

## Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

**BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA**  
UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
Chía - Cundinamarca



El presente formulario debe ser diligenciado en su totalidad como constancia de entrega del documento para ingreso al Respositorio Digital (Dspace).

<b>TITULO</b>	IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS		
<b>SUBTITULO</b>			
<b>AUTOR(ES)</b> Apellidos, Nombres (Completo) del autor(es) del trabajo	Cruz Gualdrón, Paula Andrea		
	Guarín Jaime, Zulma Astrid		
	Meneses Porras, Jenny Carolina		
<b>PALABRAS CLAVE</b> (Mínimo 3 y máximo 6)	• Autonomía		• Derecho.
	• Voluntad		• Posición
	• Abuso		• BuenaFe

<b>RESUMEN DEL CONTENIDO</b> (Mínimo 80 máximo 120 palabras)	<p>Debido al cambio de las relaciones contractuales, se toma como tema de estudio, el contrato de adhesión en la modalidad de contrato de seguro. Esta contratación generadora de obligaciones, anula su carácter de acuerdo voluntario por tratarse de contratos donde las cláusulas, han sido prefijadas por el predisponente de forma inmodificable, restándole al adherente aceptarlas, si desea el servicio, o rechazarlas. Es así, como ciertas compañías implantan en sus contratos cláusulas abusivas, tendientes a vulnerar los derechos de los consumidores rompiendo el equilibrio contractual. Esta investigación busca desentrañar con qué tipo de resguardo cuenta la parte “débil” en este tipo de contratos, frente a la transgresión por parte de la empresa con posición dominante dentro de la relación contractual</p>
---	--

Autorizo (amos) a la Biblioteca Octavio Arizmendi Posada de la Universidad de La Sabana, para que con fines académicos, los usuarios puedan consultar el contenido de este documento en las plataformas virtuales de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS  
EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS**

**PAULA ANDREA CRUZ GUALDRON  
ZULMA ASTRID GUARIN JAIME  
JENNY CAROLINA MENESES PORRAS**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM  
ESPECIALIZACION EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL  
BUACARAMANGA**

**2012**

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS  
EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS**

**PAULA ANDREA CRUZ GUALDRON  
ZULMA ASTRID GUARIN JAIME  
JENNY CAROLINA MENESES PORRAS**

**Trabajo de Grado para optar al título de  
ESPECIALISTA EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL**

**Director  
Dr. TULIO HERNAN GRIMALDO LEÓN**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM  
ESPECIALIZACION EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL  
BUCARAMANGA**

**2012**

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCION	7
1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	10
1.2 PLANTEAMIENTO Y /O FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.3 JUSTIFICACION	11
2. OBJETIVOS	15
2.1 OBJETIVO GENERAL	15
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	15
3. MARCOS DE REFERENCIA	16
3.1 MARCO HISTÓRICO	16
3.1.1 Orígenes del Contrato de Seguros.	16
3.2 MARCO TEÓRICO	17
3.2.1 Contrato por adhesión.	17
3.2.2 Contrato De Seguros	18
3.2.3 La Póliza de Seguros	21
3.2.4 Cláusulas Abusivas y Reglas Tradicionales del Código Civil.	23
3.2.4.1 Cláusulas Abusivas.	23
3.2.5 Regla Tradicional del Código Civil	28
3.2.6 Directiva Europea 93 / 13 / 1993 Sobre Cláusulas Abusivas En Los Contratos Celebrados Con Consumidores	29
3.2.7 Las Cláusulas Abusivas En La Jurisprudencia	31
3.3 MARCO CONCEPTUAL	33
4. METODOLOGÍA	37
4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN: APLICADA	37
4.2 RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	37
4.3 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	37
4.3.1 El Contrato de Adhesión, El Contrato de Seguro y las Cláusulas Abusivas.	38

4.3.2 Ley 1328 de 2009 y Ley 1480 de 2011	43
4.4 ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA	52
5. CONCLUSIONES	68
BIBLIOGRAFÍA	71

## **RESUMEN**

Debido al cambio de las relaciones contractuales, se toma como tema de estudio, el contrato de adhesión en la modalidad de contrato de seguro. Esta contratación generadora de obligaciones, anula su carácter de acuerdo voluntario por tratarse de contratos donde las cláusulas, han sido prefijadas por el predisponente de forma inmodificable, restándole al adherente aceptarlas, si desea el servicio, o rechazarlas. Es así, como ciertas compañías implantan en sus contratos cláusulas abusivas, tendientes a vulnerar los derechos de los consumidores rompiendo el equilibrio contractual. Esta investigación busca desentrañar con qué tipo de resguardo cuenta la parte “débil” en este tipo de contratos, frente a la transgresión por parte de la empresa con posición dominante dentro de la relación contractual

## **ABSTRACT**

Due to the change in the contractual relations, is taken as a topic of study, the contract of adhesion in the form of an insurance contract. This recruitment generator of obligations, cancels its nature of voluntary agreement by relates to contracts where the clauses, have been prefixed by the unchangeable form of predisposing, downgrading the adherent accept them, if you want the service, or reject them.

## INTRODUCCION

La utilización del Derecho como un instrumento de inclusión de ideologías políticas y económicas, ha invertido sus esfuerzos en las últimas décadas por abordar nuevos escenarios suscitados con ocasión de los recientes modelos económicos que se imponen en el mundo. Colombia no es ajena a esta realidad y ha desencadenado un cambio en las relaciones contractuales que, diariamente mutan para adaptarse a los intereses de los consumidores y a las exigencias propias de la competencia empresarial. Es así como las diferentes formas de contrato se han convertido en uno de los medios con los cuales el hombre ha podido extender sus relaciones con los demás individuos que conforman la sociedad, teniendo a estos como el acuerdo de voluntades en que se pactan desde el inicio las condiciones del cómo debe ejecutarse, expresando lo que se debe hacer y no hacer.

Es de estudio en esta investigación los contratos de condiciones generales, que siendo un conjunto de cláusulas aplicables de manera uniforme a una serie indeterminada de contratos futuros<sup>1</sup> son consecuencia de la libertad de iniciativa económica, que poseen las empresas para disminuir el tiempo y los costos que implicaría la contratación tradicional. Esta modalidad generadora de obligaciones para algunos doctrinantes anula su carácter de acuerdo voluntario por tratarse de contratos donde las cláusulas han sido prefijadas por el predisponente de forma uniforme e inmodificable, en donde sólo al adherente le queda sin objeción alguna aceptarlo si desea el servicio o rechazarlo totalmente si las condiciones no lo convencen.

Este tipo de contratación es justificado a la luz del derecho en razón a la celeridad que representa y a la estabilidad económica que les deriva a los sujetos intervinientes en el mercado, pero en su cara opuesta se levanta un eminente

---

<sup>1</sup> RENGIFO GARCIA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Condición General, Contrato de Adhesión y Cláusula Abusiva. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 184.

desequilibrio contractual que en palabras del profesor Ballesteros Garrido *mejora la posición contractual del empresario con respecto a la normas de distribución de cargas y derechos prevista legalmente, pero desplaza riesgos y obligaciones hacia sus clientes o se arroga derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherente*<sup>2</sup>.

De acuerdo a lo anterior resulta de recibo observar, que en los contratos de adhesión, más específicamente en los contratos de seguros, es el medio por el cual el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima, a resarcir un daño, a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato, va inmersa la voluntad de uno de los contratantes y que con esta, ocasiona un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Es así, como ciertas empresas que utilizan este tipo de contratos para implantar cláusulas de carácter abusivo que pueden vulnerar los derechos de los particulares consumidores, algunos de estos fundamentales, está ocasionando un abuso del derecho que rompe con el equilibrio contractual, presupuesto fundamental en la ejecución de cualquier contrato. En ese ámbito es donde el derecho con premura se abisma en estadios oscuros y desconocidos por el legislador y los doctrinantes, que implican retos al entrar en contacto con conflictos donde concurren no solo derechos patrimoniales sino fundamentales.

Al estar en presencia de la anterior problemática, esta investigación se dedicará a realizar un estudio concienzudo de las posturas doctrinales, jurídicas y jurisprudenciales, además de la legislación aplicable al tema de estudio, donde se tenderá a conocer y desentrañar con qué tipo de resguardo cuentan la parte “débil” en este tipo de contratos, como consecuencia de la vulneración de los derechos

---

<sup>2</sup> BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las Condiciones Generales de los Contratos y del principio de la autonomía privada. Barcelona: Edit. Bosh, 1999, p.27

fundamentales del particular consumidor a cargo de otro particular con calidad de empresa con posición dominante dentro de una relación contractual.

# 1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

## 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En teoría las condiciones de una póliza o contrato de seguro se pactan de común acuerdo entre la compañía aseguradora y su cliente, y ambas partes las dan por buenas. Pero en el caso de los seguros no existe tal acuerdo: se utilizan contratos de adhesión, que consisten en que una parte, en este caso la compañía de seguros, redacta e impone las cláusulas al tomador del seguro que generalmente, sólo se limita a suscribir o rechazar el contrato en su integridad.

Mediante un contrato de seguro la compañía, a cambio de percibir una cantidad de dinero del cliente (prima), queda obligada, en caso de producirse alguno de los sucesos previstos en el documento (siniestro), a indemnizar el daño producido, abonar un capital o renta o prestar el servicio convenido.

Esta sociedad encasillada y manipulada en un mundo jurídico, absorto de manera estructural y compleja, se contemplan varios componentes que ayudan al Estado a regular las relaciones entre los particulares y/o dominantes, éste amplio esquema legal contiene varios conceptos como son los CONTRATOS derivado del PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, además fuente de obligaciones en el derecho privado (Civil y Comercial) siendo parte principal de esta investigación.

Focalizando la teoría del negocio jurídico, encontramos una serie de requisitos para que este nazca a la vida jurídica, y otros para su validez, haciendo el negocio eficaz. Todo negocio puede llegar a distinguirse principalmente por una serie de cláusulas esenciales, cláusulas naturales y por último las cláusulas accidentales, que en un orden jurídico llegan a prevalecer inequívocamente.

Existe un tipo de contrato encaminado a la prestación de un servicio, conteniendo una serie de condiciones generales que no son susceptibles de negociación, la persona tan solo debe adherirse al condicionado, estos contratos son los llamados contratos de adhesión. La problemática que surge al frente de las condiciones generales por estos tipos de contrato, que inclusive llegan a contener cláusulas abusivas, y/o lesivas

Esta investigación se limita a los contratos de seguros, una clase de contrato de adhesión y en el que puede llegar a existir cláusulas abusivas que en el panorama jurídico son principalmente una ventaja frente a la contraparte. Este tipo de tema como lo son los seguros, puede someterse abruptamente a una abusiva posición dominante.

## **1.2 PLANTEAMIENTO Y /O FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Qué tipo de soluciones jurídicas pueden tener ó existen para los usuarios en relación con las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de seguros?

## **1.3 JUSTIFICACION**

La investigación realizada, presenta beneficios tanto prácticos como teóricos, en cuanto a los conocimientos y experiencias que cada día obtenemos acerca de diferentes circunstancias que surgen en la vida jurídica y en los constantes cambios que afectan la sociedad, además de los continuas modificaciones en la legislación colombiana, que en las clases no son posibles aborda y profundizar completamente, ya sea por cuestiones de tiempo como de prioridad de la materia, pero que de igual forma, resultan de gran interés y beneficio para la sociedad y la academia.

El presente proyecto de investigación nace con la necesidad de establecer criterios claros, puntos de vistas objetivos para solucionar el problema, abrir paso a nuevos horizontes en el derecho, y del mismo modo, tener esquemas válidos, que lleven a la creación de teorías nuevas y a obtener un mejor conocimiento en el derecho teórico y práctico.

Es así que tenemos que el contrato de seguro, por su contenido técnico y por las partes que intervienen en él, da pie a que se utilicen lo que se ha llamado condiciones generales. Dentro de la actividad asegurativa las condiciones generales cumplen la función de dinamizar el proceso de formación del consentimiento entre el tomador y la aseguradora. Sin embargo, las condiciones generales del contrato de seguro pueden ser un instrumento generador de inequidades, pues las aseguradoras incluyen en sus textos cláusulas abusivas, ambiguas o sorpresivas e indeterminadas.

En defensa del débil jurídico, la aseguradora, la ley y los jueces, deben acudir a los principios de buena fe y equidad, para balancear esta desigualdad interna del contrato, y así lograr que se produzca constantemente un clima de igualdad y honestidad para evitar detrimento, padecido por lo general, por el tomador.

Resulta importante tener en cuenta que, en los intervinientes en el contrato de seguro en el que se presenta, una parte fuerte y una débil, la presencia de una sola cláusula puede generar un grave perjuicio, ya que la empresa tiene la potestad de incluirlas, surgiendo la imperiosa necesidad de una intervención Jurídica y Legislativa para dirigir y dirimir los conflictos que se generen ante esta problemática, dotando de reglas claras de interpretación y aplicación del derecho.

El tema de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, reviste de gran importancia, tanto para la compañía aseguradora, como para el tomador, por la sencilla razón, que las características generales que envuelven el contrato de

seguro, permite la gran producción y existencia de ellas, en los condicionados o clausulados generales que poseen en el mercado las diversas compañías Aseguradoras, por ende, realizar un estudio jurídico acerca del tratamiento que de ellas se hace en la doctrina y la jurisprudencia, es una herramienta para el mejor entendimiento de tan importante contrato, en beneficio de las partes, y del mejor desenlace en la práctica comercial de éste.

Es por ello, que en casos especiales como ocurre en el contrato de seguro, la autonomía privada de la voluntad queda en entre dicho, debido que en la mayoría de los casos, no es posible que el tomador, pueda debatir concretamente el clausulado general que desean contratar, ni las condiciones que regirán los designios contractuales, aspecto que se conoce comúnmente en el mundo del derecho como contratos de adhesión, situación que si bien, no es en todos los casos, si en la mayoría de los que se derivan del contrato de seguro.

A pesar de la importancia del tema, la legislación se ha quedado corta al respecto, si bien el gran esfuerzo por regular lo relativo a las cláusulas abusivas, ha estado en cabeza de la doctrina, y en algunos pocos eventos en cabeza de la jurisprudencia, no puede hablarse de un desarrollo legislativo frente al tema, aspecto que nos lleva realizar un pequeño, pero interesante estudio, en aras de poder aportar un grano de arena, que con el transcurrir del tiempo debe ir ocupando el interés del legislador en aras de posicionar aún más la figura contractual del seguro en nuestro país.

Ante los vacíos existentes en cuanto a legislación de cláusulas abusivas se refiere, en especial en el contrato de seguros que cada día cobra mayor fuerza en mercados como el colombiano, deben compilarse las posibles soluciones que al respecto formulan la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Es así, que con esta finalidad se aborda el presente estudio, tratando de analizar e investigar la

evolución de la problemática que se presenta, entorno a las cláusulas abusivas en el campo del contrato de seguro.

## **2. OBJETIVOS**

### **2.1 OBJETIVO GENERAL**

Conocer y establecer las soluciones jurídicas - protección – con las que cuentan los particulares frente a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de seguros a la luz de la Ley 1328 De 2009, Ley 1480 De 2011 y normatividad concordante.

### **2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Revisar los fundamentos teóricos del Contrato de Seguros.
- Investigar los diferentes aspectos que rodean las Cláusulas Abusivas.
- Analizar los aportes de las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, referentes a las cláusulas abusivas en los contratos de seguros.

### 3. MARCOS DE REFERENCIA

#### 3.1 MARCO HISTÓRICO

**3.1.1 Orígenes del Contrato de Seguros.** El origen del seguro, se remonta a la etapa primitiva, donde era primordial la protección de las personas que hacían parte de una tribu. Con el paso del tiempo, van surgiendo organizaciones sociales donde se crea una asistencia social voluntaria dirigida al mejoramiento de la convivencia y bienestar social, como lo eran las organizaciones de salud y los ejércitos.

En antiguas civilizaciones se crearon los contratos llamados "*Contratos Gruesa*"<sup>3</sup> realizados por los banqueros y los dueños de los barcos que transportaban mercadería, quedando en un segundo plano la protección colectiva. En este tipo de seguro, el dueño de un barco tomaba préstamos para financiar su viaje, en el que se mencionaba de forma detallada que, si el barco o carga se perdía durante el viaje, el préstamo del cuál era deudor el tomador de dicho seguro, se entendía cancelado. El campo de los seguros fue de notorio reconocimiento en los negocios mercantiles marítimos, dado que el crecimiento económico en la etapa de la edad media en Europa, mostraba la necesidad de una mayor estructura y alcance en esta clase de contratos, que respaldara la protección patrimonial en caso de un desastre de navegación.

En esta etapa también surge el contrato mutual, que consistía "*en la unión de un grupo de personas, que calculaban un riesgo o el costo de un hecho que estaba por venir y ese costo del riesgo era aportado por cada persona de forma proporcional, de tal manera, que si llegara a cumplir en ellos el riesgo de una de las*

---

<sup>3</sup> JV Corredor de Seguros. "*Historia del Seguro*" <http://jvseguros.tripod.com.ve/index/id6.html>

*personas, tomaría el costo aportado por todos*<sup>4</sup> la primera manifestación de estos contratos surge en el siglo XIV en Italia, luego se extiende hacia Francia y España.

En la antigua Roma, se contaba con el seguro de vida, *“acostumbrado por asociaciones religiosas donde se colectaba y distribuía fondos entre ellos por si algún miembro fallecía*<sup>5</sup>”. El seguro contra incendios surgió en el siglo XVII, a consecuencia del gran incendio en Londres. En 1720 aparecen sociedades que formalizan al sector asegurador, contando en sus etapas iniciales con bastantes obstáculos provocados por las continuas restricciones generadas por las licencias de funcionamiento.

En 1873 se crea la primera compañía de seguros en América latina llamada hoy en día ALLIANZ - COLSEGUROS<sup>6</sup>.

A partir del primer código de comercio de 1857, se crea una serie de contratos que dieron origen al contrato de seguros, que en sus inicios, tenía como solemnidad la firma de la póliza por parte del tomador, requisito que a raíz de las nuevas tendencias sociales y comerciales, causaron su erradicación.

## **3.2 MARCO TEÓRICO**

**3.2.1 Contrato por Adhesión.** Los contratos por adhesión son aquellos en que una parte contratante, coloca en alternativa de aceptar o rechazar la celebración de un contrato. La doctrina peruana señala que una característica fundamental de esta figura, es la aceptación en bloque (adhesión) de todas las estipulaciones preestablecidas por el oferente y donde no existe la posibilidad de discutir el contenido del contrato.

---

<sup>4</sup> Ob.cit. Citación No 1 Edad Media/ Segunda Etapa, Existencia del Contrato Mutua

<sup>5</sup> Ob.cit. Citación No 1 Edad Media

<sup>6</sup> Ob.cit. Citación No 1 Edad Media/ Tercera Etapa, Colombia

En el derecho argentino, el profesor ATILIO A. ALTERINI sostiene que *“el contrato celebrado por adhesión es el contrato predispuesto, mediante el cual, la parte no predisponente se ve precisada a declarar su aceptación<sup>7</sup>”*. Estos contratos son generalmente utilizados por los empresarios industriales o mercantiles que desean contratar masivamente siendo la característica de este contrato su unilateralidad y la adhesión.

**3.2.2 Contrato de Seguros.** Los contratos, como ya se ha mencionado, son la circunstancias que llevan al hombre a crear nuevas formas de satisfacer sus necesidades, pero a esto se incumbe un nuevo interrogante, ¿si el contrato significa negociación y equilibrio de intereses entre los particulares, es indudable que gran numero de actos calificados de contractuales, no corresponden a tal definición, por existir condiciones impuestas por el contratante más poderoso, frente la parte menos fuerte, cuando tiene la necesidad de las cosas o servicios objeto de la negociación?, en este caso nos orientaremos en la contratación en masa, el trafico patrimonial en masa, a través del contrato de Adhesión que rebasa la forma tradicional del derecho contractual.

En este caso hay que hacer una pequeña pero importante clasificación de los contratos como son Contratos por negociación y contratos por adhesión, los primeros son aquellos en que las partes debaten o discuten o por lo menos se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido de que el futuro contrato ha de ser dotado. Constituyen en nuestro derecho la regla general de contratación.

En cambio los denominados contratos de adhesión o por adhesión son todos aquellos en los que existe una previa redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios impresos, pólizas o

---

<sup>7</sup> ALTERINI ANTILIO, Anibal. Instituciones De Derecho Privado, Contratación Contemporánea, Teoría General y Principios. Tomo I, Editorial Palestra (Lima – Perú) y Temis (Bogotá – Colombia) p.133.

modelos preestablecidos y, a la otra parte, tan solo le es permitido declarar su aceptación o su rechazo.

El Código de Comercio, junto a algunas modificaciones realizadas por la ley 389 de 1997, contemplan el régimen actual del contrato de seguro, que antes de la modificación señalada en la legislación en mención, se desarrollaba como solemne. En la actualidad, este contrato paso a ser consensual, otorgándosele una nueva categoría. El Código de Comercio señala: "*ART. 1036. —Modificado. L. 389/97, art. 1º. El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva*"

En opinión de BRUCK citado por ISAAC HALPERIN, es: " Un contrato oneroso por el que una parte (asegurador) espontáneamente (selbstanding) asume un riesgo y por ello cubre una necesidad eventual de la otra parte (tomador del seguro) por el acontecimiento de un hecho determinado, o que se obliga para un momento determinado a una prestación apreciable en dinero, por un monto determinado o determinable, y en el que la obligación, por lo menos de una de las partes, depende de circunstancias desconocidas en su gravedad o acaecimiento".

Para DONATI: ".Puede definirse como ese negocio en que el asegurador, contra el pago u obligación a pagar una prima, se obliga a resarcir al asegurado de las consecuencias del hecho dañoso incierto, dentro de los limites convenidos".

Un concepto comercial lo da la Empresa de Seguros SANTANDER CENTRAL HISPANO, que lo define de la siguiente manera: "Por el contrato de Seguro, el Asegurador (Compañía de Seguros), al recibir una prima en concepto de pago, se obliga frente al Asegurado a indemnizarle según lo pactado, si deviene el evento esperado. Todo esto debe quedar claramente establecido entre el Asegurado y la Compañía de Seguros en una póliza o contrato."

El Dr. JUAN CARLOS FELIX MORANDI, en el Congreso Internacional de Seguros y Reaseguros, en lima octubre del 1995, propone como definición del contrato de seguro: *“Hay contrato de seguros cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir dentro de los limites convenidos, el daño sufrido por un siniestro, o a pagar la prestación convenida, al verificarse el evento previsto, si se trata de un seguro de personas... ”*

Las legislación colombiana no contempla ninguna definición del contrato de seguro, solo señala sus características, como lo son: la consensualidad, como aquel acuerdo de voluntades, no sujeto a formalidad, para el nacimiento del contrato; la bilateralidad generadora de obligaciones tanto para la aseguradora, como para el tomador; oneroso, en el sentido de que en cabeza del tomador está el pago de la prima, y a cargo de la aseguradora está a cargo la suma asegurable representando utilidad a la otra parte. Características señaladas en el *artículo 1496, 1497 y 1498 del Código Civil*<sup>8</sup>.

Sin embargo encontramos otras características como la ejecución sucesiva, por cuanto sus derechos y obligaciones se desarrollan de forma continua hasta su terminación. Además es un contrato de adhesión, dado que las cláusulas nunca están dadas bajo discusión, tan solo se aceptan o rechazan.

Las partes que intervienen según el artículo 1037 del C.Com<sup>9</sup> son:

- El asegurador (La persona Jurídica que asume el riesgo)

---

<sup>8</sup> “Código Civil, Artículo 1496. —El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Artículo 1497. —El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

Artículo 1498. —El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

<sup>9</sup> Código de Comercio, Legis, 2011 Art. 1037

- El tomador (la persona natural o jurídica que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos).

Consta de varios elementos esenciales: (Según Art. 1045 del C.Com<sup>10</sup>)

- El interés asegurable: Es el valor jurídico que tiene un bien, que se encuentre amenazada por un riesgo.
- El riesgo asegurable: debe cumplir con 3 requisitos para que se entienda el riesgo asegurable, que sea posible, cierto y futuro. Sin no se dieran uno de estos requisitos no estaríamos frente a un riesgo asegurable.
- La prima o precio del seguro: Estos contratos se caracterizan por ser consensuales, pero debe establecerse unos mínimos requisitos para la existencia del contrato, entre ellos el precio, que puede ser un ejemplo muy relacionado lo sucedido con los contratos de compraventa en el cual se entiende este negocio jurídico con el solo acuerdo del precio y la cosa. Este requisito va acorde con la característica de onerosidad.
- La obligación condicional del asegurador: es la carga que le corresponde a la compañía aseguradora de pagar el precio por el daño, que se habría de producir pero a la vez, la obligación del tomador de pagar la prima acordada. Es una reciprocidad de obligaciones continuas.

**3.2.3 La Póliza de Seguros.** La doctrina define a la póliza de seguros<sup>11</sup> como *“El instrumento escrito en el cual constan las condiciones del contrato. Aunque no es*

---

<sup>10</sup> Código de Comercio, Legis, 2011 Art. 1045, “Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1. El interés asegurable, 2 El riesgo asegurable, 3 La prima o precio del seguro, 4. La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguros no producirá efecto alguno.”

*indispensable para que exista el contrato, la práctica aseguradora la ha impuesto sin excepciones. La póliza es el documento principal del contrato de seguro, en donde constan los derechos y obligaciones de las partes, es un documento privado redactado en varios folios. Las condiciones generales están impresas, mientras las condiciones particulares están normalmente mecanografiadas.”*

De forma personal lo definimos como: aquel documento que lleva inmerso todo el condicionado establecido, entre las partes o de una de ella para constituir una relación contractual.

Según el artículo 1046 del C.Com se obliga al asegurador “...entregar el original, al tomador, dentro de los quince días siguiente a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.”

En el contenido de la póliza encontramos las condiciones o cláusulas, clasificadas en dos tipos: las generales y las particulares. Las primeras contienen claramente los elementos esenciales del negocio y todo lo concerniente a determinar su naturaleza, como lo es: el interés asegurable, la prima, la extensión, los límites y las particularidades del riesgo asegurable; la obligación condicional del asegurador y las características y alcances de la indemnización, con la debida precisión las obligaciones de las partes y de los interesados directos del contrato de seguros.

Las condiciones particulares representa la relación concreta asegurativa, estableciendo al tomador y asegurador, la prima y la suma asegurada, los riesgos determinados, los amparados y coberturas, etc. Podemos resaltar que las compañías de seguros, por medio del uso de condiciones generales pueden generar, una clara posición dominante y de contenido de cláusulas abusivas por

---

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Editorial Heliastica S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

parte de esta. Además de la existencia de un control de forma por parte de la Superintendencia Financiera, es necesario un control de fondo de estos formatos pre condicionados dado que allí es donde verdaderamente se encuentra la incertidumbre a la protección del tomador.

### **3.2.4 Cláusulas Abusivas y Reglas Tradicionales del Código Civil.**

**3.2.4.1 Cláusulas Abusivas.** Estamos en presencia de una cláusula abusiva cuando esta, por su contenido, causa una desventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro.

En este orden de ideas, se establece como cláusulas abusivas, las de ausencia de negociación individual, las que atenten contra la buena fe, las impuestas por uno de los contratantes en abuso de su posición dominante y por regla general las que denote un desequilibrio entre derechos y obligaciones que se susciten en la relación contractual.

Rubén S. Stiglitz señala las siguientes características de una cláusula abusiva:

*“a) que haya sido negociada individualmente”.* Esta característica parte de la idea, que el adherente (tomador) en este caso, no haya podido modificar o negociar su contenido

*“b) que al consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente”:* si esta cláusula no se le presenta al adherente (tomador), será inválida y no se aplicaría en el contrato.

*“c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido.”:* el deber ser, es que el consumidor, en este caso el tomador, participe de manera

activa para poder modificar su contenido. Caso contrario es lo que sucede con un condicionado general, que tan solo existe un acto de adherencia hacia él.

*“d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe”:* toda cláusula que contrarié la buena fe, debe ser calificada abusiva, para otros, solo con la presencia de un desequilibrio y trasgresión, independientemente si es contrario o no a la buena fe, es abusiva.

Tomando en cuenta la doctrina de Rubén Stiglitz se pueden considerar como otras características de cláusulas abusivas las siguientes:

*“a) Por aplicación de la cláusula, queda limitada o suprimida la obligación a cargo del predisponente alterándose la relación de equivalencia.*

*b) la aplicación de cláusula favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente, y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”.*

Estos dos argumentos traídos por el tratadista, muestran como la eliminación y modificación de una obligación a cargo del predisponente, genera en este caso, por parte de la aseguradora, una alteración total del equilibrio contractual frente a los derechos y obligaciones de las partes, poniendo en peligro al tomador. Vale la pena argumentar, que no todo desequilibrio tiene que ver directamente con el precio del contrato. Hablamos de un desequilibrio excesivo, exagerado, importante, sustancial, injustificado y perjudicial. Según la doctrina.

*“En el caso de la contratación masiva serán abusivas las cláusulas que atendiendo al sentido de buena fe como fuente de integración del contrato, atribuya al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes; igualmente se*

*entenderán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, o cuando desnaturalicen la relación creada por el contrato”<sup>12</sup>.*

Podemos decir que una cláusula será abusiva en una relación contractual cuando:

- Haya desviación del principio de buena fe
- Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- Un detrimento perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.
- Una atribución exorbitante a favor del predisponente del esquema contractual.

Esta problemática también hace parte de la vida jurídica de Latinoamérica, así tenemos que las cláusulas abusivas en el derecho peruano, nos señala que los contratos celebrados por adhesión y en base de cláusulas generales han optado por una “lista cerrada”<sup>13</sup>, en la que enuncia algunas disposiciones de abuso contractual:

- Exoneración o limitaciones de responsabilidad.
- Facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o resolverlo.
- Facultades de prohibir a otra parte el derecho de oponer excepciones

---

<sup>12</sup> Para el profesor Manuel de la Puente, que prefiere la denominación de vejatorias, son abusivas las cláusulas que “(...) alteran en ventaja del predisponente, el equilibrio entre derechos y las obligaciones contractuales de las partes”. (De La Puente y Lavalle, Manuel. El contrato en general cit., T. III, p.202.

<sup>13</sup> Artículo 1398 del Código Civil peruano de 1984.

- Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Es así como el derecho peruano ha optado por una estipulación limitada de las cláusulas abusivas o vejatorias sancionándolas con la nulidad y trayendo como consecuencia la ineficacia de estas, al mantener como postura, que estas cláusulas no se incorporan a la oferta y por lo tanto no formarían parte del contrato. De la misma forma declara ineficaces las cláusulas que sean contrarias a los esquemas y normas de cada contrato validamente celebrado.

La legislación argentina, por su parte, se encuentra más encaminada hacia la protección del consumidor ya que se evocan en “la ley de protección al consumidor”<sup>14</sup> que expresa la nulidad de cláusulas abusivas que son:

- Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten las responsabilidades por daños.
- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los deberes del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
- Las cláusulas que contengan cualquier concepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

También, se incorpora los supuestos de cláusulas abusivas en contratos, estableciendo que se tendrán por no convenidas las estipulaciones que por si solas o incorporadas por otras, generen:

- Desnaturalización de las obligaciones de las partes.

---

<sup>14</sup> Ley 24.240 vigente desde octubre de 1993.

- Limitación de la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
- Limitación de la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
- Importen renuncia o restricción de los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan normas supletorias.
- Obligen al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionada al costo del dinero para deudores en operaciones similares.

Continuando con el tema de análisis, resulta posible afirmar que cuando se habla de las cláusulas abusivas, se debe mencionar también el abuso del derecho<sup>15</sup> por que es un medio de intervención al contenido abusivo del contrato.

El abuso del derecho se tipifica frente la libertad de contratar o el poder negocial. La Corte de Suprema de Justicia ha dicho: *“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de*

---

<sup>15</sup> RENGINFO GARCIA, Ernesto, Del Abuso del Derecho a El Abuso de la Posición Dominante, Edit. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición Pág. 190.

*dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación*<sup>16</sup>”.

En la teoría del abuso del derecho, se observa que en las condiciones generales de un contrato, que están predispuestas unilateralmente por una parte, pueden verse inmersas cláusulas abusivas y ahí es donde entra a operar la teoría, como un instrumento de corrección ante el contenido vejatorio señalado en contra de una de las partes de la relación jurídica.

**3.2.5 Regla Tradicional del Código Civil.** El control del contrato, respecto del contenido predispuesto, se puede hacer con base de las siguientes reglas del código civil:

a) Los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias ni al orden público ni a las buenas costumbres.

b) La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes: *“Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”* (Art. 1535 C.C).

c) *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella”* (Atr. 1605 C.C.), el principio de buena fe, nos vale como una forma de control al contenido negocial en el orden que se ubica por encima de las estipulaciones contractuales de las partes.

---

<sup>16</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero del 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

d) Las cláusulas ambiguas se interpretan 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 a ella”* (Art. 1624 C.C.).

En el abuso del derecho que provenga de la disposición unilateral de condiciones abusivas, en virtud de la parte afectada, puede el juez o la autoridad de control acoger las medias judiciales o administrativas que impidan la permanencia del abuso o el ejercicio disfuncional del derecho frente a cualquiera de las partes que se encuentren afectadas.

**3.2.6 Directiva Europea 93 / 13 / 1993 Sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores**<sup>17</sup>. Esta directiva define las cláusulas abusivas en su *“Art. 3. Deberán reputarse abusivas aquellas cláusulas individuales predispuestas que originen, en detrimento de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor-adherente, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

La directiva en su artículo 4.2 dispone *“que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y retribución, por una parte ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contra partida, por otra, siempre que dichas Cláusulas se redacte de manera clara y comprensible”*. De esta manera si la redacción de la cláusula es de condición contraria al artículo (de forma ambigua), entra bajo la regulación de la directiva europea, tomada como cláusula abusiva.

Es así como la directiva recoge la distinción tradicional de la doctrina alemana, frente a las cláusulas principales y las accesorias; las primeras son excluidas de la

---

<sup>17</sup> Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L95/29/ 21 de abril de 1993.

aplicación de la norma de control del contenido; las segundas, que se regulan mediante condiciones generales de la contratación, quedan inmersos en el, por que para otorgar una cláusula abusiva es un desequilibrio normativo y no económico.

Frente a la transparencia del contenido, la directiva expresa en su considerando 20 “*los contratos deben redactarse de forma clara y comprensible*” y “*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*”. Si bien, en la norma comunitaria no se hace alusión a las cláusulas sorprendidas, si se estima que este tipo de cláusulas son un supuesto más de cláusulas abusivas, es decir, cláusulas que no superan el control del contenido, este control opera mediante una cláusula general prohibitiva.

Las cláusulas generales prohibitivas aparecen formuladas en el artículo 3.1 de la directiva, “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de buena fe, causan un detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”.

Respecto al catálogo de las cláusulas abusivas, que la directiva, establece en su considerando 17 señala que “*el anexo no puede tener sino carácter indicativo*”, y que “*dado su carácter mínimo, los estados miembros, en el marco de su legislación nacional pueden someterlo a añadidos o formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de tales cláusulas*”.

Las reglas de interpretación son mecanismos de control al contenido de los contratos, según la directiva, tratándose únicamente del control concreto, exponiéndolo en el Artículo 5 “*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*”, el artículo cita básicamente el principio de la interpretación en contra del predisponente.

De acuerdo a lo ya mencionado sobre lo que rodea y entraña la directiva en mención, resulta conveniente señalar que esta, no establece una prelación entre el control de las condiciones particulares frente a las generales, pero sí un criterio de interpretación en las condiciones particulares, que no poseen las condiciones generales. La directiva le otorga la potestad a los estados miembros, realizar un control judicial y administrativo frente al control en condiciones generales.

**3.2.7 Las Cláusulas Abusivas en la Jurisprudencia.** La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de 1970 señaló que la aparición de contratos de adhesión en el mundo moderno no implicaría una aplicación restrictiva del artículo 1602 del código civil y reitera que, aun tratándose de estos contratos, todas sus cláusulas se debían tener como queridas y aceptadas por el adherente:

*“Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite aceptar las condiciones impuesta por la otra; aun así, aquella a contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo a aceptado, habiendo podido no hacerlo[...] Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente [...] En conclusión: no es cierto, que el contrato de seguro, aunque se celebre por adhesión no admita en todo su amplitud la operancia del postulado de la autonomía de la voluntad privada, tal cual este se encuentra consagrado en la ley, entre otros en el artículo 1602 del código civil, para todo los contratos pre estipulado o no, así como tampoco es cierto que las partes, en ejercicio de dicha autonomía, no puedan insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes, desde luego con la limitación general de no contrariar el orden publico y las buenas costumbres, especialmente cuando están amparados por leyes imperativas, como lo prescriben los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y concordantes del C.C.”*

De este modo, el contrato de adhesión no significa ausencia de autonomía privada por parte del adherente, solo que en consecuencia, todas sus cláusulas obligan y solo las dudas se interpretan a su favor.

En la Sentencia del 2 de febrero 2001<sup>18</sup>. *“En este sentido, la cláusula de abusiva, o leonida o vejatoria- entre otras denominaciones más enderezadas a relevar el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica- o tarifaría -, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante responde, preponderantemente, al hecho de que ella socaba el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida que agrava- sin contrapartida – las condiciones en que aquellos puedan solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).” / “ lo abusivo- o despótico- de este tipo de cláusula- que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocio tipo-, se acentúa aun más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (código de comercio art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones- de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio- por regla general- para su negociación individual.”*

---

<sup>18</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Agraria, 2 de Febrero del 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

### 3.3 MARCO CONCEPTUAL

- **Abuso del Derecho:** Teoría del derecho moderno que tiende hacer responsable a quien a pesar de ejercer un derecho, lo hace sin necesidad o beneficio, y en perjuicio de otra persona.
- **Acto Jurídico:** Es la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho. / Es una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho o de una institución jurídica en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, al contrario, un efecto limitado de derecho que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.
- **Ambigüedad:** Que se presta a varias interpretaciones o puede tener varios valores. / Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.
- **Autonomía de la Voluntad:** Principio de la Filosofía jurídica en virtud del cual la voluntad libremente expresada tiene el poder de crear derechos y obligaciones, consagrada en el Art. 1602 del C.C.
- **Buena Fe:** Comportamiento de rectitud, honestidad y responsabilidad en las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades publicas. La buena fe se presume tanto para uno como para otros por el Art. 83 de la C.N. hay buena fe a quienes adquieren por medios legítimos excepto de fraude y todo otro vicio. Art. 768. C.C.
- **Cláusula:** Disposición o artículo de un documento. / Cada uno de los pactos de que consta un contrato, testamento o legado o cualquier documento análogo.

- **Consentimiento:** Voluntad de comprometerse jurídicamente mediante su propio acto. Mediante su consentimiento del acto jurídico, la voluntad le da valor jurídico a este, y se compromete jurídicamente.
- **Consumidor o usuario:** Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.
- **Derechos:** Es el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás según la ley universal de la libertad. / Conjunto de preceptos o reglas de conducta a cuya observancia está permitido obligar al hombre mediante una coerción exterior o física.
- **Derechos Civiles:** Son aquellos que se entienden como límites a la actuación del estado y que se conocen como derechos de libertad. Entre ellos la libertad personal, la libertad de expresión, y la igualdad ante la ley.
- **Derechos Fundamentales:** Según la concepción de la democracia liberal, son los derechos inherentes a la naturaleza humana y, por tanto, anteriores y superiores al estado, y que este tiene que respetar no solamente en el orden de las finalidades, sino también en el de los medios. En la constitución colombiana son los derechos individuales de primera generación contenidos en el título II, capítulo I, de los derechos fundamentales. Enumeración que no es taxativa según se desprende de los artículos 44, 93, de la constitución nacional.

- **Limitativas:** Que limita, cercena o reduce / Se dice especialmente de los derechos reales que cercenan la plenitud del dominio, como el censo, las servidumbres, el usufructo, el uso, la habitación, etc.
  
- **Negocio Jurídico:** Acto de la voluntad encaminado a la producción de efectos jurídicos, que ella se puede encontrar un interés tanto patrimonial, personal y familiar.
  
- **Normas Dispositivas:** Es aquella norma jurídica cuyo contenido puede prescindirse en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Su ámbito normativo se reduce así a los casos en que los individuos no establecen una regulación distinta a la dispuesta legalmente cabe añadir que este tipo de normas son características del derecho privado.
  
- **Normas Imperativas:** Son aquellas normas jurídicas, que poseen un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez, independientemente de la voluntad del individuo.
  
- **Obligación:** Es un vínculo de derecho por el cual una persona determinada queda sujeta respecto a otra persona determinada, dar, a hacer y no hacer una cosa.
  
- **Póliza:** Es el nombre que recibe el documento en que se plasma el contrato de seguro y en el que se establecen las obligaciones y derechos tanto de la aseguradora como del asegurado, y donde se describen las personas u objetos que se aseguran y se establecen las garantías e indemnizaciones en caso de siniestro.

- **Relación Jurídica:** Es una relación que se da entre dos o más personas, que al estar regulado por el derecho, produce consecuencias jurídicas. / En toda relación jurídica hay una relación social y una consecuencia. / Toda relación jurídica es una relación social, pero no toda relación social es una relación jurídica.

## **4. METODOLOGÍA**

### **4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN: APLICADA**

La investigación se adelanta con un enfoque fundamentalmente cualitativo y analítico, del tipo estudio de normas, jurisprudencia y de casos, método sistemático, orientado a determinar cuándo las cláusulas consagradas en los contratos de seguros pueden ser consideradas abusivas. A su vez, la investigación gozará de un carácter explicativo, buscando por medio de la inducción realizar un ejercicio propositivo para entrever criterios claros que permitan establecer las soluciones jurídicas que pueden tener ó existen para los usuarios frente a la presencia de las nombradas cláusulas.

### **4.2 RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

La presente investigación se realizara por medio de la sustracción de información recopilada de la jurisprudencia, legislación y doctrina como fuentes secundaria, utilizando como técnica especifica la observación, la discusión, interpretación y el análisis, extractando los aportes al respecto del tema en desarrollo, encaminados a evitar que se vean quebrantados los derechos que le corresponden a la parte débil del contrato de seguros.

### **4.3 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

Teniendo en cuenta la historia y las teorías ya enunciadas a lo largo y desarrollo del presente trabajo, y conociendo que la problemática actual de los contratos requiere de un estudio sobre la transformación del derecho, que trata de armonizar de alguna manera, la ley y la realidad de nuestra contratación, resultando conveniente analizar el ser y el deber, ya que nos vemos ubicados en la realidad de una sociedad de consumo que esta a la merced de las fuerzas e imperios

económicos que la proveen de bienes y servicios fabricados a gran escala, gracias a la tecnología que avanza y se actualiza a gran velocidad.

Es así como el derecho, al verse influenciado por esta dinámica que crea una mecanización de los negocios dando origen a diferentes tipos de contratos ya sea por individuo o por población, según se requiera, procura como resultado modificaciones en la forma de realizar los negocios jurídicos, estandarizando contratos no siempre de forma equitativa, ya que en algunos se dan de forma casi, sino totalmente obligatoria la adhesión a estos, dejando vacíos legales en lo referente a su regulación debido a las nuevas imposiciones de un comercio que a consecuencia de la centralización de grandes capitales, iguala ofertas dejando al consumidor en una situación inferior frente a este nuevo capitalismo.

Razón por la cual se realiza un análisis frente a este horizonte, en el cual el derecho tradicional fiel a la igualdad frente al contrato y las formas negócias, basados en una escuela liberal es insuficiente al enfrentarse a las nuevas situaciones y relaciones jurídicas, teniendo en cuenta la existencia de monopolios respaldados por un gran poder económico en donde el consumidor se enfrenta desarmado ante una libertad jurídica, en la cual solo en una de las partes del contrato, se manifiesta y la otra no tiene otra opción que adherirse y aceptar las condiciones de la otra.

**4.3.1 El Contrato de Adhesión, el Contrato de Seguro y las Cláusulas Abusivas.** Todos los días y en todo momento se llevan a cabo un sin número de actos jurídicos en los cuales dos o más partes contraen obligaciones entre sí, mediante la adhesión de una de ellas a las estipulaciones consignadas unilateralmente por la otra. La doctrina se pregunta, con comprensible preocupación, si este acto jurídico, llamado "contrato de adhesión", es simplemente un contrato con todos los elementos que son comunes a todos los contratos, como categoría genérica, cuya única particularidad es que la aceptación se manifiesta

mediante la adhesión, o si por el contrario, constituye una figura jurídica sui-generis, que no puede asimilarse, sin forzar su naturaleza, al contrato normal.

OSSORIO define el contrato de adhesión así: "Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad, sin posibilidad de discutir su contenido"<sup>19</sup>

SALEILLES escribía: Indudablemente hay contrato y contratos.... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer;.... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo"<sup>20</sup>.

Según la normatividad colombiana se tiene que los contratos de adhesión:

- Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> OSSORIO. "Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1,974

<sup>20</sup> Citado por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. En "Estudios sobre el Contrato Privado". Cultural Cuzco S.A. Editores. Editorial Labrusa, Lima - Perú, 1983. Pág. 286

<sup>21</sup> Ley 1328 de 2009. Artículo 2 literal f

- Aquellos en los 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<sup>22</sup>.

Es así como tenemos que un contrato de adhesión es aquel en que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si presenta alguna inconformidad frente a este, debe renunciar a suscribir el contrato, lo que introduce una limitación a la libertad contractual y se resuelve en una imposición del contenido contractual, que en términos coloquiales es dicho como: "lo toma o lo deja".

La falta de acuerdo y de discusión, como también de participación en la determinación del contenido del contrato, propia de la adhesión, da como resultado una situación de disparidad económica y de inferioridad inmaterial para el contratante débil, por lo que el contrato de adhesión llega a contraponerse al contrato que puede llamarse paritario (y que constituye la regla), en el que la posibilidad otorgada a cada uno de los contratantes de concurrir o de influir sobre la determinación o sobre la elección del contenido del contrato es un síntoma de equivalencia económica y psíquica y traduce en términos jurídicos esta paridad.

De acuerdo a todo lo anterior, tenemos que el contrato de adhesión en su modalidad de contrato de seguro, según el Código de Comercio, "Es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, teniendo como partes al Asegurador y el Tomador".

El concepto que tiene el Profesor MONTROYA MANDREDI es el siguiente: "... un contrato por el cual una persona (asegurador) se obliga, a cambio de una suma de dinero (prima), a indemnizar a otra (asegurado), satisfacer una necesidad de esta o

---

<sup>22</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 5 numeral 4

entregar a un tercero (beneficiario) dentro de las condiciones convenidas, las cantidades pactadas para compensar las consecuencias de un evento incierto, cuando menos en cuanto al tiempo (riesgo)".

El contrato de seguro tiene como elementos esenciales<sup>23</sup>:

- El Interés Asegurable.
- El Riesgo Asegurable.
- La Prima o Precio del Seguro.
- La Obligación Condicional del Asegurador.

Frente a un siniestro, este puede ser indemnizado, a través de: pago en dinero, reposición o, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador<sup>24</sup>. Así las cosas tenemos que si el asegurador opta por el pago, basta con cancelar la suma que se acredite a través de la reclamación. Por el contrario, si se procede a reponer el bien asegurado, deberá la compañía de seguros entregar un bien de similares características al siniestrado en cuanto estado, modelo, conservación, contándose con la posibilidad a su vez, de hacerse entrega de un bien nuevo, siendo la obligación del asegurado reconocer al asegurador, el demerito por uso<sup>25</sup>. Estas dos opciones de indemnización deben hacerse dentro del mes siguiente a la reclamación. Por otra parte, si se toma la opción de reparar el bien asegurado que presentó el siniestro, el asegurador debe encaminar todos sus

---

<sup>23</sup> Código de Comercio, Legis, 2011 Artículo 1045, "Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1. El interés asegurable, 2 El riesgo asegurable, 3 La prima o precio del seguro, 4. La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguros no producirá efecto alguno."

<sup>24</sup> Código de Comercio, Legis, 2011 Artículo 1110, "Forma de pago de la indemnización"

<sup>25</sup> LOPEZ, Hernán Fabio "Contrato de Seguros". Tercera Edición. Año 1999. Dupre Editores. Santafé de Bogotá

actos a dejar el bien en condiciones similares a las que poseía antes del siniestro, efectuando las reparaciones indispensables para ello. Para esta última opción, se contara con el mes que se ha hecho referencia, más el tiempo que requiera la reconstrucción dependiendo de la índole del daño y la consecución de repuestos y demás<sup>26</sup>.

Por otra parte, la doctrina define a la póliza de seguros<sup>27</sup> como *“El instrumento escrito en el cual constan las condiciones del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, es un documento privado redactado en varios folios.”*

En el contenido de la póliza encontramos las condiciones generales y las particulares. Las primeras contienen claramente los elementos esenciales del negocio y todo lo concerniente a determinar su naturaleza, como lo es: el interés asegurable, la prima, la extensión, los límites y las particularidades del riesgo asegurable; la obligación condicional del asegurador y las características y alcances de la indemnización, con la debida precisión las obligaciones de las partes y de los interesados directos del contrato de seguros. Las condiciones particulares representa la relación concreta asegurativa, estableciendo al tomador y el asegurador, la prima y la suma asegurada, los riesgos determinados, los amparados y coberturas, etc.

Por otra parte, tenemos que en términos generales y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 2 de la ley 1328 de 2009<sup>28</sup> y el artículo 42 de la ley 1480 de 2011<sup>29</sup>, es posible citar que, las cláusulas abusivas pueden ser entendidas como

---

<sup>26</sup> LOPEZ, Hernán Fabio “Contrato de Seguros”. Tercera Edición. Año 1999. Dupre Editores. Santafé de Bogotá.

<sup>27</sup> CABANELLAS, Guillermo "*Diccionario* Enciclopédico de Derecho Usual". Editorial Heliasica S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

<sup>28</sup> Ley 1328 de 2009, artículo 2: “Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.

<sup>29</sup> Ley 1480 de 2011, artículo 42: “Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo,

aquellas en que la parte fuerte inserta en un contrato con el objeto de lograr una ventaja injusta o un desequilibrio importante sobre otra, hecho que se presenta con mayor preponderancia en aquellos contratos donde las cláusulas han sido previamente redactadas, contratos de adhesión, sin que el adherente pueda influir sobre su contenido.

Ante la presencia de estas cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, los contratos de seguros no son ajenos a que estas se incorporen en sus pólizas y, tiendan a causar desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, al presentarse que una de ellas se somete, a un contrato caracterizado tradicionalmente por adhesión a condiciones generales, quedando expuesto quien funge como tomador del seguro, a la vulneración de sus derechos que, aunado a la falta de conocimiento del tema, propicia que se siga presentado la introducción de cláusulas abusivas potenciando, la posición dominante de la aseguradora en el contrato de seguros

**4.3.2 Ley 1328 de 2009 y Ley 1480 de 2011.** Teniendo en cuenta todo aquello que rodea el contrato de seguro y las cláusulas que lo componen y, con el fin de lograr entrever las bases y el respaldo jurídico con los que cuentan los particulares frente a las cláusulas abusivas que pueden llegar a incluirse en los contratos de seguros, y hacer frente la nueva dinámica contractual, es importante conocer que los consumidores tienen derechos que deben ser protegidos por el Estado colombiano, promulgando leyes que propendan por el correcto desarrollo y el respeto del equilibrio y buena fe que debe existir en la celebración de contratos.

De acuerdo a lo anterior, se procede a realizar un análisis de la **Ley 1328 de 2009** y de la **Ley 1480 de 2011** en su aplicación restrictiva, puntual y en lo que toca a los contratos de seguros, siendo estas las propicias y que se encuentran encaminadas

---

modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.”

a hacer valer los derechos de los consumidores y de los que fungen como tomadores en los contratos de seguros, frente a las arbitrariedades a las que se pueden ver expuestos ante la incorporación de cláusulas vejatorias que pueden ser incorporadas por las compañías aseguradoras, por la modalidad del contrato que manejan.

Por una parte, tenemos que en la reforma financiera **Ley 1328 de 2009**, se habla específicamente del Consumidor financiero y cliente potencial como sujetos que requieren ser protegidos por el régimen de protección al consumidor.

**Artículo 2º de la Ley 1328 de 2009** en su acápite de definiciones da a conocer:

**“c) Cliente Potencial:** Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.

**“d) Consumidor financiero:** Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”

**Según la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5**, tenemos que el **Consumidor o usuario son:** Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 5 “Definiciones”

Por otra parte, y teniendo definido lo que comprende y está descrito por la ley como consumidor, esta normatividad menciona como derechos de estos, entre otros los siguientes<sup>31</sup>:

- Derecho a la seguridad e indemnidad.
- Derecho a recibir información.
- Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.
- Derecho a la reclamación.
- Protección contractual.
- Derecho de elección.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la igualdad.

De los anteriores derechos, es posible extractar que la normatividad dota al consumidor de la posibilidad de obtener información completa, veraz, transparente y oportuna, sobre los diferentes productos que circulan en el mercado, como de la correcta interpretación y cobertura de los clausulados contenidos en las pólizas de seguros. También, lo posibilita para reclamar, obtener respuesta y reparación oportuna, así como lograr acceso a la administración de justicia y a las autoridades de control, todo lo anterior con el fin de tener las herramientas para hacer frente a las arbitrariedades y así, obtener protección y respaldo ante las cláusulas abusivas

---

<sup>31</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 3

que pueden presentarse en los contratos de adhesión, entre ellos el contrato de seguro.

Es posible observar que la legislación colombiana, con el fin de preservar el Principio de Buena Fe, el cual debe ser el estandarte y reinar en todas y cada una de las relaciones que se susciten entre personas naturales y personas jurídicas, contrarrestando el desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, exige a la entidad que goza de posición dominante (asegurador), entre otras cosas:

- Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual<sup>32</sup>.
- Suministrar información previamente a la celebración del contrato, que permita y facilite la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado<sup>33</sup>.
- Cualquier modificación a las condiciones del contrato que fueren factibles o procedentes atendiendo el marco normativo específico de cada producto y las disposiciones generales de esta ley así como las específicas de otras normas, deberá ser notificada previamente a los consumidores financieros en los términos que deben establecerse en el contrato. En el evento en que la entidad. Vigilada incumpla esta obligación, el consumidor financiero tendrá la opción de finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones que según el mismo contrato deba cumplir<sup>34</sup>.
- Condiciones generales del contrato concretas, claras y completas<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ley 1328 de 2009 Artículo 7. Literal e)

<sup>33</sup> Ley 1328 de 2009 Artículo 9

<sup>34</sup> Ley 1328 de 2009 Artículo 10

<sup>35</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 37

- 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<sup>36</sup>.
- Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el VALOR ASEGURADO contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes<sup>37</sup>.

Si las entidades que crean y dan forma a los contratos de seguros llegan a faltar a alguno de los anteriores requisitos, con el fin de lograr una ventaja y hacer más gravosa la situación del tomador, tendrán como sanción la ineficacia.

Por otra parte, la **Ley 1480 del 2011** también tiene como fin regular las relaciones que se susciten entre los productores, proveedores y consumidores, al igual que la responsabilidad sustancial y procesal. A su vez, establece controles a las obligaciones entre las parte del contrato de seguro, incluyendo las que se generan con los agentes y corredores de seguros frente al tomador, teniendo en cuenta que todo productor debe garantizar la idoneidad, calidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado. Es importante señalar que el incumplimiento de obligaciones dará lugar a:

- Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
- Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.

---

<sup>36</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 37

<sup>37</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 23 paragrafo1

- Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

Después de hacer la revisión de la normatividad que rige el problema sujeto a investigación, se comienza a realizar un análisis concienzudo de las providencias de la Corte Suprema de Justicia, y al tomar como punto de partida la jurisprudencia por la cual se desarrolla el tema de las cláusulas abusivas en los contratos de seguros, en el caso sometido a consideración de la Corte Suprema de Justicia el 2 de febrero de 2001 con M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, la Corte se enfrenta a proyectar un estricto y controvertido razonamiento sobre una cláusula inmersa en la póliza de cumplimiento celebrada entre dos compañías, una de ellas la demandante, a quien no se le cumplió con el contrato pactado entre ellos, a sabiendas de que se les cancelo el material requerido para la realización de una obra; para sintetizar lo ocurrido, el material fue cancelado por medio de la dación de unos apartamentos, como forma de pago de la obligación, a lo que refuta la compañía de seguros que la demandante modifico la forma de pago, es decir, no cancelo su obligación en dinero como se había pactado y por eso no se podía hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Esta claro que existió un incumplimiento del contrato por parte del demandado, a lo que en primera instancia obligan a la aseguradora a responder por el cumplimiento de la póliza; ya que ellos deben atender a la reclamación por parte de los beneficiarios aun cuando no haya sentencia; manifiesta el jurista. Es evidente que dentro del clausulado esta inmersa una cláusula abusiva, puesto que la compañía de seguros, se escuda en que existió una supuesta modificación en el contrato a la hora del pago que realizo la parte demandante, cediendo como pago a la obligación unos apartamentos; esto según la aseguradora era un motivo para dar por terminado el contrato. Así las cosas, la Corte manifiesta que según jurisprudencia “el cometido del seguro de cumplimiento no es otro que el de “garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la

ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’” (Sent. de marzo 15 de 1983)”.

En cuanto a la supuesta modificación que advierte la aseguradora que es el motivo por el cual supuestamente se da por terminado el contrato, puesto que según ellos no se pago en dinero; por lo que la Corte el clara en manifestar que “la entrega de bienes por valor equivalente fue la forma que las partes convinieron para cancelar dicha cantidad de dinero”; “De ahí que el Tribunal, acertadamente, hubiere señalado que, en el caso *in examine*, la obligación dineraria no fue alterada, puesto que, en su entender, lo realmente ocurrido fue que, en lugar de pagarse la suma debida en dinero efectivo, se extinguió la obligación “mediante la dación de unos inmuebles por valor equivalente”.

La Corte manifiesta también que la decisión inicial del tribunal fue acertada puesto que no existe ninguna modificación de parte de los contratantes ni alteraron las cláusulas inmersas en la póliza puesto que la dación en pago solo ocasiono la extinción de la obligación adquirida por las partes, por ende no hay lugar a declarar terminado el contrato de seguros; o entenderlo terminado. Lo anterior se sujeta al artículo 1061 del Código de Comercio inciso final.

Por otra parte en cuanto a una segunda cláusula abusiva inmersa en dicha póliza, como se menciona anteriormente en cuanto a que el pago por parte de la póliza se realiza cuando exista sentencia ejecutoriada de por medio, la Corte lo denomino como una cláusula totalmente abusiva fundamentándose por la doctrina y la legislación comparadas, por lo que “eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1º del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en concordancia con el inciso 2º del numeral 4º del artículo

98 y el numeral 3º del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son imperativas, la primera “por su naturaleza”, y la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado y al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa en punto tocante con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga –y de suyo limita- a acudir a un proceso judicial a probar un derecho que, puede ser acreditado extrajudicialmente”.

Estas exigencias inmersas en el contrato (póliza) se hacen inequitativas y producen dilación en el cumplimiento del compromiso de prestación a cargo del asegurador, de esta forma se desnaturaliza la esencia del contrato de seguro, pues si de este negocio jurídico emana la obligación condicional de la entidad aseguradora (nral. 4 art. 1045, en concordancia con el art. 1054 del C. Co., en lo pertinente), ocurrido el siniestro, en virtud de la realización del referido riesgo asegurado (arts. 1054 y 1072 ib.), surge la obligación a cargo de ésta de satisfacer la prestación asegurada (art. 1080 ib.).

Es muy importante resaltar que lo abusivo de este tipo de cláusulas (las cuales pueden estar inmersas en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo), se enfatiza aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), es decir, en aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual.

Continuando con la exhaustiva lectura analítica de las providencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, del 14 de diciembre de 2011,

M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar, en las que estaban involucrados por un lado, JORGE SAFFÓN SALAZAR y otros, contra BANCAFE S.A., antes CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA; nos fue posible extraer de la sentencia referenciada, que al encontrarnos en presencia de un contrato de mutuo celebrado con entidades financieras, y al tener estas últimas la posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios al imponer el contenido del contrato, su configuración y ejecución, y anteponiendo como resguardado de su actividad, el hecho que al ser los servicios financieros operaciones que tienen alta demanda por la población y que debe presentarse de forma estándar para satisfacer las necesidades con la dinámica y agilidad que el mundo globalizado lo exige, no es plausible que la entidad bancaria tome provecho de su posición fuerte en el contrato, ya que estaría faltando a su deber de Buena Fe, deber, que se predica en un sentido más estricto y obligante, cuando se trata de un contrato de adhesión, y que va encaminado, especialmente, a no abusar de su posición dominante, absteniéndose a introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente.

A su vez, y con los aportes de la sentencia que se está examinando, podemos lograr un entendimiento claro sobre lo que debe entenderse como una cláusula abusiva, dando lectura a lo establecido en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, última normativa que considera como cláusula abusiva aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.

Esta sentencia, que fue proferida antes de la entrada en vigencia del estatuto del consumidor, menciona que para dar solución a las controversias que se susciten frente a los contratos de adhesión, abuso de la posición dominante y cláusulas abusivas, el juez debe aplicar la teoría general que invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, teniendo como sanción la invalidez de la cláusula

del contrato transgresora del mandato legal, con el fin de mantener el equilibrio contractual entre las partes. A su vez, en uso de la labor interpretativa ya enunciada, el sentenciador deberá mantener como norte, la interpretación a favor del adherente de las condiciones generales en el contrato por adhesión, por razones de equidad.

Así las cosas, y de acuerdo a la jurisprudencia sometida a estudio, es posible concluir que la actividad financiera al tener una función social, debe estar sujeta a intervenciones del estado según lo previsto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política. También, que quien formula el condicionado de un contrato debe hacerlo en forma clara, con respeto y consonancia el principio de la buena fe, con propensión de la igualdad de las partes. A su vez, que al hacerlo opuestamente, de mala fe, y aprovechando de su parte fuerte en la relación contractual, será el legislador quien determine los efectos de las cláusulas abusivas (inexistencia, nulidad, revisión o reducción del exceso) y quien determinara su exclusión de algunos negocios.

#### **4.4 ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA**

Con el análisis de los anteriores aspectos a manera general de las leyes 1328 del 2009 y 1480 del 2011, y la jurisprudencia ya referenciada, se procede a realizar un análisis minucioso y detenido de la mismas tendiente a observar como los organismos judiciales y estas dos leyes y sus reformas, han dotado al consumidor de argumentos y herramientas para preservar sus derechos y resguardarse ante las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y por ende en los contratos de seguro.

De acuerdo a lo anterior resulta importante iniciar este análisis teniendo claro lo que debemos entender por Cláusulas Abusivas, siendo estas, aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las

mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos<sup>38</sup>

**La LEY 1328 de 2009** en su **ARTÍCULO 11** y **LEY 1480 DE 2011** en su **ARTÍCULO 43** señalan y prohíben en forma taxativa, las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

Tabla 1. Ley 1328 y Ley 1480 de 2011

LEY 1328 de 2009	LEY 1480 DE 2011
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.</li> <li>• Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.</li> <li>• Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.</li> <li>• Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.</li> <li>• Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;</li> <li>• Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;</li> <li>• Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;</li> <li>• Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;</li> <li>• Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;</li> <li>• Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;</li> <li>• 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;</li> <li>• Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;</li> <li>• Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;</li> </ul>

<sup>38</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 42

LEY 1328 de 2009	LEY 1480 DE 2011
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.</li> <li>• Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;</li> <li>• Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.</li> <li>• 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.</li> <li>• 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.</li> </ul>

Además de la normatividad ya enunciada y comentada, que señala las diferentes formas e implicaciones de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, es imprescindible también citar la circular 039 de 2011, que enmarca, en una lista negra, aquellas cláusulas que deben considerarse abusivas. Así tenemos:

**A.** Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.

Ejemplos de este tipo de cláusulas

- Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas:

- Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley

**B.** Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros

Ejemplos de este tipo de cláusulas

- Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros

- Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica

**C.** Otras cláusulas abusivas

- Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, es posible advertir, que si bien las partes podrán modificar el régimen ordinario de responsabilidad contractual consagrado en el artículo 1604 del C.C, en ciertos contratos hay circunstancia en que una de las partes puede aumentar su responsabilidad hasta por caso fortuito o fuerza mayor, mientras que en otras, la voluntad de las partes no es la que

modifica el régimen de responsabilidad sino la misma ley. Pero al igual, también se presenta otra hipótesis en la cual existen cláusulas que condenan el cargo de la responsabilidad a una de las partes (adherente) y con la exoneración absoluta de la otra (predisponente), provocando un desequilibrio intolerable en el contenido del contrato. Así las cosas, resulta de recibo hacer mención en lo que respecta a la carga de la prueba y según la legislación colombiana que, *“incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y, al tomar como escenario el contrato de seguro, el tomador tendrá que demostrar el siniestro y su cuantía para conseguir la indemnización por parte del asegurador, sin que este último imponga un medio específico de prueba, siendo de pleno abusivo cualquier cláusula encaminada a imponer sobrecargas al tomador en probar lo antes dicho, hecho que lo pondría en situación de indefensión.

También, y partiendo del hecho que una de la etapas iniciales del contrato es la oferta, por medio de la cual la aseguradora, con el fin de contratar con el “posible tomador” le plantea una serie de cláusulas, estas no deben modificarse o plasmarse unas diferentes en el cuerpo de la póliza, ya que el tomador contrata de buena fe, y habiendo conocido tales cambios e inserciones engañosas, no hubiese celebrado el negocio jurídico. Por otra parte, es importante mencionar que las sociedades corredoras de seguros como profesionales en la actividad de intermediación de seguros y por el conocimiento de los contratos de seguros que tienen y promocionan, puede advertir cláusulas respecto de las cuales no existe autorización legal para su incorporación y así mismo se encuentra en capacidad de identificar prácticas abusivas por parte del asegurador, por tal motivo, es su deber comunicarlo a la aseguradora y a los organismos de control.

La circular en comento, también señala las que son consideradas prácticas abusivas, en las que se tienen:

- Redactar los contratos con letras ilegibles y difíciles de leer a simple vista

- No entregar o no poner a disposición de los consumidores copia de los contratos, ni de los reglamentos de los productos o servicios contratados.
- Realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática
- Cobrar al consumidor financiero por servicios o productos, sin que exista conocimiento previo, autorización o consentimiento expreso de este
- Limitar el derecho de los consumidores financieros a dar por terminado los contratos, salvo que se trate de contratos irrevocables
- Obligar a los consumidores financieros a declarar que conocen y aceptan los reglamentos, sin haberlos entregado o puesto a su disposición
- En los créditos de vivienda, inducir al consumidor financiero a tener mas productos con la entidad como requisito para concederle el beneficio de cobertura de la tasa de interés para vivienda, siendo que este costo es asumido por el estado
- Todas aquellas conductas que contravengan las cláusulas abusivas contempladas en la ley o en la presente circular.

De las prácticas ya señaladas, la que es más observable en los diferentes contratos, es aquella tendiente a crear confusión al momento de dar lectura al clausulado, ya sea por la utilización de un lenguaje técnico de difícil entendimiento, letra de difícil lectura, cláusulas ambiguas que se presta para diferentes interpretaciones que pueden ser objeto de dudas o confusiones, cláusulas que se alejan rotundamente a las reglas de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Así las cosas, las anteriores cláusulas abusivas mencionadas en la normatividad colombiana, son sancionadas con Ineficacia. La Ineficacia<sup>39</sup> consiste en la falta de producción de los efectos de las cláusulas que le son propios y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud del contrato celebrado. La ineficacia opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial<sup>40</sup>, es decir, el acto ineficaz no produce efectos, opera ipso jure y, no tiene fuerza vinculante para las partes ni para terceros. La ineficacia se presenta como una sanción para las partes por el incumplimiento de una norma imperativa que, una vez se vea configurada la transgresión a dicha norma, se ven afectadas una o varias cláusulas del acto o negocio, entendiéndose estas por no escritas.

Según Enrique Gaviria “no hay en el código de comercio causales generales de ineficacia, como si las hay para la nulidad y también para la inexistencia; existen por el contrario un sinnúmero de ineficacias particulares, que no obedecen a ningún criterio uniforme y que han sido consagradas en la ley para castigar, en términos más severos y expeditos, las violaciones de normas cuyo contenido se ha considerado especialmente importante”<sup>41</sup>. Resulta conveniente indicar a su vez, que la ineficacia como sanción al negocio jurídico no puede ser saneada, ni con el paso del tiempo, ni por ratificación de las partes.

Por otra parte, el Consejo de Estado en su Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, señala que “el negocio jurídico -y dentro de él su modalidad por excelencia el contrato-, como fuente de obligaciones que importa al ordenamiento, se mueve en extremos o situaciones en los que se predica su existencia o inexistencia, su validez o invalidez y, en sentido general, su eficacia o ineficacia,

---

<sup>39</sup> GIL Jorge Hernan. Teoría general de la ineficacia, Bogotá D.C. Ed. KIMPRES Ltda 2007 : que la ineficacia es una figura sui generis de creación colombiana y propia del código de comercio colombiano, pues aunque el código civil italiano en muchas normas consagra expresamente los términos de ineficacia y eficacia, lo hace de manera aislada y sin referirse a una sanción en particular.

<sup>40</sup> Código de Comercio. Legis, 2011. Artículo 897

<sup>41</sup> GAVIRIA GUTIERREZ Enrique. Lecciones de Derecho Comercial. Tercera Edición. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín Colombia .1989.

conceptos que, de suyo, difieren por sus particularidades y alcances en el mundo de la causalidad jurídica. La ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos”<sup>42</sup>.

Es importante señalar que si bien este tipo de clausulado abusivo tiene como sanción la ineficacia, así como se manifestaba en líneas anteriores, la ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Esta subsistencia atiende al principio de conservación de los contratos<sup>43</sup>, encaminado a proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para el la nulidad total del contrato<sup>44</sup>. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente<sup>45</sup>

Así las cosas y teniendo en cuenta que la protección contractual es el conjunto de normas emanadas del poderes público destinadas a la protección del consumidor en el mercado de bienes y servicios, las cuales le otorgan ciertos derechos y obligaciones, la normatividad para coadyuvar tal protección legisla en el entendido

---

<sup>42</sup> CONSEJO DE ESTADO C.P Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052).

<sup>43</sup> La justificación de este principio reside en el interés que pueden tener las partes en mantener un contrato vigente, pese a ciertas imperfecciones en sus clausulados, ya que la terminación total les acarrearía una pérdida grave de tiempo y dinero, al tenerse que iniciar de nuevo, todas las etapas previas a la suscripción del mismo.

<sup>44</sup> MOSSER ITURRASPE, Jorge. Las cláusulas abusivas en la contratación. XXIII Encuentro nacional de ACOLDESE. Octubre de 2002

<sup>45</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo. 44

que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor e incluso en caso de duda<sup>46</sup>

Además de las anteriores formas de protección, el consumidor podrá accionar las vías jurisdiccionales, a través de las siguientes acciones<sup>47</sup>:

- Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.
- Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en la ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.
- La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor.

Los procesos judiciales ya mencionados, con excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, de acuerdo a las reglas establecidas por la ley 1480 de 2011 en su artículo 58.

El consumidor financiero puede acudir al juez, cuando se realiza con un agente no vigilado, o a la superintendencia financiera cuando se lleva a cabo con un corredor ya que este se encuentra vigilado por esta entidad, para que dirima las controversias generadas entre éste y la entidad financiera los cuales resolverán lo pertinente mediante el procedimiento ya mencionado.

---

<sup>46</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 34

<sup>47</sup> Ley 1480 de 2011 Artículo 56

Al remontándonos a los años sesenta, cuando a través de las asociaciones comunitarias en los estados más avanzados, se implementó una política global de protección al consumidor la cual, con el paso del tiempo, se ha ido estructurando hasta llegar a ser aceptada a nivel mundial, generando acciones dirigidas a proteger los intereses económicos y sociales de los consumidores y sobre todo, a tutelar sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, antecedentes que, con el ánimo de dotar al consumidor de una armadura protectora ante los ataques de las entidades que gozan de la posición dominante a través de la incorporación en los clausulados de cláusulas abusivas, se ha creado la figura del defensor del consumidor financiero que gozan de autonomía e independencia, para ejercer sus funciones en las cuales se tiene<sup>48</sup>:

- Atender de manera oportuna y efectiva a los consumidores financieros de las entidades correspondientes.
- Conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos le presenten, dentro de los términos y el procedimiento que se establezca para tal fin.
- Actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada en los términos indicados en la Ley 640 de 2001, su reglamentación, o en las normas que la modifiquen o sustituyan. Para el ejercicio de esta función, el Defensor deberá estar certificado como conciliador de conformidad con las normas vigentes. El documento en el cual conste la conciliación realizada entre la entidad vigilada y el consumidor financiero deberá estar suscrito por ellos y el Defensor del Consumidor Financiero en señal de que se realizó en su presencia, prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, sin que requiera depositarlo en Centro de Conciliación. El incumplimiento del

---

<sup>48</sup> Ley 1328 de 2009 Artículo 13

mismo dará la facultad a la parte cumplida de hacerlo exigible por las vías legales respectivas.

- Ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva entidad vigilada.
- Efectuar recomendaciones a la entidad vigilada relacionadas con los servicios y la atención al consumidor financiero, y en general en materias enmarcadas en el ámbito de su actividad.
- Proponer a las autoridades competentes las modificaciones normativas que resulten convenientes para la mejor protección de los derechos de los consumidores financieros.
- Revisar los contratos de las entidades vigiladas y remitir a la Junta Directiva de la respectiva entidad o al órgano que haga sus veces, con copia a esta Superintendencia, un informe detallado de todas las cláusulas y prácticas abusivas identificadas, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expedición de la presente circular.
- Identificar de prácticas abusivas por parte del corredor de seguros, así en algunos casos no exista vínculo contractual con el consumidor financiero, pues no es menos cierto que el intermediario de seguros puede incurrir en éstas en perjuicio del tomador del seguro.

Es determinante para el tema de las cláusulas abusivas, que pueden ser incorporadas en los contratos de seguros, tener como lineamiento y postura a seguir, que estas pueden ser insertadas en las pólizas de seguros, a consecuencia del Abuso del Derecho.

El abuso del derecho se conoce como uno de los principios más relevantes en materia de contratos, y para el caso que nos ocupa en los contratos de seguros, no es la excepción. En Colombia inicialmente fueron las Cortes y los doctrinantes quienes se acogieron a la teoría del Abuso del Derecho, acogiéndola como fuente de obligaciones de creación jurisprudencial. Hoy por hoy, se encuentra plasmado legalmente en el artículo 830 del Código de Comercio así: "El que abuse de sus derechos está obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

El desarrollo que este principio ha tenido ha sido meramente doctrinal y jurisprudencial; por ser nuestro derecho ascendente del derecho francés, se revelan sus principales antecedentes en tres fallos del tribunal de justicia francés de la siguiente manera: (NOV. DE 1808) LINGARD, (AGO. 1820) FALLO MERCY, (JUL 1861) FALLO GROSENHEINTZ.

En cuanto a esta evolución del Abuso del Derecho, nos es dable extractar que hay tres tipos de apreciaciones jurisprudenciales, en donde se tiene como criterio base lo subjetivo o psicológico y el objeto o económico social; de la siguiente manera:

1. Quienes señalan que esta teoría se presenta cuando el titular del derecho lo ejercita con el único propósito de causar daño a otro.
2. La que sostiene que ocurre cuando el titular del derecho desvía la finalidad normal del mismo, económica o social,
3. Los que sostienen que simplemente es una contradicción de derechos

Por otra parte, existen cuatro criterios para clasificar el abuso; primero el INTENCIONAL: este viene a ser la ruptura del equilibrio entre intereses, el cual ha adoptado la Corte Suprema de nuestro país como el inicial. La intención de dañar

es abuso del derecho, por el daño desatado. El segundo, es el ECONOMICO: se entiende como abuso del derecho por el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo. El tercero es FINALISTA: puesto que cualquier derecho tiene un fin social sin que pueda ser desviado del mismo, por ello cuando este se ejerza en perjuicio de la otra parte, el daño deberá ser resarcido. Y cuarto, LATEORIA CONCILIADORA O ECLETICA: lo que pretende esta teoría es un equilibrio entre el absolutismo de los derechos subjetivos y el ejercicio exclusivo de los derechos como función social.

Hoy por hoy la jurisprudencia ha venido desarrollando este precepto con respecto a la llamada posición dominante, en torno al abuso del derecho, que se presenta en la posibilidad de insertar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, y por ende en los contratos de seguro, puesto que el abuso es evidente al incorporarse éstas en las pólizas de seguros, más exactamente, en las condiciones generales Según lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional “si bien las compañías de seguros, se encuentran amparadas por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella”<sup>49</sup>.

A su vez esta institución señala que “de acuerdo con el artículo 335 de la CP., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra las prácticas abusivas a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial - se ha observado por

---

<sup>49</sup> CORTE CONSTITUCIONAL en su Sentencia T-1165 de 2001 con M.P Dr. Alfredo Beltrán Sierra

parte del legislador histórico, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador”<sup>50</sup>

Por tal motivo, la Corte Constitucional no escatima esfuerzos en señalar, que si bien en muchas oportunidades las compañías de seguros, amparadas en su libertad de contratación, realizan prácticas abusivas, tal libertad por ningún motivo puede considerarse como absoluta, ya que existe una disposición constitucional que señala el interés público de la actividad aseguradora.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte señala que “en la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quién, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, *bienes* y *servicios*, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, una posición de *dominio* de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”

Por no existir en Colombia una legislación clara y expresa referente a la regulación de las cláusulas abusivas; se complementa con el principio general y relevante del derecho ya mencionado como “Abuso del Derecho”. No obstante, las cláusulas abusivas también se encuentran ligadas con otros principios alternos de vieja data en el Código Civil, lo cuales son:

---

<sup>50</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.