera en aplicación del artículo 116 de la Carta Política, para juzgar las actuaciones de las entidades vigiladas por esta misma. La acción de

protección al consumidor encuentra sus especificaciones procesales⁸ en los artículos 57 y 58 de la misma.

Los consumidores al ser protegidos por medio de leyes obtuvieron derechos y beneficios para igualar la posición en la que se encuentra su contraparte contractual. Se impusieron obligaciones a las empresas como de información al consumidor, con una mayor represión con la publicidad engañosa, y la creación de organismos de defensa del consumidor, como por ejemplo en este caso en particular, la Superintendencia financiera que se dedica a vigilar todo lo que tiene que ver con las relaciones contractuales que giran alrededor del contrato de seguro.

También se incluyó el Derecho de representación y acceso a la justicia en caso de un abuso por parte de la institución aseguradora. En donde se puede acudir a las autoridades administrativas y judiciales (Arrubla, 1992).

No solo se registran los deberes y obligaciones de ambas partes en los contratos financieros, también se hace referencia de manera expresa a las cláusulas abusivas; en varios de sus artículos se prohíbe la inclusión de estas cláusulas en los contratos de adhesión.

Es preciso mencionar que ya desde la Ley 1328 de 2009 se había instituido un Registro Único de Seguros (RUS) por medio del cual se brinda la posibilidad de acceder a toda la información vinculada con las partes del seguro, sus beneficios y la posibilidad de reclamación. Igualmente, el consumidor estaba dotado de las siguientes herramientas: el Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC)⁹ y la Defensoría

8 Proceso verbal sumario con posibilidad de apelación.

9 Reglamentada a través del Circular 035 del 2010

del Consumidor Financiero, como instituciones que velan por el correcto funcionamiento del actuar financiero.

En cuanto a lo anterior, el teórico del derecho Stiglitz (1999) ya había previsto esa inclinación estatal para equilibrar el orden financiero: como se advierte, hay interés público comprometido en la actuación de la empresa en la que el Estado debe ejercitar un poder de policía particularmente intensificado.

11 Cláusulas abusivas en los contratos

La autonomía de la voluntad contractual comprende en mayor o menor medida:

[La posibilidad de] decidir si se contrata o no; establecer con quién se contrata; escoger la figura iuris; obrar personalmente o valiéndose de un intermediario; escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio, o mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato. (Sentencia 1997-06419, 2014, párr. 24)

Conforme a esto, los contratos pueden estructurarse por medio de cláusulas donde se deja plasmado el contenido de la voluntad de las partes y que deben obedecer a ideas de justicia y equilibrio contractual.

Si bien la proporción obligacional entre las partes debería mantenerse balanceada, hay situaciones que dan lugar a que esta se rompa, como cuando se está en presencia de cláusulas abusivas. El Código Civil colombiano no tiene una norma que defina este tipo de cláusulas, por eso se debe recurrir a la jurisprudencia, a la doctrina y a normas especiales para esclarecer su significado. El doctor Ernesto Rengifo las define a partir de esta tipología:

Siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adherente. (Rengifo, 2004, p. 50)

Vale la pena señalar que las cláusulas son una forma de abuso del derecho porque crean una desproporción alarmante en el contenido del contrato y generan una inestabilidad contractual.

A su vez, las cláusulas leoninas son disposiciones que, dentro de un contrato en el marco del acuerdo de voluntades, habiéndose pactado en virtud de un derecho, rompen el equilibrio contractual; por lo cual deben evitarse y aplicar “remedios” cuando se pretenden hacer efectivas, con el fin de proteger la buena fe y la solidaridad debida entre las partes. La buena fe debe aplicarse como criterio valorativo para verificar si se actuó con desinformación, engaño, falta de veracidad, entre otros (Suárez, s.f.).

Deberá entenderse que la falta de buena fe no tiene que ver con que una de las partes tenga una posición dominante en el contrato, es decir, que esté en capacidad de dictar o fijar los contenidos del contrato. Tampoco están limitadas a los contratos de adhesión, pueden darse en cualquier contrato, aunque suelen darse con mayor facilidad en estos.

Debe mencionarse que la presencia de este tipo de cláusulas no es algo nuevo. Desde el inicio de la actividad contractual se ha dado que una de las partes quiera obtener preeminencia de su posición dominante para confinar a la otra. Esta situación se intensificó con la revolución industrial, cuando la producción en serie y el comercio

de productos estandarizados dieron lugar a formas contractuales que buscasen la adhesión de una de las partes a términos generales con el fin de propender a la celeridad, en tanto en plena revolución un contrato debía ser eficiente jurídicamente, para ser eficiente económicamente (Gual, 2016).

Es en las relaciones de consumo y especialmente en los contratos de adhesión o términos generales que las cláusulas abusivas comenzaron a identificarse con más frecuencia, y en el marco del surgimiento de los movimientos proteccionistas del consumidor se instó a la regulación, limitación y eliminación de las cláusulas de los contratos por medio de la intervención estatal. En este sentido, se puede notar una directriz de los diferentes Estados para acabar dichas disquisiciones jurídicas.

A este nivel, el estudio de las cláusulas encuentra uno de sus orígenes primigenios en la Directiva 93/13 de 1993 del Consejo de Comunidades Europeas (CEE). El artículo 3.1 define a estas cláusulas de manera general: “Causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (Directiva 93/13, 1993, Art. 3.1).

A partir de estos lineamientos de ámbito internacional las legislaciones, no solo europeas, han asumido discursos normativos frente a este material clausular. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación española en su artículo 10 bis dice:

Artículo 10: se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (Ley 7, 1988, Art. 10)

Asimismo, la legislación alemana sobre la contratación también habla de aquellas condiciones en su AGB- Gesetz:

"Producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y la equidad" (Ley AGB-Gesetz, 2002, Art. 9)

En cuanto al Common Law, también se pueden rastrear casos en donde las cláusulas abusivas tomen un papel determinante a la hora de juzgar. La Corte Suprema de New Jersey sentó precedente en el proceso "*Henningsen v. Bloomfield Motors, inc.*". El caso fue el siguiente: el demandante Henningsen compró un automóvil marca Plymouth, fabricado por Chrysler Corporation por medio de un contrato de compraventa. El contrato contenía una cláusula en el reverso de la primera página en letra pequeña y el cual señalaba que la garantía del vehículo solamente obligaba al productor a fabricar las piezas diligentemente, así se libraban de cualquier responsabilidad por defectos en las piezas. Días después se produjo un accidente debido a falla mecánica en la parte de abajo del carro. Al momento del juicio, la parte demandada alegó su diligencia y cuidado para librarse de responsabilidad, pero la Corte rechazó dichos argumentos de la siguiente manera:

La desigualdad en la posición negocial del consumidor en la industria automovilística es evidente. No existe competencia entre los fabricantes de autos en el área de garantías. ¿Dónde puede el comprador negociar mejores términos de protección? este control y limitación de los remedios resultan hostiles para el bienestar común y, en definitiva, sugieren a las cortes poner gran atención para evitar injusticias a través de la aplicación de los principios estrictos del Common Law de libertad de contratación. (de la Maza, 2003, p. 123)

Igualmente, del derecho comparado se han trasladado dos corrientes frente al estudio de las cláusulas abusivas:

La primera es una amplia, de origen alemán, en el sentido de que se defiende a todo destinatario contra las condiciones generales de la contratación, con especiales preceptos para las cláusulas abusivas. La segunda es propia de la legislación francesa que ofrece su defensa solo a los consumidores en lo relativo a las cláusulas abusivas. (Sentencia 41834, 2014, párr. 35)

En Colombia, el marco normativo de las cláusulas abusivas es relativamente nuevo y se consagra en el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, la cual se refiere a las cláusulas abusivas en el marco de las relaciones de consumo en sus artículos 42, 43 y 44¹⁰. Previo a esta regulación y en ese mismo tenor, Colombia contaba con la Ley 1328 del 2009 (Estatuto del consumidor financiero), que también regulaba dichas cláusulas en su artículo 11. De igual forma, la Ley de protección al consumidor en sus primeras disposiciones funda las bases de las relaciones de consumo a partir de derechos y deberes correlativos. El artículo 3 dice que los consumidores y usuarios tienen derecho a ser protegidos de la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, por lo cual se le prohíbe a los productores y proveedores incluir estas cláusulas, so pena de recibir como sanción la ineficacia de pleno derecho de las mismas.

A modo enunciativo, no taxativo, el artículo 43 establece una lista de cláusulas abusivas, así:

¹⁰ La exposición de motivos de la Ley muestra la exigencia de eliminar dichas cláusulas de los contratos: Las que prevean o impliquen limitaciones o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financiero; las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero; las que incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones o cualquier otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivadas del contrato, o exonere, atenué o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiera (sic)" (Compañía de Seguros la Previsora, 2017, p. 1)

- Las que limitan la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden.
- Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden.
- Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- Las que trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor.
- Las que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.
- Las que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones.
- Las que concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.
- Las que impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero.
- Las que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.
- Las que incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
- Las que para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que

apliquen una mayor cantidad de cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan.

- Las que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
- Las que restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
- Las cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley. (Ley 1480, 2011, Art. 43)

De igual forma, a través de la Circular 039 de 2011, la Superintendencia Financiera realizó otro listado no exclusivo de las cláusulas que podrían considerarse como leoninas. Si bien en Colombia no existe un sistema que esclarezca cuáles cláusulas son consideradas como abusivas y cuáles no, sí se han ido creando listas que tipifican estas cláusulas de una manera abierta (Álvarez & Rodríguez, 2014). En resumen, se podría decir que toda cláusula que limite desproporcionalmente los derechos o imponga deberes injustificados al consumidor en una relación de consumo podrá categorizarse como una cláusula abusiva y deberá sancionarse.

La doctrina ha intentado en varias ocasiones la instauración de criterios objetivos que puedan servir de parámetros para determinar si una cláusula puede adjetivarse como abusiva. En cuanto a esto, Suárez (s.f.) plantea las siguientes particularidades que sirven para hacer una evaluación relacional entre estipulación y criterio:

1. Las que exoneran o limitan la responsabilidad del predisponente en caso de incumplimiento.
2. Las que autorizan al predisponente a modificar o terminar unilateralmente el contrato a su simple voluntad y sin justificación.
3. La cláusula resolutoria pactada exclusivamente a favor del predisponente.
4. Las que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del adherente cuando legalmente no le corresponda.
5. Las que establezcan que el silencio del adherente se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.
6. Cláusulas de aceptación de riesgo o aumento de responsabilidades del adherente (por ejemplo, asumir las consecuencias derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor, debiendo resarcir los daños que por tal concepto se causaren).
7. Cláusulas que abrevian el plazo de prescripción.
8. Las que atribuyen al predisponente la facultad para fijar el precio o la remuneración de la otra parte de manera arbitraria.
9. Cláusulas de exclusividad en circunstancias desfavorables.
10. Las que impliquen renunciaciones a los derechos del consumidor. (pp. 19-20)

A modo de síntesis, se podría enunciar que las cláusulas leoninas de un contrato son aquellas disposiciones que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que en las mismas condiciones afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio serán relevantes todas las condiciones particulares de la

transacción específica que se analiza. En este mismo sentido, pero agregándole el concepto de legalidad, el exmagistrado Arrubla (1996) las define de la siguiente manera:

Cláusula abusiva no significa necesariamente que sea lícita [sic], pero puede serlo. Perfectamente, desde un punto de vista formal, algunas estipulaciones pueden aparecer completamente lícitas, pero serían abusivas en cuanto al fin que persigue el predisponente que es asegurar su posición dominante en el contrato.

No implica la CLÁUSULA ABUSIVA que debe reportar una ventaja económica, basta la ventaja de cualquier índole para el predisponente; como cuando se otorga el derecho a realizar la entrega de la cosa unilateralmente. Para que estemos ante una cláusula vejatoria es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos. (p. 92)

De las cláusulas abusivas en la jurisprudencia colombiana

Con el paso de los años y la congestión judicial, es cada vez más común que las partes en los contratos establezcan cláusulas compromisorias con el fin de acudir a tribunales de arbitramento en lugar de acudir a la justicia ordinaria, en caso de presentarse controversias contractuales. De igual manera resulta para las partes más confiable acudir a personas especializadas en dichas materias, que a un juez que puede no tener los conocimientos técnicos propios de la materia objeto del contrato. Es por esto que la teoría de las cláusulas abusivas se ha podido construir conceptualmente a través de los fallos arbitrales, asimismo mediante las sentencias de

la jurisdicción ordinaria e incluso administrativa, dado que la presencia de dichas cláusulas no escapa al actuar contractual del Estado.

Particularmente en el ordenamiento jurídico colombiano se puede observar una clara tendencia a limitar y eliminar toda cláusula que pueda llegarse a considerar como abusiva, debido a una evidente asimetría entre derechos y deberes, utilizando como criterios de valoración la razonabilidad y la justicia contractual.

El legislador ha sido estricto al momento de regular el equilibrio contractual, buscando una efectiva justicia entre las partes. Es así como en el ordenamiento se pueden evidenciar figuras como las siguientes, según la Sentencia 41.834 de 2013:

- La lesión enorme (artículos 1946 y siguientes del Código Civil).
- La prohibición de condonar el dolo futuro (artículo 1522 del Código Civil).
- El precio irrisorio (artículo 920 del Código de Comercio).
- La prohibición en los contratos de transporte terrestre, aéreo o marítimo de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículo 992 del Código de Comercio).
- El establecimiento de numerosas normas imperativas en el contrato de seguro, la obligación de indemnizar los perjuicios que causen las personas que abusen del derecho (artículo 830 del Código de Comercio).
- La exigencia de la buena fe (artículo 1603 del Código Civil) y la buena fe exenta de culpa (artículos 835 y 871, entre otros, del Código de Comercio).
- La consagración de las normas de interpretación del contrato, en especial aquella según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse en contra de quien las dictó (*interpretatio contra proferentem*).

Conforme a lo anterior, es posible concluir que el modelo colombiano de protección contractual ha seguido los parámetros del modelo alemán (modelo citado previamente), el cual cuenta con una amplia gama de protecciones y remedios ante la presencia de cláusulas que rompen con el equilibrio contractual.

En tanto no todos los sectores del mercado son igualmente vulnerables a la presencia de cláusulas abusivas, el Consejo de Estado y la doctrina han propendido a diferenciar entre el abuso de posición de dominio contractual, en la que se ve afectada la persona y se da lugar a la aparición de cláusulas abusivas; del abuso de la posición de dominio en el mercado, la cual afecta la actividad comercial como tal, no intereses individuales, y sobre el cual el Estado es el que debe desprender su capacidad protectora (Sentencia AP, 2013).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia marcó un hito en materia contractual, produciendo una de las sentencias más proteccionistas. Cabe destacar que a partir de esta:

[Se le] permite al Juez, previa valoración de cada caso, intervenir en aquellos contratos en los cuales encuentra desatendido el principio de la buena fe contractual contemplado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, para dejar sin efectos, por vía de declaratoria de nulidad absoluta, aquellas estipulaciones contractuales que, como las aquí estudiadas, desconocen no solo el principio contractual obligatorio de la ejecución de buena fe de los contratos, sino que desequilibran las relaciones negócias, llegando incluso a desconocer su objeto o su causa. (Laudo arbitral del 4 de febrero de 2016, p. 106)

El fallo en mención data de 1994, en lo cual se entiende que para la fecha se trataba la eliminación de las cláusulas abusivas del contrato por medio de la declaratoria de nulidad. Lo que hoy en día se trata por medio de la ineficacia de pleno derecho más que por la nulidad.

Vale recalcar que la jurisprudencia ha sido clara en el intento de respetar el principio de la autonomía de la voluntad, pretendiendo salvaguardar el contrato en su esencia, por lo que la presencia de una cláusula abusiva solo da lugar a la eliminación de esta del contrato, conllevando a la no afectación de todo el cuerpo contractual.

En consecuencia, la jurisprudencia reconoce que hay comportamientos abusivos que escapan de las listas constituidas desde la Ley, por lo que siempre podrá entrar a valorar el juez si efectivamente hay actos que de manera relevante afecten el equilibrio contractual, permitiéndosele declarar tales como ineficaces, luego de probarse su calidad de cláusula abusiva (Gual, 2016).

En conclusión, para poder adjetivar una cláusula como lesiva se debe medir el abuso que esta implica a partir del desequilibrio contractual, suponiendo así una posición dominante susceptible de afectar la relación sinalagmática. Para lo anterior existen dos criterios generales. El primero sería uno legal, el cual se determina a partir de una actividad comparativa entre los formatos que expresa la Ley de manera no taxativa, es decir, hacer una comparación entre la cláusula del contrato y los ejemplos de cláusulas abusivas en las leyes, para determinar si hay una concordancia. En segundo lugar, el otro criterio viene de la idea de que la Ley no tipifica todas las cláusulas abusivas posibles, entonces, se debe hacer un análisis de la cláusula en sí misma mediante una relación del tipo de contrato y el resto del clausulado, para

decretar si dicha cláusula pone en duda el equilibrio normativo del contrato o si la aplicación de la misma genera un abuso del derecho (Álvarez, Sarmiento, & Prieto, 2012).

12 Cláusula abusiva en el contrato de seguros

Los contratos de seguros son contratos que tienen una particularidad: su carácter de aleatoriedad, esto significa en términos prácticos que la ejecución de la obligación por parte de la aseguradora depende de un evento del azar, la materialización de un riesgo. El azar contractual derivado de los seguros genera complicaciones a la hora del análisis de sus pactos. Se genera entonces cierta dificultad de determinar si las cláusulas de un seguro puedan describirse como contrarias a derecho por su dependencia a la suerte. Podrían existir situaciones en que nunca se presente un siniestro que ponga en ejecución el contrato y devengue la obligación de asumir el riesgo y pagarlo.

La buena fe del asegurador exige una lealtad en las actuaciones que implican este contrato, el cual tiene como naturaleza la del pago en caso de siniestro, siendo esta la obligación principal y la actuación que más se quebranta a partir de la inclusión de las cláusulas anómalas, violentando el equilibrio económico entre las partes y desnaturalizando el vínculo contractual con efectos dañinos hacia el consumidor, sin una razón justificante para la existencia de la misma dentro del contrato. Como ya se dijo, el derecho del consumidor tiene como propósito defender al contratante de seguros a partir de varias normas expresas, siendo este uno de los mecanismos que tiene el sujeto para la protección de sus intereses.

En concordancia con lo anterior, el tema objeto de estudio de esta monografía se encontraba disperso dentro del ordenamiento. Fue necesario que la Doctrina y la Jurisprudencia tomaran las regulaciones del derecho comparado para solucionar los conflictos jurídicos que se presentaban en las relaciones contractuales derivadas de los seguros. Este contrato es puntualizado como el modelo que generalmente concentra cuantitativamente mayor cantidad de cláusulas abusivas (Stiglitz, 1999).

Las cláusulas abusivas dentro del ámbito asegurador son definidas por la Comunidad Europea a partir de estas palabras:

En el caso de contratos de seguros, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurado no son objeto de tal apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima pagada por el consumidor. Es una práctica ilícita donde las compañías de seguros trasladan el riesgo económico a sus consumidores. (Yepes, 2000, p. 101)

Es preciso decir que el sistema financiero impone principios rectores a las entidades financieras para que actúen por medio de estos parámetros en todo momento. Estas instituciones deben cumplir con unos deberes abstractos de buena fe y servicio de interés social (Ley 795, 2003), que se materializan en deberes como por ejemplo la prohibición de cláusulas abusivas dentro de sus contratos de adhesión. Las disposiciones que tienen como objeto la protección del consumidor y en particular la seguridad jurídica del usuario financiero tiene incidencia en la relación contractual originada por medio del contrato de seguro. Esta prohibición tiene como finalidad evitar tanto la restricción de derechos del asegurado como la exoneración de la obligación de

pago en caso de siniestro, y las otras obligaciones que esto contiene. De conformidad con lo ya expresado, debe afirmarse que las compañías restringen amparos que el consumidor ya había adquirido y no pagan plenamente las obligaciones que tienen por medio de la ejecución del contrato.

Es imperante señalar que las cláusulas leoninas fracturan un principio protegido por todos los Estados, abusando el equilibrio sin una causa justificante y fundando una inestabilidad normativa por asumir una posición contraria a la justicia privada contractual, poniendo en peligro la obtención de la finalidad pactada. Esto responde a la necesidad de establecer medidas para el consumidor de seguros, determinando unas consecuencias jurídicas que eviten el abuso que pretenden cometer los proveedores de seguros (Estigarribia).

Con respecto a lo anterior, el Doctor Stiglitz (1999) realizó un estudio sobre las cláusulas en los contratos de seguros, y una de sus hipótesis fue delimitar las cláusulas abusivas a partir de una definición negativa, es decir, que precisa las cláusulas abusivas en el contrato de seguro a partir de una lista de cláusulas que no cumplen con el carácter de abusiva.

Aquellas por las que su aplicación resulta:

- a) Ventajas o sacrificios análogos para ambas partes. En este caso la relación de equivalencia o de reciprocidad se halla preservada.
- b) Perjuicios solo para el predisponente. No se trataría, en el caso, de una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor o usuario. El predisponente no podría hacer valer la desventaja que resulta de un contenido contractual del que es autor.

- c) Desequilibrio no excesivo ni manifiesto del vínculo contractual. El equilibrio contractual no implica una simetría a raja tabla entre ventajas y sacrificios. De allí que la desnaturalización de la relación que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que importe una desproporción, una exorbitancia.
- d) Tampoco revisten carácter de abusiva aquellas cláusulas o condiciones particulares o especiales que hayan sido negociadas por ambas partes. Se entiende que ello acontece cuando al adherente le ha sido posible influir en el contenido de las mismas.

En este orden de ideas y de manera contraria a lo realizado por Stiglitz en su noción anterior, la tesis Doctoral de Romero y Velandia (2003), da ejemplos positivos y concretos de cláusulas que han sido objetadas como abusivas dentro del contrato de seguro¹¹:

1. Cláusulas que tienen un contenido diferente cuando se está en la etapa de la oferta y cuando se encuentra ya celebrado el contrato. En este sentido también se incluirían las cláusulas que le den derecho al predisponente para modificar o suprimir las obligaciones comprometidas, implicando una inexistencia de consentimiento como carácter esencial de la formación del negocio jurídico.
2. Las aseguradoras estipulan cláusulas que contrarían las leyes procesales como las estipulaciones que crean una inversión convencional de la carga de la prueba.
3. Las cláusulas que excluyen coberturas de riesgos que son naturales del tipo de contrato de seguro que se está pactando. Se desnaturaliza en vínculo obligacional al encontrarse en un supuesto de un *no seguro*.

¹¹ Se debe advertir que esta lista no incluye todas las posibles cláusulas abusivas dentro de los seguros. La lista es dinámica ya que depende del tráfico jurídico, al no ser una legislación que deba ser tipificada en su totalidad.

4. Las cláusulas que se pacten y que impongan al asegurado acreditar que sí se encuentra cubierto por el seguro en caso de un siniestro específico. Esto es una obligación de la asegurada.
5. El no pago de la indemnización por el incumplimiento de cargas no trascendentes a la esencia del contrato de seguro. Asimismo, las cláusulas que amplíen las cargas del asegurado durante la ejecución del mismo.
6. Las cláusulas abusivas que sean ambiguas y que por medio de esta confusión pactada la aseguradora se beneficie.
7. Las cláusulas que remiten a otros anexos no incluidos dentro de las condiciones generales. Esta práctica es llamada el reenvío, y el cual le sirve a las aseguradoras para incluir reglas no pactadas dentro del contrato.
8. Cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad de la aseguradora con los otros sujetos contractuales, implicando así que la aseguradora pueda variar la prestación prometida o librarse de ella.

Se debe tener en cuenta que la calificación de la cláusula como leonina es una labor del juez, porque él es quien evalúa en cada caso concreto si cumple o no su carácter de abusiva, de ahí viene la dificultad de determinar cuáles son aquellas cláusulas. Es necesario hacer un juicio de valor en cada uno de los casos para decretar la situación del consumidor financiero y para establecer el abuso de una cláusula.

El juez, por su lado, cuenta con varias opciones que le brinda la ley cuando juzga conflictos esencialmente contractuales. Él mediante un proceso ordinario podrá decretar la nulidad parcial como lo contempla el Código de Comercio en materia de

seguros, también tiene la opción jurídica de aplicar la figura de la ineficacia regulada por el Estatuto del Consumidor Financiero.

De este modo, al ser la buena fe uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano y un postulado imperante en el tema de contratación financiera, era indispensable nivelar las cargas de las partes contratantes por medio de herramientas jurídicas en cabeza del asegurado o beneficiario, instrumentos concretos para que se efectúen los pagos en caso de un siniestro. Se puede decir que el Estatuto tiene como finalidad la protección del tomador, beneficiario o asegurado de los abusos que llegare a ser víctima (Álvarez, Sarmiento, & Prieto, 2012).

Tan clara era la necesidad que se tenía sobre la protección de estas cláusulas exorbitantes que el Estado a través de sus instituciones se adjudicó la obligación de examinar los diferentes productos de seguros que estaban siendo vendidos en el país.

La obligación para los defensores de los consumidores de revisar todos los contratos de sus compañías y determinar la existencia o no de cláusulas abusivas, analizar que debía ser plasmado en un informe dirigido a la Junta Directiva de la entidad con copia la Superintendencia Financiera. Para ello les otorgaban un plazo de un mes. (Jaramillo, 2012, p. 223)

Empero, a pesar de tener herramientas y controles previos el abuso sigue doblegando la relación financiera. Hoy en día es casi una labor exclusiva del juez dirimir los conflictos de esta índole. El juzgador deberá entonces suplir la ausencia de regulación y administrar justicia a partir de principios rectores como la buena fe y el abuso del derecho para proteger los intereses jurídicos del contratante de seguros.

13 Jurisprudencia

Como se ha dicho en repetidas ocasiones, las cláusulas abusivas están presentes en mayor medida en contratos de adhesión o de condiciones generales. En tanto el contrato de seguro es por excelencia adhesivo, es posible encontrar que a través de la historia se ha legislado y creado doctrina a través del estudio de contratos de seguros para la individualización de las cláusulas que, por ser potencialmente abusivas, exigen su eliminación de los contratos.

A través de los fallos que se estudian a continuación se puede concluir que las Cortes han sido proclives a desestimar toda cláusula donde la mala fe esté presente y donde la armonía contractual se ponga en peligro. En los párrafos siguientes se traen a colación algunos pronunciamientos de las Cortes en materia de cláusulas abusivas en contratos de seguros:

1. *La Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero del 2001; magistrado ponente: doctor Carlos Ignacio Jaramillo*

En esta la Corte sentó las bases jurídicas de la materia, siendo unas de las sentencias más importantes sobre el tema. En esta sentencia hito la Corte resolvió un caso en que una parte incumplió la obligación de suministrar materiales de construcción. Se llamó en garantía a la empresa Seguros Caribe S.A. con el propósito de que indemnizara a la parte incumplida con base en una póliza de cumplimiento que había contratado la parte que debía efectuar la obligación. La Corte confirmó la sentencia de primera instancia en la cual se condenaba a la compañía de seguros a pagar. Para esta conclusión la Corte señaló lo siguiente:

Lo abusivo – o despótico- de este tipo de cláusulas – que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato, esto es, en aquellas disposiciones de naturaleza volitiva y por tanto negocial. A las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora [...] En la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado, lo que significa lisa y llanamente, que a través de esa aludida-y cuestionada- cláusula , se modificó un precepto de carácter imperativo [...]. (Palacios, 2007, p. 28)

Se considera como una cláusula abusiva la exclusión de cobertura de un riesgo que genere un desequilibrio sin explicación entre derechos y obligaciones para las partes. Igualmente, la Corte hace mención dentro de esta sentencia de las consecuencias de la inclusión de una de estas disposiciones. Reitera la misma que no es necesario declarar su ineficacia, la cual se aplica de pleno derecho. No se hace obligatorio acudir ante la jurisdicción para constatar un hecho que puede superarse con una declaración extrajudicial.

2. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 04799 26. 2002

La Corte reconoce que por las circunstancias que dieron origen al contrato de seguro, en el marco del comercio marítimo, donde los primeros seguros se expedían

sin que el asegurador pudiese inspeccionar el bien a asegurar de primera mano y se basase en la palabra del asegurado para emitir la póliza, los aseguradores se armaron de cláusulas que trataban de evitar el cubrimiento del riesgo a como diese lugar. Cláusulas que persisten hasta el día de hoy, pese a haber pasado por un proceso de dos siglos de limitaciones y exclusiones por causar tal degeneración en el contrato de seguros como tal. Por esta razón se deben mirar con cautela todas las cláusulas, con el objetivo de evitar la presencia de este tipo de cláusulas que pretenden eludir el cubrimiento del riesgo por parte del asegurador.

En la misma sentencia discuten acerca del conflicto para determinar si una cláusula determinada como presuntamente abusiva para una de las partes, resulta serlo o no, la Corte ha dicho que se debe verificar si resulta contraria al postulado de la buena fe o violatoria del justo equilibrio negocial, con el fin de establecer la eficacia o ineficacia de esta. En la sentencia en cuestión se discute:

[Que en] la póliza de seguro número 1124 expedida por Seguros la Andina S.A. estableció en su condición 7ª titulada “GARANTÍAS” que “Esta póliza se expide bajo la garantía de que el asegurado cumplirá con las siguientes obligaciones: a) Aplicar a esta póliza todos sus despachos e informar verazmente acerca de cada uno de ellos [...] El incumplimiento de cualquiera de estas garantías dará lugar a las sanciones contempladas en la Ley. (Sentencia 4799, 2002, numeral 6)

3. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 04799 26. 2002

La Corte reconoce que por las circunstancias que dieron origen al contrato de seguro, en el marco del comercio marítimo, donde los primeros seguros se expedían

sin que el asegurador pudiese inspeccionar el bien a asegurar de primera mano y se basase en la palabra del asegurado para emitir la póliza, los aseguradores se armaron de cláusulas que trataban de evitar el cubrimiento del riesgo a como diese lugar. Cláusulas que persisten hasta el día de hoy, pese a haber pasado por un proceso de dos siglos de limitaciones y exclusiones por causar tal degeneración en el contrato de seguros como tal. Por esta razón se deben mirar con cautela todas las cláusulas, con el objetivo de evitar la presencia de este tipo de cláusulas que pretenden eludir el cubrimiento del riesgo por parte del asegurador.

En la misma sentencia discuten acerca del conflicto para determinar si una cláusula determinada como presuntamente abusiva para una de las partes, resulta serlo o no, la Corte ha dicho que se debe verificar si resulta contraria al postulado de la buena fe o violatoria del justo equilibrio negocial, con el fin de establecer la eficacia o ineficacia de esta. En la sentencia en cuestión se discute:

[Que en] la póliza de seguro número 1124 expedida por Seguros la Andina S.A. estableció en su condición 7ª titulada “GARANTÍAS” que “Esta póliza se expide bajo la garantía de que el asegurado cumplirá con las siguientes obligaciones: a) Aplicar a esta póliza todos sus despachos e informar verazmente acerca de cada uno de ellos [...] El incumplimiento de cualquiera de estas garantías dará lugar a las sanciones contempladas en la Ley. (Sentencia 4799, 2002, numeral 6)

4. (2002) Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 07288

En esta oportunidad la Corte, al analizar la validez de varias cláusulas dentro de una póliza, determina que no se erigen en cláusulas abusivas aquellas que se pactan para

delimitar los riesgos a cubrir, riesgos entendidos bajo la medida de lo normal u ordinario, no propendiendo al cubrimiento de la realización del riesgo por “la ocurrencia de hechos ilícitos precedentes en relación con el objeto asegurado” (Sentencia 07288, 2002).

5. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 07142 256. 2004

La obligación de probar el siniestro no puede extralimitarse e imponer cargas excesivas, en tanto se tornarían en cláusulas abusivas. Una estipulación que imponga la obligación de traspasar el vehículo a la compañía como prueba del siniestro en casos de pérdida total, no es en sí misma abusiva, en tanto, si bien excede las exigencias de la Ley, la autonomía de las partes permite este tipo de estipulaciones.

Dice la Corte:

[Que no le] sería dado a las aseguradoras, por ejemplo, preestablecer cargas orientadas, malintencionada y abusivamente, al decaimiento del derecho del asegurado a la indemnización de perjuicios, ni imponerle conductas excesivamente gravosas, ni le es permitido desfigurar la función económica del negocio, pues la incumbencia que ha de corresponder al asegurado debe encontrar siempre una plausible justificación. Tratándose de la carga de acompañar junto con la reclamación el “traspaso” que aquí se reclama en caso de pérdida total del vehículo amparado, ella no se ofrece como abusiva, ya que puede obedecer a la necesidad de evitar fraudes o a impedir el enriquecimiento indebido del asegurado [...]” (Sentencia 7142, 2004, párr. 3)

6. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 07142

En desarrollo de la autonomía de la voluntad la Corte reconoce que pueden los contratantes llegar hasta donde ambos deseen, sin embargo, las aseguradoras no podrán:

Preestablecer cargas orientadas, malintencionada y abusivamente, al decaimiento del derecho del asegurado a la indemnización de perjuicios, ni imponerle conductas excesivamente gravosas, ni le es permitido desfigurar la función económica del negocio, pues la incumbencia que ha de corresponder al asegurado debe encontrar siempre una plausible justificación. (Sentencia 07142, 2004, párr. 62)

7. Sentencia T 517 de 2006

La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general. (Sentencia T 517, 2006, Ap. IV numeral 3).

8. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 00075

La Corte realiza una advertencia sobre el contenido de la garantía en el contrato de seguros, al indicar que el asegurador debe

[...] obrar con sumo cuidado y prudencia, con el fin de que su alcance y contenido, en manera alguna, lesione el acerado postulado de la lealtad contractual (correttezza) o genere un desarreglo significativo en torno a los derechos y obligaciones que surgen para las partes en virtud de la celebración del contrato [...]. (Sentencia 00075, 2008, párr. 8)

Todo con el fin de mantener la justicia contractual.

9. Corte Suprema de Justicia – Expediente No. 01023

En relación con el cubrimiento de los sucesos inciertos dice la Corte que estos, con el fin de evitar que terminen en cláusulas presuntamente abusivas, deben cubrir:

Los que correspondan a la clase que genéricamente se ofrezca y los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, sin perjuicio de las exclusiones que expresamente se establezcan; quedando claro que estas no deben generar una situación de desequilibrio de cara a los derechos y obligaciones que para los contratantes surgen del respectivo negocio jurídico y que puedan llegar a considerarse como cláusulas abusivas [...]. (Sentencia 01023, 2010)

10. Sentencia C-909 de 2012

Reitera en esta Sentencia la Corte Constitucional:

[Que] 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. (Sentencia C-909, 2012, numeral 832)

11. Sentencia C-909 de 2012

De igual manera reconoce la Corte que es la Superintendencia Financiera que junto al legislador, tienen la facultad para establecer qué cláusulas y prácticas son abusivas. (Sentencia C-909, 2012).

12. Sentencia T-136/13:

Respecto al deber de informar, es coherente la Corte Constitucional al sostener que la omisión en la información oportuna, clara y completa de la póliza de seguro constituye una práctica abusiva de las entidades financieras y vulnera derechos fundamentales (Sentencia T-133, 2013).

13. Sentencia T-240/16

Se establece que el legislador debe intervenir en la libertad empresarial al limitar qué comportamientos se consideran abusivos y deben eliminarse con el fin de

(i) proteger otro principio constitucional, que es la igualdad de oportunidades; (ii) corregir imperfecciones de este mercado; (iii) permitir el acceso de estos bienes y servicios a todas las personas, especialmente “aquellas que cuentan con menores ingresos o se hallan en condiciones de debilidad manifiesta”. (Sentencia T-240, 2016, numeral 2.4.8.5)

14. Corte Suprema de Justicia Sentencia Expediente 129- 2018

En esta Sentencia la Corte manifiesta: “ABUSO DEL DERECHO POR POSICIÓN DOMINANTE- De la compañía aseguradora en imponer cláusulas que traducen en causa de exoneración unilateral Radicación n° 11001-31-03-036-2010-00364-01 2 de las obligaciones inicialmente adquiridas. Características de las cláusulas abusivas. Reiteración de las sentencias de 02 de febrero de 2001 y 13 de diciembre de 2002.

Deber constitucional del juez de delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata, en perjuicio del adherente” (Sentencia 129, 2018, párr. 10).

14 Conclusiones

Después de este recorrido investigativo del estado del arte del tema en cuestión se puede concluir que es un asunto actual y de gran importancia. A lo largo del documento se expusieron diferentes términos jurídicos y financieros que fueron encadenando cada uno de los capítulos hasta llegar al tema de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Los capítulos responden a la historia del seguro, al seguro en Colombia, sus particularidades como contrato y sus conciencias procesales para adscribirse al derecho del consumidor y terminar con las cláusulas abusivas.

A pesar de la importancia del tema en la actualidad, tanto para los consumidores de seguros como para las aseguradoras, existen vacíos legislativos que encuentran su origen en la dispersión normativa sobre las cláusulas abusivas en Colombia, generándose así la obligación que tiene la jurisprudencia y la doctrina de tomar protagonismo en el tema para dar solución a los conflictos. Hay una presencia latente de estas cláusulas debido a la deficiencia en cuanto a actuaciones legislativas que de una manera u otra las han intentado disminuir, pero no ha sido efectiva.

Con todo, el sistema que proscribe las situaciones involucradas con las cláusulas abusivas en los contratos, particularmente en los contratos de seguro, ha demostrado cierta ineficacia. Siguiendo principios como el de buena fe contractual se han creado

obligaciones de abstenerse de pactar cláusulas abusivas cuando se encuentran en posiciones de superioridad. Solamente se tienen herramientas jurisprudenciales para determinar que el pacto de la aseguradora y el asegurado sea contrario a la buena fe contractual. Aquí, el único afectado es el asegurado porque deberá esperar que el juez determine a partir de la buena fe contractual cuándo se está contrariando las normas financieras y contractuales. Esto significa que siempre estará atado a la mano del juez, y no podrá hacer valer sus derechos de otra forma más preventiva.

Ahora, teniendo en cuenta que por medio de las decisiones judiciales ha sido efectivamente tratado el tema, se propone una tarea al órgano legislativo para limitar la imposición de estas cláusulas dentro de la actividad encauzada por el derecho de seguros; para que no sea únicamente el juez quien determine cuándo una cláusula es leonina, sino que se pueden crear criterios básicos en los cuales un sujeto pueda determinar su situación, y desde lo fáctico pueda valorar si una condición le impone una sanción o un deber que jurídicamente no debería tener. El ordenamiento reclama una evolución legislativa que permita solucionar los conflictos desde un punto pre-judicial. El Estado es quien debe acudir a restablecer el desequilibrio contractual (Stiglitz, 1999).

También, es necesario resaltar la necesidad procesal de este devenir jurídico. Los jueces, al estructurar un caso donde se encuentren con cláusulas que no tienen una sanción específica, ni un camino por correr ya trazado, son libres de adherirse a las diferentes sanciones que hay en el ordenamiento, las cuales van desde la nulidad absoluta hasta la ineficacia de pleno derecho¹².

¹² Hay autores de afirman que la única sanción posible aplicable para el contrato de seguro es la ineficacia de pleno Derecho. Véase: *Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*.

Finalmente, como reflexión jurídica se puede evidenciar la falta de un control previo y sistematizado que permita identificar anticipadamente los productos que las aseguradoras sacan el mercado. Así pues, por medio del fortalecimiento de controles provisorios se podrían mejorar los productos de los aseguradores y se fortificaría las relaciones de consumo financiero, generándose así una descongestión del aparato judicial. Cabe destacar que lo anterior es apenas un análisis del camino que se debe recorrer para la protección eficiente y real del consumidor financiero.

15 Referencias

- Alarcón, D. (2013). *La reticencia en el contrato de seguros*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia .
- Álvarez, J., Sarmiento, J., & Prieto, G. (2012). *Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Álvarez, M., & Rodríguez, A. (2014). *Cláusulas abusivas en la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación y modificación unilateral en el contrato estatal en Colombia [Tesis de Grado]*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Arrubla, J. (1992). *Contratos Mercantiles*. Medellín: Dike.
- Arrubla, J. (1996). Las transformaciones en la contratación y la constitución de 1991. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*. (97), 57-112.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de la República de Colombia del 4 de julio de 1991. Bogotá, D.C., Colombia.
- Baquero, F., Rodríguez, A., & Zarruk, A. (2011). *Seguros de personas y seguridad social: Los seguros de vida*. Recuperado el 21 de enero de 2018, de Tomo II: http://www.fasecolda.com/files/4613/9101/6723/los_seguros_de_vida.pdf
- Bourgoingnie, T. (1988). Eléments pour une théorie du droit de la consommation. *Story Scientia*. 32 (1), 236-238.
- Bricks, H. (1992). *Les clauses abusives*. París: L.G.D.J.
- Bundestag. (2002). Ley AGB-Gesetz del 1 de enero de 2002 [Ley que regula el derecho de los términos y condiciones generales (AGB-Gesetz)]. Berlín , Alemania.

Chinchilla, C. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*. (21), 327-350. Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992/3432>

Compañía de Seguros la Previsora. (2017). *Cláusulas y prácticas abusivas*. Obtenido de <https://www.previsora.gov.co/portal2/previsora3/images/documentos/2017/CLÁUSULAS%20Y%20PRÁCTICAS%20ABUSIVAS.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867. [Por la cual se expide código civil de los Estados Unidos de Colombia]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1927). Ley 105 del 25 de noviembre de 1927. Diario Oficial. 20656. [Sobre compañías de seguros]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 45 del 18 de diciembre de 1990. [Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 35 del 5 de enero de 1993. Diario Oficial 40.710. [Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y ...]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 389 del 18 de julio de 1997. Diario Oficial 43.091. [Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial 44097. [Por la cual se expide el Código Penal]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 795 del 14 de enero de 2003. Diario Oficial 45064. [Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, .D.C, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1328 del 15 de julio de 2009. Diario Oficial 47.411. [Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. Diario Oficial 48220. [Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2013). Sentencia AP 25000-23-24-000-2011-00063-01 (AP) del 5 de mayo de 2013. *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera* . Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2013). Sentencia 41.834 del 2 de diciembre de 2013. *Sala de lo contencioso administrativo Sección Tercera. MP.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado . (2014). Sentencia 41834 del 28 de abril de 2014. [20001-23-31-000-2009-00199-01]. *Sección Tercera. MP.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de

<http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec>
3/

Consejo de Estado. (2014). Sentencia 1997-06419 del 25 de junio de 2014. *Contencioso Administrativo Sección Tercera. MP.: Hernán Andrade Rincón.* Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_ff6b27c73c5102a6e0430a01015102a6

Consejo de las Comunidades Europeas. (1993). Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993. [Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores]. Bélgica, Bruselas.

CORRECOL. (s.f.). *Todo lo que debe saber sobre un seguro.* Obtenido de <http://www.correcol.com/defensor-consumidor-financiero2.html>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2000). Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000. *Sala Plena de la Corte Constitucional. MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2006). Sentencia T 517 del 7 de julio de 2006. *Sala Sexta de la Corte Constitucional. MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2012). Sentencia C-909 del 7 de noviembre de 2012. *Sala Plena de la Corte Constitucional. MP.: Nilson Pinilla Pinilla.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Sentencia T-133 del 13 de marzo de 2013. *Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional. MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016). Sentencia T-240 del 2016. *Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia 07288 del 21 de mayo de 2002. *Sala de Casacion Civil. MP.: Silvio Fernando Trejos Bueno.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia 06907 del 12 de Julio de 2002. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. MP.: Ana Virginia Calzada Miranda.* San José, Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia 4799 del 30 de septiembre de 2002. *Sala de Casacion Civil. MP.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2004). Sentencia 07142 del 30 de septiembre de 2004. *Sala de Casacion Civil. MP.: Pedro Octavio Munar Cadena.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2004). Sentencia 7142 del 30 de septiembre de 2004. *Sala de Casación Civil. MP.: Pedro Octavio Munar Cadena.* Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2008). Sentencia 00075 del 19 de diciembre de 2008. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2009). Sentencia del 30 de abril de 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. *Sala de Casación Civil. MP.: Pedro Octavio Munar Cadena.* Bogotá, D.C., Colombia.

- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia 129 del 12 de febrero de 2018. *Sala Civil Especializada. MP.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. [Radicación n° 11001-31-03-036-2010-00364-01]*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Davies, S. (2016). *Cinco grandes cambios provocados por el incendio que destruyó Londres hace 350 años*. Obtenido de Mundo: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-36920608>
- de la Maza, I. (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el estado y no solamente el mercado? *Revista chilena de derecho privado*. (1), 109-148.
- Diario El Tiempo. (2017). *Los "peros" de los seguros para no pagar las pólizas*. Obtenido de Justicia: <http://www.eltiempo.com/justicia/servicios/los-peros-de-los-seguros-para-no-pagar-las-polizas-71452>
- Díaz, J. (2014). Tendencias jurisprudenciales del seguro de vida en Colombia-Análisis crítico. *RIS*. 41 (23), 175-196.
- Duque, A. (2008). Una revisión del concepto clásico del contrato. Aproximación al contrato de consumo. *Facultad de Derecho y ciencias Políticas Vol. 38 No 108*, 453- 479.
- Duque, A. (2008). Una revisión del concepto clásico del contrato. Una aproximación al contrato de consumo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 38 (109), 453-479.
- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 125-144.

- Estigarribia, M. (s.f.). *Las Cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la Legislación argentina*. Buenos aires: Facultad de de Ciencias Económicas - UNNE .
- Gadamer, H. (1997). *Verdad y método, Quinta edición*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gual, J. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción. *Revista Verba Iuris*. 11 (36), 113-134.
- Jaramillo, C. (2016). *Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los contratos*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jaramillo, P. (2012). La protección del Consumidor de Seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas. *RIS*. 37 (21), 213-233.
- Laguado, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*. 52 (105), 232-251.
- López, F. (1999). *Contrato de Seguro*. Bogotá: Dupre editores.
- López, H. (1999). *Contrato de seguro*. Bogotá, D.C.: Dupre Editores.
- López, L., & Martelo, V. (2012). *La protección del consumidor en Colombia en la ley 14480 del 2011 a partir de las directrices de la resolución 39/248 de la ONU*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Ordoqui, G. (2012). *Buena Fe Contractual*. Bogotá: Ibañez.
- Ossa, E. (1988). *Teoría general del seguro: la institución (aspectos técnicos, económicos, políticos y comerciales del seguro)*. Bogotá, D.C.: Temis.

- Palacios, F. (2007). *Seguros: Temas Esenciales* (Vol. Tercera Edición). Bogotá, D.C.: Ecoe Ediciones.
- Palacios, F. (2016). *Seguros temas esenciales*. Bogotá: Ecoe ediciones.
- Presidencia de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. [Por el cual se expide el Código de Comercio]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Presidente de la Republica de Colombia. (1982). Decreto 3466 del 2 de diciembre de 1982. [Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus ...]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del Derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Revista Dinero. (2016). *Top 5: Las quejas más frecuentes contra las aseguradoras*. Obtenido de Finanzas: <http://www.dinero.com/inversionistas/articulo/las-quejas-mas-frecuentes-contra-las-aseguradoras/223966>
- Rey de España. (1988). Ley 7 del 13 de abril de 1998. BOE núm. 89. [Sobre condiciones generales de la contratación]. Madrid, España.
- Rinesi, A. (2006). *Relación de consumo y Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Romero, J., & Velandia, D. (2003). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguros*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Stiglitz, R. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Contexto*. (4), 32-51.

Suárez, G. (s.f.). *La sanción de las cláusulas abusivas y su aplicación al contrato estatal: un vacío notable*. Obtenido de Trabajos Académicos: http://www.acj.org.co/images/descargas/trabajos_academicos/5-posesion-doctor-gonzalo-suarez-beltran.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. (2011). Circular 039 del 6 de septiembre de 2011. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2015). Circular externa 035 del 9 del octubre de 2015. Bogotá, D.C., Colombia.

Tribunal de Arbitral de Meltec S.A. (2016). Laudo arbitral del 4 de febrero de 2016. [Tribunal de Arbitramento de Meltec S.A. contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.]. *Árbitro: Roberto Borrás Polanía*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/jurisprudencia/laudos%20arbitrales/2016/bogota/meltec%20vs%20comcel.pdf>

Tribunal Supremo de Justicia. (2010). Sentencia 01023 del 21 de Octubre de 2010. *Sala Político Administrativa. MP.: Hadel Mostafá Paolini*. Caracas, Venezuela.

Universidad EAFIT. (s.f.). *Aseguramiento*. Obtenido de Consultorio Contable: <http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/Nota%20de%20clase%20N28%20aseguramiento.pdf>

Valdés, I., Delgado, J., Salcedo, F., Agudelo, G., Herrera, J., Giraldo, L., & ... Pinzón, O. (2000). *Junta central ASES 1998-2000*. Medellín : Impresos Caribe Ltda.

Vásquez, C. (2012). *Protección al consumidor financiero: Avances y retos del sector asegurador*. Obtenido de Capítulo 7:

http://www.fasecolda.com/files/9113/9101/2240/parte_ii.captulo_7_proteccion_al_consumidor_financiero.pdf

Villalva, J. (2011). Contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas*. 19 (2), 171-195.

Yepes, S. (2000). Las Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 99-128.

Zambrano, R. (2015). *Fitch Ratings prevé que el sector asegurador crecerá entre 8% y 10% durante 2015*. Obtenido de Finanzas: <https://www.larepublica.co/finanzas/fitch-ratings-preve-que-el-sector-asegurador-crecera-entre-8-y-10-durante-2015-2214571>