

# Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

Pontificia Universidad Javeriana

Julio Leonardo Alvarez Bernal  
José David Sarmiento Gómez  
Guillermo Eduardo Prieto Perico

Director: Rafael Alberto Ariza Vesga

Bogotá, D.C.

2012

# Sanción Jurídica Para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro\*

Julio Leonardo Alvarez Bernal\*\*  
José David Sarmiento Gómez\*\*  
Guillermo Eduardo Prieto Perico\*\*\*

Director: Rafael Alberto Ariza Vesga\*\*\*\*

Pontificia Universidad Javeriana  
Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá, D.C., 2012.

---

\* Este trabajo es el producto de la investigación desarrollada para optar al título de Especialistas en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana.

\*\* Abogados de la Corporación Universidad Libre de Colombia, aspirantes al título de Especialistas en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana.

\*\*\* Abogado de la Universidad Santo Tomás, aspirante al título de Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana.

\*\*\*\* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Responsabilidad Civil y del Estado Contractual y Extracontractual de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como asesor de Agrícola de Seguros S.A., Coordinador de procesos en Compañía Suramericana de Seguros S.A., y Director Jurídico ARP de Liberty Seguros de Vida S.A. Actualmente es docente de la materia de Contrato de Seguro en la Especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana.

## Resumen

*La reciente expedición de las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 relativas a la protección del consumidor ha supuesto un avance significativo en ese ámbito, escenario que trae nuevas realidades y cuestionamientos para la comunidad jurídica colombiana. Esta nueva reglamentación presenta un contenido importante relacionado con cláusulas abusivas, tema que se encuentra fragmentado en diferentes disposiciones legales y que no ha sido pacífico en la doctrina.*

*Luego de presentar sucintamente los avances legislativos, jurisprudenciales y doctrinales en esa materia, se plantean algunas reflexiones respecto de la ley aplicable al contrato de seguro, y a cerca de cuál sería la sanción jurídica aplicable a las cláusulas abusivas que se introduzcan en dicho contrato, tema que a nuestro modo de ver no se encuentra claramente establecido en la ley ni ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales, suscitando discusiones al interior de la doctrina nacional.*

**Descriptorios o palabras clave:** Cláusulas abusivas, protección al consumidor, contrato de seguro, sanción jurídica, efectos de las cláusulas abusivas.

## Abstract

*The recent issue of the law 1328 of 2009 and law 1480 of 2011 about consumer protection has been a significant advance on this topic, a reality that brings new questions for the Colombian legal community. This new regulation brings important content related to unfair terms, a subject that is fragmented into many laws and has not been agreed upon by various authors.*

*After briefly presenting the developments in legislation, jurisprudence, and doctrine in this area; we reflect upon the applicable law to insurance contracts, including which legal effects are applicable to the unfair terms that may be introduced to these contracts. A subject that is not clear when interpreting the law, which has not been clearly subjected in judicial rulings, and raises discussion concerning the doctrine.*

**Key words:** Unfair terms, consumer protection, insurance contracts, unfair terms effects.

# Tabla de Contenido

I.	Introducción .....	1
I.1.	Situación sociojurídica problemática .....	3
I.2.	Objeto jurídico de investigación.....	3
I.3.	Problema jurídico / pregunta científica .....	4
I.4.	Objetivo general.....	4
I.5.	Objetivos específicos.....	4
I.6.	Tipo de investigación y metodología .....	5
2.	Marco de referencia y conceptos previos.....	6
2.1.	Concepto de cláusula abusiva .....	6
2.2.	Antecedentes normativos y estado actual en el ámbito internacional.....	10
2.2.1.	Derecho anglosajón.....	10
2.2.2.	Derecho continental europeo .....	14
2.2.3.	Asia y África .....	23
2.2.4.	América latina.....	24
2.3.	Las cláusulas abusivas en el derecho colombiano .....	32
2.3.1.	Desarrollo normativo .....	32
2.3.2.	Desarrollo jurisprudencial .....	51
2.4.	Instituciones jurídicas relacionadas.....	66
2.4.1.	Principio de buena fe.....	66
2.4.2.	La prohibición del abuso del derecho y de la posición dominante contractual.....	70
2.5.	Estado del arte nacional.....	74
2.6.	Nociones generales del contrato de seguro .....	77
2.6.1.	Concepto.....	77
2.6.2.	Características .....	77
2.6.3.	Elementos esenciales.....	85
3.	La sanción jurídica para las cláusulas abusivas en el contrato de seguro.....	88
3.1.	Regulación aplicable al contrato de seguro.....	88
3.1.1.	Análisis de preeminencia normativa y especialidad. ....	88
3.1.2.	Jerarquización de las fuentes formales de derecho relacionadas con cláusulas abusivas en el contrato de seguro.....	92
3.2.	La sanción aplicable.....	94

3.2.1.	La ineficacia de pleno derecho: ¿Un género o una especie de sanción?.....	94
3.2.2.	Antecedentes de la fórmula <i>pro non scripta</i> .....	97
3.2.3.	La fórmula <i>pro non scripta</i> o ineficacia de pleno derecho: definición, efectos y diferencias con otras sanciones. ....	101
3.2.4.	Extrapolación al contrato de seguro.....	103
4.	Conclusiones.....	106
5.	Bibliografía.....	109

## I. INTRODUCCIÓN

El modelo individualista que inspiró nuestro derecho privado –Código Civil francés de 1804 y Comercial de 1807– parte de la base de que existe una equivalencia de poder de negociación preexistente entre las partes del contrato, además de una cierta proporcionalidad de las cargas contractuales, razón por la cual se destacan características comunes aplicables a muchos de los contratos regulados por nuestro derecho privado tales como la onerosidad y la conmutatividad. Sin embargo, los posteriores desarrollos de la vida económica y la mayor presencia empresarial en la sociedad dieron nacimiento a nuevas categorías, desarrolladas por la doctrina y reconocidas por la jurisprudencia nacional, como lo son el contrato de colaboración y el contrato de adhesión.

La contratación predispuesta se ha convertido en el medio idóneo por medio del cual las empresas pueden entablar relaciones contractuales con muchas personas de manera ágil y eficaz, siendo entonces que este tipo de contrato es utilizado por regla general en las relaciones de consumo. Así, el contrato de adhesión, también llamado contrato predispuesto o contrato de masa, es una modalidad de acuerdo en la cual una de las partes, el predisponente, prepara el contenido del contrato, quedando la contraparte, por regla general, sin más posibilidades que adherirse al contrato ofertado o rechazarlo en su integridad sin posibilidad de negociar sus cláusulas.

Dado que la normatividad de corte individualista decimonónica presente en nuestros códigos no correspondía adecuadamente al análisis de un tipo de contrato como el de adhesión, la jurisprudencia y doctrina acudieron a las diferentes herramientas que ofrecía el derecho privado, tales como el principio general de la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y la prohibición del abuso de la posición dominante contractual, instituciones cada una de singulares características y de distinta aplicación y efectos, para poder abordar ese tipo de contrato de una forma distinta y analizar de una manera más acorde con la justicia la situación de las partes ante los abusos y desequilibrios contractuales.

En consecuencia, actualmente diferentes países han regulado el derecho del consumo para de esa manera tratar de proteger al consumidor o usuario, dada la posición privilegiada de los productores, proveedores y empresarios al ser ellos quienes normalmente por la forma predispuesta de la contratación pueden cometer abusos desequilibrando la equidad natural y la razonabilidad económica del contrato celebrado.

El desarrollo en Colombia tampoco se hizo esperar, siendo así como se expedieron normas como la Ley 142 de 1994, de servicios públicos domiciliarios, donde se presume la posición dominante contractual en el contrato de servicios públicos de acuerdo con una

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

lista de ejemplos, siendo la primera reglamentación nacional relacionada con cláusulas abusivas. Posteriormente, se encuentra la Ley 1328 de 2009, donde se inserta la prohibición de incluir cláusulas abusivas y ejercer prácticas de tal naturaleza dirigida a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, temática abordada dentro de la normatividad relacionada con el sistema de protección al consumidor financiero implementado por dicha ley; y más recientemente, la reforma al Estatuto del Consumidor contenida en la Ley 1480 de 2011, la cual introdujo por primera vez en nuestro País una definición del contrato de adhesión y se regularon aspectos relativos a las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

Nuestra legislación sobre cláusulas abusivas se caracteriza por su dispersión y difusión en distintos cuerpos normativos, lo cual puede llevar a confusión frente a qué regulación aplicar y no brinda claridad respecto de qué sanción jurídica asignar como efecto a la utilización de las mismas en los contratos. Actualmente la Ley nos genera en nuestro entender, más preguntas que respuestas, pues no se sabe con certeza, entre otros aspectos, si la cláusula necesariamente debe estar dentro de un contrato de adhesión para ser considerada de esa manera, en qué orden de preeminencia deben observarse las distintas normas aplicables al análisis de determinación de la cláusulas abusiva, si el análisis de la estipulación debe hacerse *in limine* o teniendo en cuenta la negociación previa, interpretación y ejecución del negocio jurídico del que hace parte, qué sanción jurídica genera advertirlas en un contrato (nulidad absoluta o relativa, parcial o total, inexistencia, inoponibilidad, etc.) y quien la declara, si sólo le compete al juez o también a entes administrativos como las Superintendencias, o incluso, a los Defensores del Consumidor Financiero.

En el presente trabajo se hará un análisis del desarrollo nacional respecto de este tipo de cláusulas y su relación con el contrato de seguro, teniendo como norte establecer qué sanción jurídica supone la incorporación de una cláusula abusiva a ese contrato. Para ello, se abordará el recorrido histórico de la regulación de las cláusulas abusivas a nivel nacional e internacional, se identificará la normatividad aplicable al contrato de seguro, se interpretará esa legislación para determinar qué sanción le es aplicable a esas cláusulas, y se presentará un análisis sobre los efectos y declaración de la sanción.

A fin de abarcar lo antedicho, se adelantó una investigación sociojurídica descriptiva, la cual partió de los presupuestos plasmados en las líneas siguientes.

## 1.1. SITUACIÓN SOCIOJURÍDICA PROBLEMÁTICA

Partimos de la existencia de una cantidad considerable de la población nacional que, en su condición de consumidores financieros, están vinculados a compañías aseguradoras a través de contratos de seguro o se encuentran en las tratativas previas a celebrarlo, quienes no tienen claridad respecto a qué hacer al advertir la existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado o negociado.

Como sustento de lo anterior, es de tener en cuenta que la actividad aseguradora está presente en la vida social colombiana de manera muy generalizada, dada la cantidad de tipos de seguro, obligatorios y voluntarios, y sus diferentes medios de venta y contratación, pues se han generalizado las ventas telefónicas, las ventas atadas, y se ofrecen en todo tipo de establecimientos de comercio. A su vez es un contrato que los consumidores necesitan para poder tener una protección ante el riesgo, una mayor seguridad que propende por el bienestar económico de quienes lo toman. Esta presencia significativa del contrato de seguro en la sociedad explica la importancia de tener claridad respecto a qué sanción se le endilga a la utilización de cláusulas abusivas en ese contrato, para de esa manera dar efecto a la regulación que atañe a ese tipo de cláusulas y poder alcanzar su finalidad, cual es proteger a los consumidores de abusos contractuales.

Como fenómeno empírico del que se deduce la existencia de la situación descrita se tiene la dispersión en nuestra legislación sobre las cláusulas abusivas, generando que, en nuestro parecer, no exista claridad sobre qué normas aplicar, y bajo qué jerarquía, respecto de la sanción imputable a las cláusulas abusivas, incluyendo su declaración y efectos.

## 1.2. OBJETO JURÍDICO DE INVESTIGACIÓN

El objeto jurídico a investigar fue el estudio sobre la prohibición de utilizar cláusulas abusivas en los contratos, por lo general en los de adhesión, y para este caso en particular el de seguro, prohibición que tiene como contenidos axiológicos relacionados el principio de buena fe presente en nuestra legislación constitucional, civil y comercial, la prohibición del abuso del derecho y la prohibición del abuso de la posición dominante contractual. A su vez, los regímenes adoptados por las leyes de protección al consumidor, que son objeto principal de análisis en este trabajo.

Esas normas suponen como fin defensible la protección del consumidor en contraposición a la posición dominante contractual de la aseguradora –para referirnos sólo a este contrato–, quien es la que por regla general determina unilateralmente las condiciones

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

generales de las pólizas de seguro ofrecidas a los consumidores, además de que buscan que se mantenga la equivalencia natural y razonable de prestaciones de acuerdo a la equidad, a la luz de la función económica del contrato. Buscan en general que no se menoscaben los derechos del consumidor financiero y que la aseguradora no se aproveche de su posición privilegiada; lo anterior reconociendo también que puede ser posible que la posición dominante contractual esté en cabeza del tomador o el asegurado cuando su poder de negociación supere al del asegurador. Por lo anterior, la debida aplicación de una sanción para cumplir los fines de la Ley se relaciona también con el principio de la seguridad jurídica, pues debe existir claridad respecto de qué legislación aplicar y de qué manera, para así lograr su exigibilidad.

### 1.3. PROBLEMA JURÍDICO / PREGUNTA CIENTÍFICA

Nos proponemos brindar algunas reflexiones de acuerdo con el siguiente interrogante: ¿Qué sanción jurídica es aplicable a las cláusulas abusivas para el Contrato de Seguro en el derecho colombiano?

### 1.4. OBJETIVO GENERAL

Analizar sistemáticamente la normatividad colombiana relacionada con la sanción jurídica para las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, para determinar qué sanción jurídica es aplicable a esas cláusulas.

### 1.5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Recolectar y analizar la información correspondiente al estado del arte respecto de la sanción jurídica aplicable a las cláusulas abusivas en el contrato de seguro.
- Analizar la normatividad vigente y la jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusivas en el contrato de seguro del derecho colombiano.
- Determinar cuál es la normatividad de cláusulas abusivas aplicable al contrato de seguro entre las diferentes normas que las regulan, en especial entre la financiera y el nuevo estatuto del consumidor.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

- Efectuar un análisis interpretativo de la redacción legal de las normas que hemos considerado aplicables, que establecen la consecuencia jurídica a la utilización de las cláusulas abusivas.
- Establecer los efectos derivados de la sanción jurídica aplicable a las cláusulas abusivas en el contrato de seguro.
- Determinar la competencia para la declaración de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro.

### 1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

La investigación propuesta es de tipo sociojurídica descriptiva. De conformidad con este método, se hará un planteamiento teórico del problema mediante el cual se diagnosticará la situación actual del fenómeno empírico problemático, relacionándolo con el contenido axiológico del objeto jurídico de investigación como meta ideal.

## 2. MARCO DE REFERENCIA Y CONCEPTOS PREVIOS

En el presente capítulo se reseñarán los conceptos y presupuestos de los que se hace necesario partir para abordar el tema de la sanción jurídica de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Se presenta una evolución de los avances relacionados con el tema de estudio que se han suscitado en Colombia y el mundo.

### 2.1. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

Para empezar es necesario partir de una breve definición de cláusula abusiva, o como también se les ha llamado, cláusulas vejatorias o leoninas. En nuestra opinión, en principio hacen referencia a aquéllas estipulaciones que se incluyen en los contratos, por regla general los de adhesión o de contenido predispuesto, que resultan contrarias al equilibrio natural entre los derechos y obligaciones de las partes, de acuerdo con la equidad, la naturaleza y la función económica del negocio jurídico celebrado. Nos apoyaremos en la Ley y la doctrina para hacer un mejor acercamiento al concepto, y luego presentar la actual definición legal introducida por el Estatuto del Consumidor a nuestro ordenamiento.

La doctrina internacional ha definido las cláusulas abusivas como “*toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre redactado por el primero*”<sup>1</sup>. La crítica que varios autores, entre ellos Rúben S. Stiglitz<sup>2</sup>, han hecho es que esa definición limita el contenido y aplicación de esas cláusulas porque solo se darían para los contratos por adhesión.

Otra definición señala a las cláusulas abusivas como “*toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio*

---

<sup>1</sup> H. BRICKS. *Las Cláusulas Abusivas*. París, 1982, Pág. 2. Citado por: STIGLITZ, Rubén S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. En: Rev. “Derecho del Consumidor” Juris No. 8, Argentina. Pág. 3. Disponible en línea en <[http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fforos.uexternado.edu.co%2Fecoinstitucional%2Findex.php%2Fcontexto%2Farticle%2Fdownload%2FI712%2FI539&ei=7An\\_T6rYCpSk8gST9ZnaBg&usq=AFQjCNGkWQNjUV7qtbXmVskp2VWR9FMPShA&sig2=gNgquFuespvMEhFxCy02g](http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fforos.uexternado.edu.co%2Fecoinstitucional%2Findex.php%2Fcontexto%2Farticle%2Fdownload%2FI712%2FI539&ei=7An_T6rYCpSk8gST9ZnaBg&usq=AFQjCNGkWQNjUV7qtbXmVskp2VWR9FMPShA&sig2=gNgquFuespvMEhFxCy02g)>

<sup>2</sup> STIGLITZ, Rubén S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. En: Rev. “Derecho del Consumidor” Juris No. 8, Argentina. Pág. 34.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

de los consumidores”<sup>3</sup>. Ésta definición también es criticada por Stiglitz ya que no necesariamente el desequilibrio de las obligaciones y los derechos en perjuicio del consumidor quiere decir que estemos frente a una cláusula abusiva, pues “[d]ebe tratarse de un desequilibrio significativo o manifiesto”<sup>4</sup>.

Pasando a la doctrina nacional, Cárdenas Mejía considera que “son abusivas y contrarias a la buena fe aquellas cláusulas que permiten limitar el alcance de las obligaciones del empresario, estableciendo un desequilibrio entre las dos partes, cuando tal límite no estuvo contemplado en las expectativas legítimas de la otra parte”<sup>5</sup>.

A su vez, para Sergio Muñoz Laverde “son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”<sup>6</sup>.

Siguiendo a Yolima Prada<sup>7</sup>, es oportuno tener en cuenta, en aras de desarrollar una teoría sobre cláusulas vejatorias, que podríamos considerar un género de cláusulas abusivas compuesto por diferentes especies de cláusulas que tendrían una sanción propia y otras que no. Así, por ejemplo, entre las especies de cláusulas abusivas que tienen sanción definida encontramos las *inexistentes*, por no existir consentimiento alguno o que alteran elementos esenciales del negocio; las *ineficaces*, porque la Ley les ha asignado ese efecto especial como en el caso del Código de Comercio en sus artículos 141, 150, 198, 200, el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, entre otras normas; las *nulas absolutamente*, por contener objeto o causa ilícita, o contrariar normas imperativas; las *nulas relativamente*, al generarse un vicio del consentimiento; o las *sancionadas con otras consecuencias*, como por ejemplo los casos de lesión enorme, pérdida de intereses o no registro en propiedad industrial. Para esta autora es importante tratar el tema del género restante de cláusulas,

<sup>3</sup> G.CAS. *La Défense du consommateur. Les piges des contracts*. Universidad de Francia, París, 1980, pág. 53. Citado por STIGLITZ, Rubén S. Op.cit., pag. 34.

<sup>4</sup> STIGLITZ, Rubén S. Op.cit, pág. 34.

<sup>5</sup> CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Justicia y abuso contractual*, en: Los Contratos en el Derecho Privado. Fabricio Mantilla Espinoza y Francisco Ternera Barrios – directores académicos. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Legis Editores S.A. Bogotá D.C., 2007. Pág. 702.

<sup>6</sup> MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*, en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV Volumen I. Editores académicos Jorge Gabino Pinzón Sánchez, María Fernanda Navas Herrera y Yadira Alarcón Palacio; presentación Carlos Ignacio Jaramillo J. - 1ª ed.- Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica: Editorial Temis 2010. Página 234.

<sup>7</sup> PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*. En: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV Volumen I. op.cit. Páginas 310 – 327.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

las cuales tienen una apariencia de licitud por ser existentes, eficaces, válidas y oponibles, “pero que a la luz de principios tanto constitucionales como legales, resultan vejatorias al excluir elementos naturales o al incluir accidentales sin la debida explicación o justificación que compense dicha atribución, desconociéndose la función económica del contrato, las legítimas expectativas e intereses de las partes y lo natural del negocio”<sup>8</sup>.

María Echeverri<sup>9</sup>, luego de enunciar algunas características de las cláusulas abusivas y razones para justificar su control, se ocupa de las posibles sanciones mencionando casos en los que la ley ha dado sanciones específicas como la nulidad, la ineficacia y que la estipulación se tenga por no escrita, diciendo luego que en los casos en que no hay sanción especial se podría aplicar como sanción residual la nulidad parcial o absoluta<sup>10</sup>.

Refiriéndonos a la jurisprudencia nacional, en sentencia de febrero de 2001<sup>11</sup> se reconoció que a la luz de la doctrina especializada y la legislación internacional “se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 14 de diciembre de 2011<sup>12</sup>, señaló que mientras entraba en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), el operador jurídico debía mirar las cláusulas por considerarse como abusivas y compararlas con otra clase de prohibiciones contractuales que se encuentren dentro de las leyes, según el caso, observando si se contraría el principio de buena fe plasmado en el artículo 871 del Código de Comercio; pero no solo limitándose a identificar y prohibir las mencionadas cláusulas sino que además sancionarlas por su facultad constitucional. A continuación un extracto de la mencionada Sentencia:

*“la situación actual del sistema legal de los contratos, ausente de una regulación propia para el contrato por adhesión, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del*

<sup>8</sup> PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*. Ibíd. Pág. 337.

<sup>9</sup> ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. En: *Opinión Jurídica*, Vol. 10 n.º 20. Julio – Diciembre de 2011. Medellín, Colombia. Págs. 125-144.

<sup>10</sup> Ibíd. Pág. 142.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 5670.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente C-1100131030142001-01489-01.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*Consumidor (Ley 1480 de 2011), lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes<sup>13</sup>”.*

En el nuevo Estatuto del Consumidor, vigente desde el 12 de abril de 2012, por primera vez el legislador plasmó una definición de cláusula abusiva en nuestro ordenamiento jurídico. En su artículo 42 se definen como: *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”<sup>14</sup>.*

Resta decir que para determinar cuando estamos frente a cláusulas abusivas es posible hacer uso de diferentes criterios. Uno de ellos es el criterio amplio el cual define de manera general el significado de cláusula abusiva y la tarea del intérprete es determinar cuándo una cláusula incurre en ese significado para poder calificarla como abusiva. Otro criterio es el listado taxativo que la Ley enuncia y que contiene las cláusulas que son consideradas abusivas y la misma norma les asigna una sanción jurídica como por ejemplo la nulidad absoluta. Un criterio adicional es el restrictivo el cual ubica a las cláusulas abusivas de forma exclusiva en aquellos contratos donde hay contenido predispuesto, es decir, los contratos de adhesión. La crítica que se le hace a este criterio es que puede dejar por fuera circunstancias constitutivas de cláusulas abusivas como lo sería la adopción de ellas en contratos de libre negociación<sup>15</sup>. Por último, de acuerdo con un criterio mixto, puede existir en la ley una definición de cláusulas abusivas y adicionalmente un listado de ejemplos, como es el caso colombiano.

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Ibíd.*

<sup>14</sup> Ley 1480 de 2011, artículo 42.

<sup>15</sup> ROMERO LONDOÑO Jaime Eduardo / VELANDIA BECERRA Diego Fernando. *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*. Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, Pág. 50.

## 2.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ESTADO ACTUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Habiendo tenido un acercamiento al concepto de cláusula abusiva, haremos una mirada a su regulación dentro de las diferentes legislaciones del mundo. El tema constituye una realidad que no solamente ha afectado al ordenamiento jurídico colombiano, sino que por la misma tendencia del mundo globalizado, y el desarrollo social y económico en sociedades cada vez más consumistas, podemos notar que en las diferentes legislaciones alrededor del mundo se han regulado las cláusulas abusivas buscando contrarrestar sus efectos y garantizar a los consumidores una protección que propenda por el equilibrio en sus relaciones de consumo de bienes y servicios.

La iniciativa de crear mecanismos para la protección de los consumidores ha surgido desde hace ya varias décadas y desde ese momento ha venido ganando un espacio relevante en la doctrina jurídica que se evidencia más fuertemente en las legislaciones desarrolladas. La necesidad de equilibrar la relación contractual vulnerada por la parte que tiene más poder económico o de negociación ha hecho que se busquen normas para evitar abusos y se incluyan cláusulas o condiciones que le beneficien más.

A continuación explicaremos como los ordenamientos jurídicos internacionales han tratado este tipo de cláusulas y la manera como ha venido evolucionando. Los aspectos que se señalan en este numeral parten de la revisión de textos normativos y doctrinales foráneos de los cuales a continuación se pretende extractar los aspectos más relevantes, remitiendo al lector a su revisión en caso de requerir mayor detalle y precisión sobre los mismos.

### 2.2.1. DERECHO ANGLOSAJÓN

#### Estados Unidos de Norteamérica

En los Estados Unidos desde la expedición del Código Uniforme de Comercio<sup>16</sup> (*Uniform Commercial Code* o UCC) de 1952 el Juez ha podido anular las cláusulas que considerare

---

<sup>16</sup> Disponible en línea a través del siguiente enlace: <<http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>>. Citado el 17 de julio de 2012.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

abusivas, de acuerdo con la jurisprudencia del *common law*<sup>17</sup>. Además de ese control judicial sobre las cláusulas abusivas, también han existido diferentes normas federales y estatales que constituyen un control legislativo de ese tipo de cláusulas. Por ejemplo, a nivel federal existe la *Federal Trade Commission Rule* y a nivel de Estados se puede hallar regulación en Arkansas, California, Florida, Hawái, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Nueva York, Dakota del Norte, Oregon, Rhode Island, Virginia, Washington, y Wisconsin<sup>18</sup>.

El UCC contiene una norma sobre la venta de bienes que ha servido a la jurisprudencia para anular las cláusulas abusivas, que aunque según el código sólo se refiere a los contratos de ventas futuras de bienes (art. 2 § 2-106), según la doctrina puede aplicarse a otros tipos de contrato<sup>19</sup>. Dicha norma se encuentra en el artículo segundo sobre las obligaciones generales y la formación del contrato, y reza:

“§ 2-302. Contrato o plazo inconcebible.

(1) Si el tribunal como cuestión de derecho encuentra al contrato o a alguna cláusula del contrato desmesurada en el momento de hacerse el tribunal puede negar la ejecución del contrato, o puede ejecutar el resto del contrato sin la cláusula inconsciente, o puede limitar la aplicación de cualquier cláusula inconsciente para evitar cualquier resultado inconcebible.

(2) Si a petición de parte o a juicio del tribunal resulta que el contrato o cláusula puede ser inconsciente, se concederá a las partes oportunidad razonable para presentar pruebas en cuanto a su entorno comercial, propósito y efecto para ayudar al tribunal a hacer la determinación”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> GUAL ACOSTA, José Manuel. *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución*. En: Revista IUSTA N° 30. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. Enero – junio de 2009. Pág. 16. El autor remite al lector para una mayor aproximación a la parte histórica a la siguiente fuente: BOURGEOIS, Danie. *Les clauses Abusives*. Ed. De Vecchi. París, 2002.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ-YONG, Camilo A. *Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense*. En: revista Vniversitas 122, 2011. pág. 526.

<sup>19</sup> CÁRDENAS Mejía, Juan Pablo. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*. En: Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana, Ed, Diké. Bogotá, 2009. Pág. 245.

<sup>20</sup> Traducción libre de los autores. Disponible en línea: <<http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-302>>. Citado el 18 de julio de 2012. El texto de la norma es el siguiente:

2-302. *Unconscionable contract or Term.*

(1) *If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

Se aclara que el término “*unconscionable*” usado para calificar los contratos o cláusulas en la norma puede traducirse como excesivo, inconcebible, desmesurado, inconsciente o inadmisibles. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia al interpretar la norma indicó que la expresión incluye las acepciones de inconsciente, en el sentido de no haber sido objeto de decisión consciente de una de las partes, y las demás en el sentido de que las estipulaciones del contrato son irracionalmente favorables a la otra<sup>21</sup>.

Dentro del control judicial de las cláusulas abusivas<sup>22</sup>, el juez norteamericano ha acudido a la teoría de “*unconscionability*” que tiene asidero en el abuso del derecho a contratar libremente, y la cual según la jurisprudencia si bien generalmente se aplica a relaciones de consumo y donde intervengan comerciantes, no se restringe solamente a ellas<sup>23</sup>.

Para que la cláusula sea abusiva o “*unconscionable*”, de acuerdo con las posibles traducciones dadas, esta debe ser procedimental y sustancialmente abusiva; en el primer caso, el juez analiza la formación de la cláusula para establecer si en su nacimiento o formación no existió una negociación y conforma a ello la parte afectada tuvo un efectivo poder de elección (*meaningful choice*) para aceptarla o rechazarla, y en el segundo caso, el juez analiza si la cláusula es muy desequilibrada a favor de una parte, agresiva o severa. La jurisprudencia ha enunciado algunos factores no exhaustivos que pueden tener en cuenta las cortes para determinar si una cláusula es abusiva: (1) que el contrato sea estándar o de adhesión, celebrado entre partes con poder de negociación inequitativo; (2) que las partes hayan tenido la oportunidad de leer y familiarizarse con el contrato antes de firmarlo; (3) que la cláusula se encuentre impresa en caracteres muy pequeños; (4) si es comercialmente razonable; (5) si es sustancialmente injusta; (6) la relación entre las partes y si la cláusula fue notificada o es sorpresiva; y (7), las circunstancias restantes alrededor de la formación del contrato, su tipología comercial, propósito y efectos<sup>24</sup>.

(2) *If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination.*

<sup>21</sup> FARNSWORTH, Allan. *Contracts*. 3a ed. Ed. Aspen Law, New York, 1998. Pág. 311. Citado por:

CÁRDENAS Mejía, Juan Pablo. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*. Op.cit. Pág. 245.

<sup>22</sup> El autor RODRÍGUEZ-YONG (op.cit) menciona sobre la definición de las cláusulas abusivas que la jurisprudencia se ha referido a ellas así: “*no man in his senses and not under delusion would make on the one hand and as no honest and fair man would accept on the other*”. *Pelfrey v. Pelfrey*. 487 S.E.2d 281, 284, Virginia Court of Appeals (1997). RODRÍGUEZ-YONG, op.cit., pág. 529, cita al margen n.º 34.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-YONG, op.cit., pág. 529.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ-YONG, op.cit., pág. 531.

La jurisprudencia norteamericana se ha basado en lo que se ha denominado la noción de expectativas razonables para el control de cláusulas abusivas<sup>25</sup>. Este sistema se caracteriza por que utiliza un criterio de obligatoriedad para que la parte adherente del contrato pueda conocer las condiciones del mismo y establecer si algunas estipulaciones contienen contenido abusivo. Si se presentan estas cláusulas, el Juez basándose en el contenido del Código Uniforme de Comercio y en la Jurisprudencia puede anular las cláusulas que considere sean abusivas dentro del contrato, conforme se estudió.

## Reino Unido

En el Reino Unido se expidieron varias normas de protección al consumidor conforme al auge mundial de la materia que inició desde la segunda mitad del siglo XX. Así, se expidieron el *Consumer Protection Act* de 1961, su modificación de 1971, el *Fair Trading Act* de 1973, y el *Unfair Contracts Terms Act* de 1977, que consolidó las normas de protección del consumidor<sup>26</sup>. La UCTA de 1977 es una ley que pone límites a las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad que se pacten respecto de incumplimientos contractuales, negligencia o infracción de deberes bajo las leyes inglesas, galesas e irlandesas, o respecto de la responsabilidad civil a la luz de la ley escocesa. La norma impide por ejemplo excluir o restringir la responsabilidad por negligencia en caso de muerte o lesiones personales, y también lo impide si no se cumple el requisito de la razonabilidad; prohíbe pactar en contra del consumidor el incumplimiento de obligaciones o lo relacionado con prestaciones sustanciales del contrato; imponer responsabilidad al consumidor respecto de otros por obligaciones de su contraparte, si no se cumple el requisito de la razonabilidad, entre otras<sup>27</sup>.

Más adelante se expidió el *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1994 para ajustar la normatividad del Reino Unido a la Directiva 13 de 1993 de la Comunidad Europea, presentando básicamente la misma redacción, directiva a la cual nos referiremos más adelante. La norma de 1994 se modificó con la expedición de otro instrumento de igual nombre expedido en 1999, el cual sigue la definición y efectos de las cláusulas abusivas que se presenta en la directiva europea mencionada, y se añade una lista indicativa pero no exhaustiva de cláusulas que pueden considerarse abusivas (lista gris)<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. *La Eficacia del Control de las Cláusulas Abusivas en el Derecho Chileno*. En: Revista Estudios Socio-jurídicos Vol. 6, número 002. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Pág. 133.

<sup>26</sup> GUAL ACOSTA, op.cit., pág. 16.

<sup>27</sup> La norma se puede encontrar en el enlace < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>>.

<sup>28</sup> La norma está disponible en línea en: < <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/contents/made>>

Como bien la UCTA de 1977 y la *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999 son normas con muchas diferencias por ser la una nacional y la otra corresponde a la regulación comunitaria de por sí extraña al *common law*, desde el año de 2005 se ha dado idea de una reforma legislativa que unifique y aclare la normatividad aplicable a las cláusulas abusivas<sup>29</sup>.

## 2.2.2. DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

En un primer estadio, la doctrina y jurisprudencia europea del siglo XX –en países como Alemania, Francia y España– acudieron al derecho común de los contratos para controlar las cláusulas abusivas. Apelando a instituciones como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres, los vicios del consentimiento, la teoría de la lesión y la regla *contra proferentem* o *interpretatio contra stipulatorem* de interpretación de la cláusula ambigua en contra de quien la redactó, se trató de controlar las cláusulas abusivas. Ejemplo de ello es la jurisprudencia alemana que se basó para el control en la buena fe objetiva plasmada en el § 242 del Código Civil alemán BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).<sup>30</sup>

La regulación más vanguardista de la época era la del Código Italiano de 1942, que en sus artículos 1341 y 1342<sup>31</sup> hacía necesario el conocimiento de la parte adherente de las condiciones generales para que fueran eficaces, pero que luego de cumplido ese requisito daba validez y eficacia al contrato de cláusulas predispuestas.

La teoría general del contrato o derecho común utilizado para controlar las cláusulas abusivas no era el mecanismo más eficaz para la protección del contratante adherente, pues el control era represivo y sólo después de adelantar un proceso judicial con todos los costos que eso conlleva cabía la posibilidad de restar eficacia a la cláusula vejatoria. Sumado a ello, no se podía evitar la inclusión o utilización de las cláusulas abusivas. Todo ello motivaría la expedición de una legislación especial sobre cláusulas abusivas y protección a los consumidores.

En un segundo estadio, en la década de 1970, se empezaron a expedir normas relacionadas con las cláusulas abusivas. Tal es el caso de la normatividad expedida en

<sup>29</sup> GUAL ACOSTA, op.cit., pág. 17.

<sup>30</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. *Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, 2005.

<sup>31</sup> Normas disponibles en línea en: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Lib4.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm)>. Citado el 23 de julio de 2012.

Suecia (1971), Dinamarca (1974), Alemania (1976), Reino Unido (1977), Francia y Finlandia (1978), Austria (1979) e Irlanda (1980)<sup>32</sup>. Expondremos brevemente una reseña de diferentes países europeos para luego tratar la Directiva Comunitaria 93/13/CEE vigente en Europa.

### 2.2.2.1. ALEMANIA

En Alemania se expide en 1976 la ley de Términos y Condiciones Generales –*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*– o AGB-Gesetz<sup>33</sup>, la cual contenía normas de fondo y procesales para el control de las cláusulas abusivas, en especial los § 9, 10 y 11. Por su importancia e influencia en las demás legislaciones nos referiremos brevemente a su contenido.

En su párrafo noveno el primer inciso sancionó de ineficacia de las condiciones generales predispuestas o estándar cuando eran contrarias a la buena fe y generaban desventajas irrazonables. El segundo inciso la norma aclaraba en dos numerales que la cláusula se podía calificar de desproporcionada cuando se apartaba de las directrices del tipo de contrato y cuando se desconocían derechos u obligaciones derivadas de la naturaleza del contrato, lo que iba en contra de su objeto. La referencia a la buena fe correspondió a una forma de seguir la jurisprudencia anterior sobre el control de las condiciones generales o predispuestas, como también los parámetros del inciso segundo eran principios reconocidos en la jurisprudencia anterior a la ley, los cuales se relacionaban con la prohibición para la modificación de la directriz del contrato evitando su derogatoria por disposiciones contractuales sin justificación suficiente, y entendiendo la existencia de desventajas irracionales cuando se limitan derechos y obligaciones esenciales que por ser naturales al contrato no permiten que se cumpla con su objeto<sup>34</sup>. Dicha norma sin embargo tenían un carácter residual respecto de los §§ 10 y 11.

En los dos siguientes párrafos, el 10 y el 11, se consignaron unos listados de cláusulas que se consideraban abusivas. En el primero, las cláusulas con opción de clasificación, o “grises” como las ha denominado la doctrina, eran conformadas por un listado cuya validez dependía de la apreciación del Juez sobre si eran irracionales o inapropiadas. Por su parte, las cláusulas mencionadas en el § 11 eran ineficaces sin lugar a interpretación. Se

---

<sup>32</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 393.

<sup>33</sup> Disponible en línea en <<http://dejure.org/gesetze/AGBG>>. Citado el 23 de julio de 2012.

<sup>34</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Págs. 394-397. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Justicia y abuso contractual*, op.cit., pág. 701. También se estudiaron las normas con ayuda del traductor de Google.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

encontraban prohibidas las consignadas en una lista “negra” que para todo caso y todo efecto eran ineficaces excluyendo por regla general la interpretación, pero que en algunos casos eran vagas o imprecisas por lo que el Juez debía apreciar si las características o presupuestos de esa cláusula prohibida se daban.

La sanción para este tipo de cláusulas era la nulidad parcial, conservando la existencia del contrato y entrando el juez a reconstruirlo con las normas de carácter suplementario. En caso de no poder llenar el vacío dejado por la cláusula nula, se podía acudir a la interpretación global del contrato, pudiendo suceder también que no quedara más opción que la nulidad total cuando una de las partes tuviera que incurrir en sacrificios en contra de la equidad.<sup>35</sup>

En general la norma también traía como reglas hermenéuticas la preferencia de las cláusulas negociadas respecto de las predisuestas y el principio *contra proferentem*, y como reglas procesales, una acción individual, la posibilidad de que las asociaciones de consumidores, agrupaciones profesionales y cámaras de comercio la iniciaran; la prohibición para el condenado de usar las cláusulas abusivas; publicidad de resoluciones para conocimiento público de los consumidores acerca de las empresas que utilizaban ese tipo de cláusulas; y también, podían los consumidores buscar la ineficacia de las cláusulas que en otro proceso ya se habían declarado abusivas. Se trataba de un caso de cosa juzgada, con efectos *erga omnes*<sup>36</sup>.

Esta norma, con sus características listas negra y gris, sirvió como modelo para diferentes legislaciones en el mundo, influyendo significativamente en la expedición de la Directiva 93/13/CEE.

La AGB-Gesetz Sufrió una modificación en el año 1996 para ajustarse a la Directiva 93/13/CEE y fue incorporada al BGB en el año 2001 dentro de la reforma al régimen de obligaciones vigente en el 2002<sup>37</sup>, con lo cual se unificó la legislación aplicable a las cláusulas abusivas en aras al cumplimiento de las disposiciones comunitarias, y a la claridad y unidad normativa.

---

<sup>35</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 396.

<sup>36</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 396.

<sup>37</sup> GUAL ACOSTA, op.cit. Pág. 17.

### 2.2.2.2. FRANCIA

Francia empezó a tratar este tema con una ley de sobre la venta a domicilio de 1972 para luego en 1978 expedir la “*loi Scrivener*” la cual garantiza la información suficiente a los consumidores de bienes y servicios y regula el tema de cláusulas abusivas creando un control administrativo previo según el cual podían ser prohibidas o reglamentadas por el Consejo de Estado previo concepto de una Comisión sobre cláusulas abusivas que hoy aún perdura<sup>38</sup>. En 1993 se expide el Código del Consumidor que en 1995 se adecuó a la Directiva 93/13/CEE, con la peculiaridad de que no se hizo referencia a la buena fe sino sólo al desequilibrio<sup>39</sup>, añadiéndose algunas modificaciones y adiciones en leyes posteriores como la de modernización de la economía de 2008<sup>40</sup>.

En general, hoy la regulación sobre cláusulas abusivas se encuentra en el Código del Consumidor (*code de la consommation*)<sup>41</sup>, en el cual se regula el tema de las condiciones generales de los contratos en el Título Tercero, dedicándose el segundo capítulo a las cláusulas abusivas.

En el artículo L132-1 se define a las cláusulas abusivas aludiendo a un desequilibrio significativo entre las partes del contrato, sin que se haga referencia a la buena fe<sup>42</sup>. En el inciso sexto, la norma expresa como sanción para las cláusulas abusivas que se considerarán como no escritas: “*Les clauses abusives sont réputées non écrites*”, conservando validez en lo posible el resto del contrato. Los listados de cláusulas abusivas se encuentran en los artículos R132-1, R132-2 y R132-2-1 que desarrollan el artículo L132-1 y fueron modificados por el Decreto 302 de 2009<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. *El Control de las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*. En: Revista de Investigación Jurídica. Perú. Pág. 15. STIGLITZ, Rubén S. Op.cit., pág. 45.

<sup>39</sup> CÁRDENAS MEJÍA, op.cit. Pág. 240.

<sup>40</sup> Disponible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte=&categorieLien=id>>

<sup>41</sup> Disponible en <<http://www.codes-et-lois.fr/code-de-la-consommation/>>. Citado el 23 de julio de 2012.

<sup>42</sup> Menciona en su primer inciso el artículo que “*sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*”. Norma disponible en línea en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000022441381&dateTexte=20120723>>. Citado el 23 de julio de 2012.

<sup>43</sup> Disponible en línea en:

<[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D11309EC2497D3DB0B8C1C150AA409EC.tpdjo07v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000020414100&dateTexte=20090320&categorieLien=cid#JORFTEXT000020414100](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D11309EC2497D3DB0B8C1C150AA409EC.tpdjo07v_1?cidTexte=JORFTEXT000020414100&dateTexte=20090320&categorieLien=cid#JORFTEXT000020414100)>. Citado el 23 de julio de 2012.

### 2.2.2.3. ESPAÑA

En España se expidió la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en 1984 que estableció un régimen de control para las cláusulas abusivas a favor de los consumidores en el marco de los contratos de adhesión, la cual se reformó en 1998 para ajustar la normatividad a la Directiva 93/13/CEE<sup>44</sup>.

Con el propósito de unificar y actualizar la legislación sobre cláusulas abusivas de 1984 e incluir las normas de transposición de la directiva comunitaria, la ley 44 de 2006 dio facultades al Gobierno en virtud de las cuales se expidió el Real Decreto Legislativo I de 2007<sup>45</sup>, en el cual se aprueban y refunden (compilan) la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En el Título II denominado “Condiciones generales y cláusulas abusivas” se encuentra un capítulo –el segundo– dedicado a las cláusulas abusivas. El artículo 82 expresa:

“ARTÍCULO 82 Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

<sup>44</sup> GUAL ACOSTA, op.cit. Pág. 18.

<sup>45</sup> Disponible en vLex en: <<http://vlex.com/vid/legislativo-refundido-consumidores-usuarios-74559972>>.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”

El artículo siguiente indica que “[l]as cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”, y añade que “[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil<sup>46</sup> y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos el Juez que declare la nulidad (...) integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (...). Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

Se observa que la sanción española es la nulidad de pleno derecho, y que el juez que la declare puede moderar derechos y obligaciones “ajustando la voluntad” para aminorar los posibles perjuicios para el consumidor, características muy diferentes a las de la legislación nacional. En Colombia la nulidad no se predica de pleno derecho dada la existencia de los efectos y plena validez y eficacia hasta la declaratoria judicial de nulidad, por lo que *in limine* no podríamos predicar nulidades sin necesidad de declaración del operador jurídico.

Por último, la ley trae en los artículos 85 a 90 un listado de cláusulas de configuración de lista negra, en el artículo 80 una serie de requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente.

### 2.2.2.4. OTROS PAÍSES

Luxemburgo creó en 1983 un litigio expedito ante jueces locales para dirimir conflictos relacionados con cláusulas abusivas. Bélgica hizo lo propio en 1991 con legislación que las regulaba, la cual adoptó a la Directiva 13/93 en 1998.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> El artículo reza: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

<sup>47</sup> En este punto seguimos el trabajo del autor GUAL ACOSTA, citado previamente.

Italia incorporó la Directiva en sus mismos términos a su Código Civil en los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies*, que luego se añadieron junto con las normas de protección relacionadas a la protección a los consumidores al Código de Consumo de 2005 en sus artículos 33 a 38.

El Código Civil holandés –*Burgerlijk Wetboek*– tuvo a la equidad como criterio para determinar las cláusulas abusivas, señalando cuando las condiciones generales serían anulables. En Portugal existe un decreto de 1998. También Bulgaria tiene regulación especial de acuerdo con la normativa comunitaria, y Rumania cuenta con un Código de Consumo de 2004 que reformó su legislación del año 2000.

#### 2.2.2.5. DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El 5 de abril de 1993 se expidió en la Comunidad Económica Europea la Directiva 93/13/CE<sup>48</sup> sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, la cual tiene como objeto aproximar las regulaciones de los Estados miembros en ese ámbito (art. 1).

La norma sólo ofrece protección a los consumidores, entendidos como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional (art.2, lit. c), dejando por fuera a los profesionales o empresarios. Antes de expedirse la Directiva se contempló incluir a los profesionales pero al final no ocurrió, lo que sí sucede en las legislaciones de Alemania, Reino Unido, Dinamarca y Portugal<sup>49</sup>. Y es que la Directiva sólo supone un control mínimo al que los Estados miembros pueden añadir una mayor protección (art. 8° de la Directiva), razón por la cual en mencionados países se consideró que era justificable proteger a los profesionales o empresarios por también poder ser objeto de cláusulas abusivas, lo cual compartimos, pues puede darse en razón al mayor poder de negociación o económico de una de las partes. En los demás países, como también en el caso colombiano, los empresarios no están cobijados por el consumidor, lo que obliga a acudir al derecho común. Sin embargo puede ser que con aplicación del derecho común sea posible controlar las cláusulas abusivas, por vía de la buena fe, el abuso del derecho, o inclusive, la aplicación de toda la normatividad relacionada con los consumidores en virtud de la analogía legal consagrada en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

---

<sup>48</sup> Disponible en: <<http://vlex.com/vid/clausulas-abusivas-contratos-consumidores-15452215>>. Citado el 24 de julio de 2012.

<sup>49</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 398.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

La característica de norma de aproximación de la Directiva permite que se presenten variaciones en la regulación de los Estados parte. Por ejemplo, respecto del concepto indica en su artículo tercero que las estipulaciones que “no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” siguiendo la influencia alemana haciendo referencia a un desequilibrio normativo y no económico<sup>50</sup>. La adopción por parte de los Estados miembros del concepto se hizo en forma variada, siendo que por ejemplo Italia recogió el concepto de forma literal, Francia excluyó la buena fe, Holanda se refiere al carácter anormalmente oneroso de la cláusula, Suecia lo relaciona con las buenas costumbres y un desequilibrio notable, y Portugal alude a la buena fe sin mencionar el desequilibrio, diferencias que sin embargo no tuvieron repercusiones prácticas<sup>51</sup>.

Respecto de la determinación, el artículo 4.1 determina que “el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

Además, la directiva trae anexo un listado indicativo pero no exhaustivo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, el cual ha sido transcrito por algunos Estados como una lista negra y por otros como sin sanción de plano, como por ejemplo los nórdicos, donde sólo aparece en la motivación de la ley<sup>52</sup>.

Pasando a la sanción, la Directiva en el apartado primero del artículo sexto señala:

“1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

Se observa que el objetivo es que las regulaciones de los Estados tornen ineficaz la cláusula abusiva de manera que no vincule al consumidor, y por otro lado, la búsqueda de la conservación del contrato en el caso de que el mismo sea viable sin las cláusulas

---

<sup>50</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *La Directiva comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas*. Madrid, Marcial Pons, 1998. Págs. 40 y 41.

<sup>51</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 399.

<sup>52</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 399.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

declaradas ineficaces. Los diferentes Estados miembros, en consecuencia han optado por diferentes sanciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto del artículo sexto apartado primero de la Directiva que acabamos de mencionar, ha considerado que *“debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”*, para sustentar más adelante que *“[e]l juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”*<sup>53</sup>.

Respecto de la ineficacia parcial o total del contrato donde está presente la cláusula, Tribunal en interpretación del mismo artículo indicó que *“debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, dicha Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor”*<sup>54</sup>.

### 2.2.2.6. PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Respecto de los Principios de los Contratos Mercantiles Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, dice HINESTROSA: *“es evidente que los principios de UNIDROIT tienen vocación de guía para la redacción de contratos, en la misma medida de su acierto al expresar con claridad, sencillez, neutralidad, una experiencia universal actual. También la tienen para servir de *naturalia negotia*, que suministren material para la integración del contenido de los contratos, sea*

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budaörsi Városi Bíróság, Hungría). Pannon GSM Zrt vs. Erzsébet Sustikné Gyórfi. Asunto C-243/08. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 180/19 del 01/08/2009. Disponible en vLex.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov — Eslovaquia). Jana Pereničová, Vladislav Perenič vs. SOS financ, spol. s r.o. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 133/7 del 5/5/2012. Disponible en vLex.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

por reenvío directo, sea porque adquiere la calidad de *lex mercatoria*, sea, en fin, porque se llegue a reconocer en ellos el dictado de la equidad”<sup>55</sup>.

Estos principios tienen como propósito establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; poder aplicarse cuando las partes indiquen que se rigen por la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o expresiones semejantes; aplicarse cuando no han definido derecho nacional aplicable; interpretar o complementar instrumentos internacionales o nacionales; y servir como modelo legislativo.<sup>56</sup>

El instrumento se menciona por contener principios relacionados con la utilización de las partes de “cláusulas estándar” en los artículos 2.1.20 a 2.1.22. Las cláusulas estándar se definen como “aquellas preparadas con antelación por alguna de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

El artículo 2.1.20 prohíbe la utilización de cláusulas sorprendidas indicando que una cláusula estándar “no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente”, e indica que para su determinación se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación. Se observa como acude a un concepto de razonabilidad de la cláusula dirigida al consentimiento, teniendo en cuenta factores como la complejidad del lenguaje y de qué manera y en qué instrumento se imponen, donde encontramos similitudes con la teoría del *common law* estudiada.

En el artículo 2.1.21 indica que en caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalece la última. El 2.1.22 da validez a los contratos en los cuales las partes tengan conflictos entre los formularios, dando por perfeccionado el contrato en el que haya acuerdo al margen de las cláusulas predispuestas que usen con base en lo acordado y las cláusulas estándar sustancialmente comunes.

### 2.2.3. ASIA Y ÁFRICA

En el lejano oriente, Japón ha regulado las cláusulas abusivas a pesar de no contar con una ley especial de protección al consumidor, pues dentro de su ordenamiento jurídico

---

<sup>55</sup> HINESTROSA, Fernando. *Los principios UNIDROIT: Una nueva lengua franca*. En: Principios sobre los contratos comerciales internacionales, publicación del Ministerio de Justicia de Colombia. Bogotá, Imprenta Nacional, 1997. Pág. 21.

<sup>56</sup> Cfr. Preámbulo del instrumento, disponible en línea en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2488/10.pdf> citado el 25 de julio de 2012.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

contiene leyes como una del año 2000 que introduce como sanción jurídica la nulidad para las cláusulas que se consideren abusivas. La Jurisprudencia de ese país ha reiterado que el deber de información a favor de los consumidores es obligatorio y su infracción genera responsabilidad extracontractual.

En el medio oriente se pueden encontrar tendencias que permiten que se apliquen soluciones de acuerdo con la legislación foránea que no contradigan el orden público o la Doctrina islámica de inspiración religiosa, siguiendo legislaciones como la francesa, y otras en las que el pensamiento radical sólo permite seguir la religión local. En países como Egipto y los Emiratos Árabes se consideran a estas cláusulas como nulas por contrariar la autonomía privada y libertad contractual, generando desequilibrios.

En oriente próximo el Líbano cuenta con un control legislativo a partir de la ley 659 de 2005 con base en la cual se anulan las cláusulas que se impongan a consumidores con un desequilibrio normativo, y se añade un listado enunciativo<sup>57</sup>.

Incluso en países como Sudáfrica tratan de darle una protección al consumidor frente a estas cláusulas. Por tal razón, se expidió la Ley de Protección al Consumidor (*Consumer Protection Act*, “CPA”), entrando en vigencia el 31 de marzo de 2011, que ha sido muy acogida por ser la primera normatividad de ese tipo.

### 2.2.4. AMÉRICA LATINA

#### 2.2.4.1. ARGENTINA

En Argentina el tema fue regulado desde la Ley 24.240 de 1993<sup>58</sup> de Defensa del Consumidor, reglamentada por su Decreto Reglamentario 1798 de 1994<sup>59</sup> y modificada en 2008 por la ley 26.361<sup>60</sup>, que amplió la protección.

Su artículo 37 regula las cláusulas abusivas, sin definir las, así:

---

<sup>57</sup> GUAL ACOSTA, José Manuel. Op.cit., pág. 20.

<sup>58</sup> Disponible en línea en <<http://vlex.com/vid/ley-defensa-consumidor-362649277>>. Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>59</sup> Disponible en línea en:

<[http://biblioteca.afip.gob.ar/gateway.dll/Normas/DecretosNacionales/dec\\_c\\_001798\\_1994\\_10\\_13.xml](http://biblioteca.afip.gob.ar/gateway.dll/Normas/DecretosNacionales/dec_c_001798_1994_10_13.xml)>.

Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>60</sup> Boletín Oficial de la República Argentina. Año CXVI, Núm. 31.378 del lunes 7 de abril de 2008. Disponible en línea en vLex.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

## “Artículo 37

Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor.

Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

Respecto de la sanción afirma Rubén Stiglitz que es la nulidad parcial o total, en los siguientes términos:

<<Argentina participa del criterio legal expuesto, dado que el efecto que sigue a la declaración de abusiva de una cláusula se halla constituido por la nulidad parcial del contrato, en razón que se la tiene por no convenida. Precisamente el artículo 37 de la Ley 24240 comienza por aquél: “Sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas...””.

(...) Cuando se halle cuestionada la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas precedentemente, el juez deberá realizar un test de confrontación entre las cláusulas cuya legitimidad se conteste y las normas constitucionales, legales y principios generales. Ello constituye un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por importar renuncia o restricción a sus derechos, por lo que requieren de una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto.

Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario” (art. 37 in fine). En cuanto a la posibilidad material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial el Código civil suministra una pauta (nulidad completa o parcial) pero no un criterio apto para ese propósito (art. 1039, Cód. Civil). Por lo que habrá que acudir a directivas de interpretación como la de (a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, (b) la de prevalencia del principio de

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

conservación del acto y su correlato el de la comunicabilidad de la nulidad y la (c) divisibilidad de la prestación. Cuando el negocio pueda subsistir –lógica y finalísticamente–, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado.>><sup>61</sup>

El Decreto Reglamentario de la ley sin embargo si trae una definición de cláusula abusiva, indicando en el artículo 37 que “[s]e consideran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

### 2.2.4.2. CHILE

En Chile antes de la expedición de la Ley 19.496 de 1997<sup>62</sup> sobre “protección de los derechos de los consumidores” solo era posible acudir a normas del derecho común como las de la formación del consentimiento, vicios de la voluntad, ejecución de buena fe y la interpretación en contra del redactor, pero los Tribunales sólo aplicaron esa normatividad en casos aislados y no controlaron las cláusulas abusivas, debido a la cercanía el método de la exégesis<sup>63</sup>.

Indicaba la ley 19.496 de 1997 en su artículo 16 lo siguiente:

“Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan;

b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean

<sup>61</sup> STIGLITZ, Rubén S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. Op.cit. Pág. 49-50.

<sup>62</sup> Disponible en internet en el enlace: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>>. Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>63</sup> Cfr. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial*. 7ª ed., Tomo III Vol. I, Ed. Jurídica de Chile. Chile, 2010. Pág. 45-47; PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 400.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;

c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;

d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y

f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.”

Se trató de un tipo de lista negra que tenía como sanción la nulidad, sistema que se criticó por no contener una cláusula general de buena fe que cubriera otras cláusulas dispersas, y además de ello en la práctica la jurisprudencia no controló las cláusulas abusivas, ni si quiera partiendo de la buena fe presente en el derecho común<sup>64</sup>.

Ya en 2004, con la expedición de la ley 19.955<sup>65</sup> se añadió un literal al precitado artículo 16 en el cual se seguía el modelo europeo, del siguiente tenor:

“g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

También añadió el artículo 16 A sobre la conservación del contrato, que reza:

“Artículo 16 A. Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.”

---

<sup>64</sup> PIZARRO WILSON, op.cit. Pág. 400.

<sup>65</sup> Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=227543>>. Citado el 26 de julio de 2012.

### 2.2.4.3. BRASIL

El legislador brasileño expidió el Código de Defensa del Consumidor<sup>66</sup> –Ley 8078 de 1990–, inspirado en la legislación europea que ha tenido su última modificación en 2009. Este código plasma en su artículo 51 una “lista negra” en la que indica cuáles cláusulas se consideran como abusivas y las sanciona con la nulidad de pleno derecho. La norma contiene también un régimen de protección general, presente en el apartado cuarto de la lista donde se hace mención al desequilibrio significativo, a la buena fe y a la equidad, y en el párrafo segundo del artículo en sus tres apartados<sup>67</sup>.

También de manera similar estipula que la nulidad recae sobre la cláusula o cláusulas que sean abusivas, mas no sobre el contrato, excepto cuando su ausencia, a pesar de los esfuerzos para integración, resulte onerosa para cualquiera de las partes.

La jurisprudencia del país ha aplicado la normatividad argumentando su preeminencia respecto de la autonomía de la voluntad y el principio de *pacta sunt servanda* (los acuerdos se hacen para cumplirse, el contrato es ley para las partes), en reiterada jurisprudencia como la que se cita:

“El principio de *pacta sunt servanda* no puede servir de escudo para la prevalencia de las estipulaciones leoninas, no habiendo razón para impedir que los tribunales declaren la ineficacia de las cláusulas abusivas, incluso para los contratos en que haya ocurrido novación o extinción, pues preceptúa el art. 367 del Código Civil de 2002 que no están sujetas a novación las obligaciones nulas o extintas.”<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Norma disponible en línea en <<http://www.derechodelturismo.net>> y en vLex.

<sup>67</sup> STIGLITZ, Rubén S. Op.cit, pág. 47.

<sup>68</sup> Recurso especial. Sentencia n.º 1114049/PE del Tribunal Superior de Justicia, Sala Cuarta, del 7 de Abril de 2011. Ponente: Luis Felipe Salomão. Banco BRADESCO S/A vs. INDÚSTRIAS COELHO S/A. Disponible en vLex en: <<http://vlex.com/vid/-277061663>>. Citado el 26 de julio de 2012. Traducción facilitada por el traductor de vLex y la traducción libre de los autores del texto original: “O princípio do pacta sunt servanda não pode servir de escudo a prevalência de estipulações leoninas, não sendo motivo a impedir que o Judiciário declare a ineficácia das cláusulas abusivas, mesmo para contratos em que tenha ocorrido a novação ou a quitasão, pois preceitua o art. 367 do Código Civil de 2002 que não são objeto de novação obrigações nulas ou extintas.”

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

### 2.2.4.4. VENEZUELA

En Venezuela el control y sanción de las cláusulas abusivas se encuentra presente desde la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995<sup>69</sup>, sistema que había optado por incluir una lista en el artículo 21 donde señala que “[n]o producirán efecto alguno” las estipulación que se describían como abusivas.

En el año 2004 se expidió la Ley n.º 37.930<sup>70</sup> que derogó la anterior, conservando el mismo nombre y que se encuentra vigente. En esta norma incluye en su artículo 15 una lista de cláusulas prohibidas para evitar abusos en contra de los consumidores y en el artículo 87 una lista negra de cláusulas abusivas a las que asigna como consecuencia jurídica la nulidad de pleno derecho.

Ha dicho la doctrina venezolana que la nulidad contenida en el artículo 125 será de todo el contrato si es contraria a las disposiciones del orden público o si es fundamental y afecta la razón de ser del contrato, y en caso contrario, sólo se considera nula la cláusula que sea abusiva manteniendo la validez del contrato con sus efectos jurídicos respectivos.<sup>71</sup>

### 2.2.4.5. PERÚ

El Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, adoptado por la Ley n.º 29571 de 2010, ha dado un concepto de cláusula abusiva en el artículo 49 aludiendo a la buena fe y a la condición de desventaja, desigualdad o anulación de derechos de los consumidores. El artículo 50 de esa ley estipula una lista negra a la cual le atribuye como sanción jurídica aplicable la “ineficacia absoluta”, y en el siguiente artículo se presenta otra lista sancionable de “ineficacia relativa” donde se debe observar el caso concreto, que podemos calificar como una lista gris.

---

<sup>69</sup> Disponible en: <<http://venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-de-proteccion-al-consumidor-y-al-usuario/gdoc/>>. Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>70</sup> Disponible en: <<http://www.automotriz.net/cms/extra/leyes/ley-de-proteccion-al-consumidor-y-al-usuario/>>. Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>71</sup> ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. *Cláusulas Abusivas*. MENDOZA, PALACIOS, ACEDO, BORJAS, PÁEZ PUMAR & CÍA. Venezuela. 2004. Pág. 9. Disponible en línea en: <[http://www.menpa.com/PDF/Clausulas\\_abusivas\\_CEAS\\_2004.pdf](http://www.menpa.com/PDF/Clausulas_abusivas_CEAS_2004.pdf)>. Citado el 26 de julio de 2012.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

Barturén Llanos<sup>72</sup> sostiene que el concepto contenido en el artículo 49.I de la Ley de Protección al Consumidor de ese país da pie para interpretar y afirmar que las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente no son abusivas, ya que el artículo citado señala que “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos*”, de manera que en consecuencia no serían vejatorias teniendo el proveedor la carga de la prueba de dicha situación. No obstante, lo anterior no significa que las cláusulas que hayan sido discutidas previamente por las partes, no serán reguladas por la normatividad de control de las cláusulas abusivas y sujetas a las sanciones pertinentes.

### 2.2.4.6. REPUBLICA DOMINICANA

En Republica Dominicana se expidieron varias leyes aisladas hasta llegar a las dos normas que en la actualidad permiten un control de las cláusulas abusivas. Una es la Ley n.º 183 del año 2001 que delega en su art. 51 la protección a los consumidores de servicios financieros a un organismo del ejecutivo, quien expidió la Décima Resolución del 19 de enero del 2006, donde se establecen criterios para determinar las cláusulas abusivas y se implementan servicios para recibir reclamaciones. La otra es la Ley n.º 358 del año 2005 o Ley General de Protección del Consumidor o Usuario, que busca proteger a los consumidores en las relaciones de consumo y tiene carácter de orden público y carácter supletorio. Mencionada norma trae consigo en el artículo 83 un listado indicativo de cláusulas y prácticas abusivas que se sancionan con nulidad y se dejan sin ningún efecto.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. *El Control de las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*. En: Revista de Investigación Jurídica. Perú. Pág. 13.

<sup>73</sup> MONQUETE PELLETIER, Luis A. *Contrato de adhesión y cláusulas abusivas*. Gaceta Judicial del 30 de julio de 2006, Republica Dominicana. Disponible en vLex a través del enlace: <<http://vlex.com/vid/contrato-360767174>>. Citado el 26 de julio de 2012.

### 2.2.4.7. MÉXICO

En el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor<sup>74</sup> define el contrato de adhesión e indica que no podrá imponer obligaciones abusivas a cargo de los consumidores, en los siguientes términos:

“Artículo 85. Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.” (Subrayado ajeno al texto original).

Con base en éste, la jurisprudencia mexicana ha declarado la nulidad de las cláusulas abusivas con base en el desequilibrio generado en contra del consumidor, como se ha manifestado en casos como en el que por su importancia se transcribe:

“Dada la naturaleza de los contratos de adhesión el estudio sobre la validez o nulidad de sus cláusulas en sede judicial debe tener presente que la falta de participación de quien adquiere un bien o servicio, no debe significarle la suscripción o aceptación de cláusulas abusivas que menoscaben sus derechos básicos como consumidor, consistentes en: el derecho a la información, a elegir, a no ser discriminado, a ser protegido, a la educación sobre los derechos de los consumidores y el consumo inteligente, a la seguridad, a la calidad y a la compensación. De modo que si por virtud de esas cláusulas establecidas unilateralmente, pese a las exigencias legales y derivadas de la buena fe, se causa un detrimento en esos derechos que origine un desequilibrio importante entre las partes para hacer efectivos sus derechos, entonces, debe declararse su nulidad, con las consecuencias que de ello se deriven y que sean competencia de la autoridad judicial.”<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Disponible en línea en: <<http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-de-proteccion-al-consumidor/capitulo-x/>>. Citado el 26 de julio de 2012.

<sup>75</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de México. Amparo directo 513/2010. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Disponible en vLex a través del siguiente enlace: <<http://vlex.com/vid/tribunales-colegiados-circuito-155-300839726>>. Citado el 26 de julio de 2012.

## 2.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

El tema objeto de estudio ha sido de reciente incorporación al derecho nacional, por medio de una regulación dispersa. Dado que no existía un concepto establecido normativamente de cláusulas abusivas, tuvieron Doctrina y Jurisprudencia que acudir a dicha institución basándose en el derecho comparado, con el fin de propender por el equilibrio contractual, más que todo a favor del adherente en el contrato de adhesión. Dicha carencia normativa, generó diversas confusiones en relación con el control judicial de este tipo de cláusulas, al punto de identificarlas equivocadamente con otras instituciones jurídicas<sup>76</sup>.

Recientemente en el derecho positivo se ha establecido un régimen general legislado aplicable a las cláusulas abusivas y al contrato de adhesión o con condiciones generales predispuestas. El legislador vio necesario expedir normatividad que regulara el tema referente al contrato celebrado por adhesión con condiciones ya establecidas y para las cláusulas abusivas por cuanto debe garantizar una protección mínima con respecto de la parte más débil y vulnerable dentro de esta clase de contrato para poder equilibrar las diferentes condiciones que se presentan dentro del mismo, ya sea tratándose de consumidores o de consumidores financieros. Además, la Ley parte del supuesto de que en la práctica en los contratos por adhesión existe una contingencia de desequilibrio y desigualdad que merece ser controlada y vigilada, como un desarrollo y aplicación de los principios del no abuso del derecho, la equidad y la buena fe.

Con base en un criterio cronológico se presenta una recapitulación de la evolución que ha tenido nuestro país, relativa a la protección contractual y las cláusulas abusivas.

### 2.3.1. DESARROLLO NORMATIVO

La legislación nacional ha presentado avances importantes en lo que a las cláusulas abusivas respecta, generando cambios que afectan múltiples áreas del derecho. A continuación se presentan con un criterio cronológico las diferentes normas jurídicas que se relacionan con el tema en Colombia.

---

<sup>76</sup> SUESCUN DE ROA, Felipe. *Control de las Cláusulas Abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*. Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado 41. Septiembre de 2009. Pág. 3.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

Es oportuno mencionar en primer lugar que algunos sectores de la doctrina y recientemente en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (cfr. [sentencia](#)) han tomado como fundamento para sancionar las cláusulas abusivas algunos artículos de la Constitución Política de 1991, tales como el 13 que consagra el derecho a la igualdad en los términos de que “[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, el 83 en el sentido de que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” el 333, en su parte relativa a que “[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y el 78 relativo a los consumidores, entre otros.

### 2.3.1.1. LEY 142 DE 1994 DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Como antecedentes a las normas sobre cláusulas abusivas tenemos al Decreto 3466 de 1982 y sus decretos reglamentarios, antiguo estatuto del consumidor, y el Decreto 1441 del mismo año relacionado con las ligas y asociaciones de consumidores, normas protectoras de los consumidores expedidas conforme a las facultades conferidas en la ley 73 de 1981 y con un espíritu acorde con los artículos 16 y 32 de la Constitución Nacional de 1886. Sin embargo, de acuerdo con la investigación llevada a cabo, se determinó que no fue sino hasta la expedición de la Ley 142 de 1994 que la ley nacional trató las cláusulas abusivas, plasmando una lista de casos en los que se presume el abuso de la posición dominante.

En su exposición de motivos<sup>77</sup>, la Ley incluye como primer objetivo prestar un servicio eficiente al usuario, para lo cual se utilizan como instrumentos, entre otros, la competencia entre los prestadores de servicios cuando la competencia sea naturalmente posible, y el control sobre quienes presten los servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante. En general, en la parte motiva del proyecto se hacen diversas menciones a evitar el aprovechamiento de la posición privilegiada a la que pueden aspirar o que pueden ostentar las empresas prestadoras de servicios públicos

---

<sup>77</sup> Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos de la ley 142 de 1994. Documento disponible en línea en el enlace <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23309>>. Citado el 01 de junio a las 8:17 am.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

domiciliarios, lo que se traduce en normas que buscan controlar y evitar dicha situación, plasmadas en varios artículos de la aludida norma (cfr. arts. 66 núm. 66.1-66.5, 3 núm. 3.5, 11 núm. 11.1-11.2-11.6, 22, 32,33, 48, 55, 72, 82, 84, 92 y 108.)

Siguiendo esa teleología, encontramos el artículo 133, el cual encabeza diciendo: “Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas”, a lo que sigue la lista que a continuación se transcribe:

**133.1.** Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

**133.2.** Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

**133.3.** Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

**133.4.** Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

**133.5.** Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

**133.6.** Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

**133.7.** Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

**133.8.** Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

**133.9.** Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

**133.10.** Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables compondores las controversias que surjan entre ellos;

**133.11.** Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

**133.12.** Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

**133.13.** Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

**133.14.** Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita,

b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

**133.15.** Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario;

**133.16.** Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

**133.17.** Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

**133.18.** Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

**133.19.** Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por mas <sic> de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

**133.20.** Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

**133.21.** Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

**133.22.** Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

**133.23.** Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

**133.24.** Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

**133.25.** Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

**133.26.** Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.”

Cabe resaltar que lo que plasma la Ley es la presunción del abuso de la posición de dominio, y no un desequilibrio de prestaciones o justicia contractual lo cual es icónico de las cláusulas abusivas, pero sí vemos como la lista es extensa y contiene muchos supuestos de lo que podría ser una cláusula abusiva. Creemos que en nuestra legislación, no sólo en esta sino en las posteriores, y además en la jurisprudencia y doctrina, hay una interrelación entre los conceptos de abuso del derecho, abuso de la posición dominante contractual y

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

en el mercado, buena fe y cláusulas abusivas, lo que puede llevar a confundir entre unas y otras, tema que se discutirá en los capítulos posteriores.

Valdría la pena preguntarse, además, qué tipo de presunción es la que se plantea en el inicio del artículo respecto de los 26 ejemplos. Para ello conviene tener en cuenta la parte siguiente del artículo, que es de este tenor:

“La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.”<sup>78</sup>

Se puede apreciar que la misma Ley indica que el intérprete, y más específicamente el operador jurídico que vaya a aplicar la norma, debe tener en cuenta si existe respecto de la cláusula en conflicto un equilibrio de prestaciones; esto es, que respecto de la cláusula identificable con uno de los 26 ejemplos exista alguna otra obligación de la empresa que mantenga el equilibrio contractual, por lo que se intuye, no debe ser cualquier obligación de las que ordinariamente tiene la empresa, sino que así como lo es la cláusula de la que se debía presumir posición dominante, su aporte debe traducirse en un beneficio igualmente importante para el usuario, hasta tal punto que pudiéramos pensar que analizada aisladamente constituiría una cláusula abusiva a favor del usuario.

Si se considera excesiva la postura anterior, aún así podría más sencillamente tenerse en cuenta que la norma no supone una clase de antijuridicidad inmediata a partir de una tipicidad, concluyendo que la presunción a que hace referencia no es de derecho, pues si admite pruebas en contrario.

Como corolario de lo anterior, podemos decir también que en contra de lo que varios sectores de la doctrina mencionan, no se trataría entonces de un sistema de lista negra de cláusulas abusivas, sino más bien de una lista gris. Recuérdese que las listas negras excluyen en el análisis del intérprete para asignar una sanción de ineficacia de manera directa, las grises parten de una presunción que se puede desvirtuar, y las blancas dependen únicamente del análisis individual del intérprete.

Para finalizar es oportuno tener en cuenta el inciso siguiente al mencionado, que dice que “[s]i se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción”, lo cual guarda

---

<sup>78</sup> Ley 142 de 1994, de Servicios Públicos Domiciliarios. Artículo 133. Primer inciso luego de los 26 numerales.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

coherencia con la búsqueda de la conservación del negocio jurídico que inspiró instituciones como la nulidad parcial del Código de Comercio, y está presente en diferentes regulaciones sobre cláusulas abusivas. Sin embargo, admite crítica en el sentido de que si la parte sancionada con alguna ineficacia era esencial o determinante en el tipo de contrato dicho negocio estaría llamado a dejar de existir en su totalidad, circunstancia que debió tenerse en cuenta.

Del precitado inciso puede inferirse que la sanción que recibirían las cláusulas en los contratos de servicios públicos domiciliarios identificables con alguno de los ejemplos es la de la nulidad parcial.

### 2.3.1.2. DECRETO LEY 663 DE 1993. ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su momento podía fundamentar la sanción de ineficacia para cláusulas abusivas en el contrato de seguro, de acuerdo con los artículos que se mencionan en las líneas siguientes.

El artículo 184 relacionado con el régimen de pólizas de seguro y tarifas, en su segundo numeral y literal a), establece que “[S]u contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva”.

En concordancia con el artículo citado, las pólizas de seguro debían cumplir con lo regulado en el numeral 4.1 del artículo 98 del mismo cuerpo normativo. Ese artículo contempla las reglas generales y encabeza el capítulo XIV del decreto, titulado “*reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor*”, y el numeral fue modificado por la Ley 795 de 2003, la cual introdujo ajustes al estatuto e introdujo importantes instituciones como la Defensoría del Cliente, cual es hoy la Defensoría del Consumidor Financiero regulada en la ley 1328. El mencionado artículo 98 en su numeral 4.1 establecía:

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

Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante". (El subrayado es nuestro).

Así, las estipulaciones de la póliza de seguro que mancillaran el equilibrio contractual o dieran lugar a abuso de la posición dominante de la aseguradora (similar a lo regulado en la Ley 142 de 1994), podían ser declaradas ineficaces por los operadores jurídicos. Sin embargo esta interpretación no tuvo mucha acogida mientras la norma estuvo vigente, pues no se registran aplicaciones en ese sentido, de acuerdo con el alcance de la investigación que se realizó para este trabajo. Y es que del artículo 184 queda la duda del sentido de la palabra ineficacia, pues no es claro si se expresa en el sentido de considerarla como ineficacia de pleno derecho (así lo creemos nosotros), o como género de diferentes especies como lo pueden ser la nulidad absoluta, la relativa, la parcial, la inoponibilidad o la inexistencia.

La sanción jurídica no es clara y es posible que por esa razón no se aplicara la normatividad. Pudo haberse acudido a un tipo de redacción como la del artículo 1162 del C. de Co. que hace inmodificables una serie de normas y otras solo modificables a favor del tomador, asegurado o beneficiario, caso en el que la consecuencia es la nulidad absoluta por objeto ilícito, en caso de que esa fuera la sanción deseada, o simplemente haberse consignado la ineficacia de pleno derecho como consecuencia.

El numeral 4.1 fue derogado a partir del primero de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia de la ley 1328 en la cual se dispuso dicha derogatoria.

### 2.3.1.3. LEY 1328 DE 2009

La Ley 1328 de 2009 trajo al ordenamiento jurídico colombiano varias disposiciones relacionadas con el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores, siendo la implementación de un régimen de protección al consumidor financiero el primer tema que se presenta en la Ley.

Del artículo primero hasta el 22 se consagran normas relativas al régimen de protección al consumidor financiero, aclarando que este es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. En ese sentido debemos considerar consumidor financiero a quien se relaciona contractual, precontractual o legalmente con las entidades vigiladas, las cuales incluyen establecimientos de crédito, compañías aseguradoras, administradoras de fondos de pensiones, entre otras.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

Respecto de las razones que llevaron al establecimiento de un régimen de protección para tan especiales consumidores es pertinente transcribir un pequeño aparte de la exposición de motivos<sup>79</sup> de la Ley 1328, la cual menciona en la parte relacionada con dicho régimen:

*“La consagración de un régimen especial dentro de proyecto de reforma financiera, obedece al propósito claro de consolidar la protección al consumidor financiero, entendiendo toda persona natural o jurídica que accede a cualquiera de los productos y servicios ofrecidos por las instituciones vigiladas por la superintendencia financiera.*

*Ahora, no es el primer conjunto normativo que se adopta sobre la materia. Desde los desarrollos iniciales de la regulación financiera se ha considerado que es justificable una protección especial a este tipo de consumidor, dado el hecho de que la actividad financiera es una actividad de interés público, el que existe un criterio evidente de necesidad por cuanto, por regla general, la población requiere acceder a un producto o servicio financiero con el ánimo de alcanzar un bienestar económico y que existe una relación contractual generalmente asimétrica.*

*La relación que se crea entre las dos partes en la instrumentación de un servicio financiero es, por principio, asimétrica por cuanto una de las partes, la institución financiera, conoce en mejor forma el mercado, los riesgos y el régimen jurídico de la operación. Adicionalmente en su condición de proveedor de servicios en forma masiva, la institución financiera establece sus relaciones jurídicas a través de esquemas contractuales previamente elaborados, no sujetos a discusión o modificación. Generalmente el cliente solo puede aceptar el producto o servicio en los términos o condiciones en que es ofrecido o rechazarlo.*

*El régimen propuesto se basa en tres pilares esenciales: El suministro de información, que debe ser entendido como el primer nivel de una verdadera protección, ya que propicia la adecuada selección y manejo de servicios financieros. La debida diligencia en la prestación de servicios y la consolidación de la defensoría del cliente como institución orientada a la protección del consumidor financiero.*

*El proyecto de reforma establece cinco capítulos básicos:*

---

<sup>79</sup> Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XVII n.º 138. Proyecto de Ley Número 282 de 2008 Cámara, “por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. Exposición de Motivos. I, Del Régimen de Protección al Consumidor Financiero. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2008. Pág. 14 y ss.

El lector puede hallar las gacetas del congreso entrando a la dirección <http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.portals>, entrando al enlace “histórico gacetas” y consignando el número y año de la gaceta que desea consultar.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

1. Aspectos generales
2. Derechos y obligaciones
3. Las obligaciones especiales de las entidades vigiladas
4. El sistema de atención al consumidor financiero SAC
5. La defensoría del cliente”. (...)

Más adelante, refiriéndose al capítulo de las obligaciones especiales de las entidades vigiladas, menciona:

*“como tercer componente el régimen de protección al consumidor dispuesto por el proyecto de reforma financiera, debemos mencionar la consagración de una serie de obligaciones especiales que deben observar las entidades vigiladas por la superintendencia financiera y que atienden a la especial posición contractual que ejercen estas en el curso de sus actividades con los consumidores.*

*Entre las más importantes obligaciones podemos citar: Entregar el producto o prestar el servicio debidamente; suministrar información y/o publicidad transparente, idónea, veraz, de claridad, oportuna y verificable; contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC); abstenerse de incurrir en conductas que conlleven a posibles abusos contractuales o de convenir cláusulas exorbitantes que por su carácter puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de la posición dominante contractual; abstenerse de hacer cobros no pactados expresamente o no informados previamente al cliente; dar constancia del estado y/o condiciones específicas de los productos a una fecha determinada y atender y dar respuesta a las solicitudes, quejas o reclamos”.* (Subrayado fuera de texto).

Obsérvese la similitud de la parte subrayada con la redacción del artículo 98 numeral 4.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estudiada. No cabe duda que lo plasmado en la Ley 1328 se inspiró en la Ley 795 de 2003 y supone una evolución en lo que a protección contractual del consumidor respecto de las cláusulas abusivas se refiere.

Ya entrando a analizar el contenido de la Ley, en primera medida se plasman una serie de principios orientadores que deben regir las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas. Más adelante podemos encontrar un catálogo de derechos de los consumidores financieros y de obligaciones para las entidades vigiladas, entre las cuales se estipuló que las entidades vigiladas deben evitar cometer conductas que impliquen abusos contractuales o de la posición dominante contractual, como también deben evitar pactar cláusulas que afecten el equilibrio del contrato (Art. 7, lit. e). Luego se observan las normas relativas al Sistema de Información al Consumidor Financiero y normas relativas a la información al consumidor.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

En los artículos 11 y 12 es donde se encuentra el contenido más importante para efectos del presente escrito. Allí se prohíbe la incorporación de cláusulas abusivas y se califican como abusivas ciertas conductas de las entidades vigiladas, así:

**“CAPITULO V.****Cláusulas y prácticas abusivas.**

**Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos.** Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

**Artículo 12. Prácticas abusivas.** Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

- a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.
- b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.
- c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.
- d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

PARÁGRAFO. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley.”<sup>80</sup>

En este orden de ideas, es importante resaltar el impacto que ha causado la entrada en vigencia de la Ley 1328 de 2009 en la actividad financiera y bursátil, en especial en el tema de las cláusulas abusivas, estableciendo un marco normativo de protección al consumidor que busca un equilibrio justo y cargas equitativas entre los diferentes sujetos que hacen parte de la relación contractual financiera. De igual forma es importante resaltar la labor del legislador en incorporar un mecanismo de defensa en favor del consumidor financiero, y un marco normativo de derechos y obligaciones que deben respetar las partes involucradas en la relación contractual.

En lo tocante a la sanción para las cláusulas abusivas, la norma no nos da muchas luces al respecto, pues al sólo mencionar en el parágrafo del artículo 11 que “[c]ualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero” no queda claro de que sanción jurídica se trata.

Por otro lado, cabe destacar que en principio la prohibición se refiere a la inclusión de esas estipulaciones sólo en los contratos de adhesión, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que los contratos que utilizan las entidades vigiladas (establecimientos de crédito, aseguradoras, compañías de financiamiento, etc.) por lo general son de contenido predispuesto y por adhesión, pero al tratar de aplicar esta norma por analogía o de manera directa a casos en los que el contrato no sea de adhesión, cabe la interpretación de que este artículo no lo cobijaría.

Ya para terminar con el contenido relevante de la Ley, subsiguientemente se plasman normas relativas a la Defensoría del Consumidor financiero, cual es una institución protectora de los consumidores financieros, que ejerce con independencia y de forma autónoma respecto, entre otras funciones, las de atender gratuitamente las quejas que los consumidores financieros les presenten, ser voceros de los mismos ante las entidades vigiladas y actuar como conciliador entre unos y otras, en asuntos de su competencia. Cada entidad vigilada debe contar con un defensor y este debe estar registrado en la superintendencia, y a su vez, un defensor puede serlo respecto de varias entidades vigiladas simultáneamente. Es importante mencionar que las funciones del Defensor del Consumidor Financiero fueron reglamentadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2281 de 2010, recogido por el Decreto 2555 del mismo año.

---

<sup>80</sup> Ley 1328 de 2009. Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009 Arts. 11 y 12.

### 2.3.1.4. CIRCULAR EXTERNA 039 DE 2011 EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Dentro de los ejemplos de cláusulas y prácticas abusivas, los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 contemplaron en la parte final que también harían parte de la lista las estipulaciones o prácticas que definiera de manera previa –principio de legalidad– la Superintendencia Financiera de Colombia. De acuerdo con esa autorización legal, la superintendencia adicionó el numeral llamado “cláusulas y prácticas abusivas” a la Circular Básica Jurídica, donde se añaden algunos ejemplos a las listas presentes en la Ley 1328. La portada de la circular refiere:

“En dicho numeral se consagran prácticas abusivas adicionales a las previstas en la citada Ley 1328. De igual manera, se establecen las cláusulas que de acuerdo con la ley se consideran abusivas, señalando para mayor ilustración y claridad algunos ejemplos de las mismas, razón por la cual los eventos citados son de carácter ilustrativo y no comprenden todos los casos que pueden presentarse en la dinámica contractual.”

Y más adelante, agrega:

“De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, las estipulaciones contractuales que contravengan lo previsto en la ley y en la presente circular, se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero.”

Respecto de la sanción nada nuevo se dice, pero si vale la pena decir que la arquitectura de los ejemplos en la Circular Externa 039 tiene una apariencia de lista negra, pues a pesar de que en el texto de la circular se dice que se trata de una lista de ejemplos, al momento de enlistarlos encabeza diciendo: “*Salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas*”.

Los efectos se tratarán en los capítulos subsiguientes de este trabajo. Se transcriben por su importancia los ejemplos de la lista, excluyéndose lo relacionado con prácticas abusivas por no hacer parte del presente estudio:

#### “10.1. Cláusulas abusivas

*Salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas:*

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

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) *Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas, tales como:*

- *Las que imponen al consumidor financiero asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por éstos o por un tercero.*
- *Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.*
- *Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada, cuando el perjuicio a que haya lugar sea consecuencia del mal uso de la misma por parte de la entidad vigilada.*
- *Las que expresen que la entidad no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada.*
- *Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la entidad vigilada en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa.*
- *Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones.*
- *Las que establecen que la entidad no será responsable por los daños o perjuicios derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de sus respectivas páginas de internet, ni de las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la web.*
- *Las que disponen que la entidad vigilada no garantiza que su sitio web ni que el acceso a este sea libre de errores, o que el servicio o el servidor estén libres de virus u otros agentes nocivos, programas fraudulentos que de cualquier manera puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información.*
- *Las que establecen que la entidad vigilada no responderá por la exactitud, veracidad, oportunidad e integridad de la información contenida en sus respectivos sitios web.*
- *Las que eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas por el desembolso de depósitos a terceros no autorizados o por el pago de cheques falsos.*
- *Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada.*

b) *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, tales como:*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

- *Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.*
- *Las que autorizan a los intermediarios de valores la realización de operaciones sin que medie una instrucción previa y expresa de los consumidores financieros, cuando esta se requiera.*
- *Las que señalan un plazo determinado para que el consumidor financiero se pronuncie respecto del contenido de los extractos, y si este no lo objetare, se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas para modificar unilateralmente las condiciones de uso de las tarjetas de crédito: inviertan el tipo o modalidad de consumo, cambien el plazo establecido por el cliente o la tasa de interés pactada.*
- *Las que autorizan a la entidad vigilada a disminuir el monto de las líneas de crédito, sin que exista un análisis previo de riesgos ni se informe de manera previa y expresa al consumidor financiero.*

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

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) *Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:*

- *Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.*
- *Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.*
- *Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento en las obligaciones por parte de la entidad vigilada.*
- *Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquéllos establecidos en la ley.*

b) *Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:*

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- *Las que impongan directa o indirectamente al consumidor financiero la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue.*
- *Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.*

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

- *Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.*

### 10.2. Otras cláusulas abusivas

a) *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.*

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- *Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas para cobrar a sus deudores por recibir el pago de sus créditos.*
- *Las que disponen que las entidades vigiladas podrán realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a realizar dicha labor.*
- *Las que establecen que el hecho de que la cuenta de cobro no le haya sido enviada al consumidor financiero, no lo releva de efectuar el pago en la oportunidad convenida, salvo que se trate de créditos respecto de los cuales el monto y la fecha se hubiere determinado de manera previa y expresa con exactitud.”*

Finalmente, la circular instó a los Defensores del Consumidor Financiero para que en un término de cuatro meses y en desarrollo de su función de vocería hicieran un reporte de las cláusulas y prácticas abusivas identificadas dirigido a las entidades vigiladas respecto de las cuales están nombrados. Se observa que los fines de la circular y la medida son plausibles, pues van en procura de la disminución y abolición de las prácticas y cláusulas abusivas, esto con el control de la Defensoría del Consumidor Financiero, y esperamos que se cumplan en beneficio de todos los que accedemos a los servicios financieros.

### 2.3.1.5. LEY 1480 DE 2011

La Ley 1480 de 2011 correspondió a una actualización del estatuto del consumidor expedido en 1982, tiene como objetivo unificar la legislación relacionada con la protección de los consumidores.

Entre los aspectos objeto de regulación, esta norma se propuso “regular los derechos y las obligaciones surgidas en el territorio colombiano con ocasión de los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, la responsabilidad por producto defectuoso y el funcionamiento de las

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*organizaciones de consumidores. Lo anterior implica que sus normas son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía”<sup>81</sup>.*

Con la expedición de esta normatividad, por primera vez se trata de garantizar a los diferentes consumidores protección en los contratos de adhesión y respecto de las cláusulas abusivas que se pacten dentro de los mismos. El capítulo II, artículo 37 de la citada Ley, se regulan las condiciones negociables generales y de los contratos de adhesión. Básicamente se hace referencia a que dentro del contrato, las condiciones que van a ser negociadas deben cumplir con unos requisitos mínimos que cita la Ley tales como: “1. *informar ampliamente, anticipadamente y suficientemente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano. 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. 3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, en los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías*”. Finalmente, se señala una sanción de ineficacia cuando las condiciones generales de los contratos de adhesión no reúnan los anteriores requisitos, estatuyendo que las mismas se tendrán por no escritas.

Siguiendo con el estudio de la Ley, su artículo 38 estipula que se consideran cláusulas prohibidas las que en los contratos de adhesión permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones. Más adelante, en el capítulo III titulado cláusulas abusivas, el artículo 42 establece por primera vez dentro de la legislación Colombiana una definición para estas cláusulas, la cual reza de la siguiente manera: “*Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza*”. El siguiente párrafo del mismo artículo establece una prohibición la cual consiste en lo siguiente: “*Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho*”.

---

<sup>81</sup> Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XIX n.º 626. Proyecto de Ley Número 089 de 2010 Cámara, “*por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones*”. Exposición de Motivos. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2010.

El lector puede hallar las gacetas del congreso entrando a la dirección <http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.portals>, entrando al enlace “histórico gacetas” y consignando el número y año de la gaceta que desea consultar.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

Es decir, teniendo en cuenta el anterior concepto, por primera vez se incluye dentro del derecho positivo nacional una definición de lo que puede ser o llegar a constituir una cláusula abusiva y da la posibilidad al consumidor para que puede discutir dentro del contrato de adhesión cuando se encuentra frente a una de ellas y poder tener un discernimiento para reflexionar sobre si sus derechos se encuentran afectados o si se encuentra bajo una circunstancia de desigualdad frente a la otra parte. Orienta al consumidor para que pueda tener una luz frente a alguna situación de desconocimiento o de inferioridad respecto del negocio jurídico que está llevando a cabo.

La actuación del legislador colombiano no se quedó en una simple definición, pues el artículo 43 de la Ley, establece en cuales casos se estaría constituyendo cláusulas abusivas y señala una lista de ellas las cuales tienen como consecuencia jurídica su ineficacia. Dicha lista se enumera a continuación, entendiéndose como ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- “1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. 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;*
- 8. 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;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*11. 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;*

*12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*

*13. 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.*

*14. 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”.*

El artículo 44 establece los alcances y efectos de la nulidad o de la ineficacia que conllevaría una cláusula abusiva señalando que el contrato puede subsistir a pesar de que una cláusula sea declarada nula o ineficaz sin que afecte el resto del contrato. Es decir, solo se invalidará aquella estipulación que sea nula o ineficaz pero el resto del contrato mantendrá su validez y su existencia, acotando que la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente. Tal como se plasmó en la ley 142 de 1994, es otra expresión de la voluntad de conservación del negocio jurídico por parte del legislador.

Sobre la sanción no queda suficiente claridad, pues la misma norma en un artículo establece que la sanción es la ineficacia de pleno derecho, y en el siguiente indica los “efectos de la nulidad o ineficacia”.

Ahora, observemos como este Estatuto tiene aplicabilidad frente al Contrato de Seguro. Este contrato cumple con las características de la contratación en masa. El nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), regula las relaciones, derechos y obligaciones que surjan entre los consumidores y los productores y/o proveedores de los bienes y servicios que ofrecen, así como la responsabilidad de estos últimos. Por ello el contrato de seguro implica un formato ya predispuesto, con condiciones que la aseguradora ya estableció previamente y que únicamente para su celebración requiere que el tomador, beneficiario manifieste su voluntad aceptando o no las condiciones allí plasmadas, sin darle oportunidad de discutir y restándole la libertad contractual, por regla general. Es preciso aclarar que a pesar de lo anterior, no quiere decir que siempre las condiciones ya preestablecidas den lugar a cláusulas abusivas o que pongan en situación desfavorable al tomador, beneficiario porque el principio de buena fe sigue operando en esta clase de

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

contratos y suponen responsabilidad para la aseguradora de elaborar condiciones que se ajusten a éste principio y que precisamente el objeto de la mencionada Ley es regular, sancionar y castigar cuando estemos frente a cláusulas abusivas.

La misma Ley en su artículo 37 señala expresamente cuáles son las condiciones generales negociables en los contratos por adhesión y las señala indicando que al adherente se le debe informar “suficiente, anticipada y expresamente” sobre la existencia, efectos y alcances de esas condiciones generales aclarando que el idioma a usar será el castellano. Más adelante en el mismo articulado manifiesta que esas condiciones deben ser “concretas, claras y completas”, así como también incluyó que en los contratos escritos, como el de seguro, su contenido debe ser legible a simple vista y sin espacios en blanco. Se refiere al contrato de seguro al imponerle la obligación a la aseguradora de entregar anticipadamente el clausulado al tomador, explicándole su contenido así como las exclusiones y las garantías del mismo. Finalmente trae una consecuencia jurídica a esas condiciones que no cumplan con esos requisitos y será su ineficacia.

Podemos concluir que el espíritu de éste nuevo Estatuto se encamina a proteger al consumidor, para nuestro caso, el tomador, beneficiario o asegurado, de los abusos que llegare a ser víctima en la celebración del contrato de seguro y como puede hacer garantizar sus derechos. En el capítulo tercero se tratará el tema de la regulación aplicable al contrato de seguro en lo tocante a la sanción para las cláusulas abusivas.

### 2.3.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

También con un criterio cronológico analizamos en las siguientes líneas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se relaciona con el tema de las cláusulas abusivas.

#### 2.3.2.1. SENTENCIA DE FEBRERO DE 2001.

En sentencia del 02 de febrero de 2001<sup>82</sup>, la Corte Suprema de Justicia trató el tema de las cláusulas abusivas en relación al contrato de seguro, teniendo en cuenta que es la primera vez que el alto tribunal tocaba el tema, pues en pronunciamientos anteriores hubo varias referencias al principio de buena fe y al abuso del derecho, pero no a las

---

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 02 de febrero de 2001. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 5670.

cláusulas abusivas de manera directa. Conviene referirnos a algunos puntos indicados por esta providencia.

## Resumen fáctico y pronunciamientos previos

La aludida Sentencia decidió respecto del recurso de casación interpuesto por Seguros del Caribe S.A. llamada en garantía en el proceso ordinario iniciado por Inversiones Velar Ltda. en contra de NALDECON Ltda., para que se declarara la existencia de un contrato de suministro de unos materiales de construcción que debía entregar la demandada, que el precio del contrato fue pagado mediante una dación en pago de inmuebles simulada a través de compraventa, que se resolviera el contrato por haber incumplido la demandada con la entrega de los materiales y que la demandada pagara el precio pagado en virtud del contrato indexado más intereses de mora desde su exigibilidad. Ambas partes llamaron en garantía a la aseguradora para que en virtud de la póliza de cumplimiento existente indemnizara hasta el valor asegurado más intereses de mora a la sociedad demandante por el incumplimiento de la demandada en la entrega de los materiales de construcción.

El fallador de primera instancia declaró la existencia del contrato de suministro, reconoció que el precio se pagó mediante dación en pago de inmuebles así se expresara compraventa, y declaró el incumplimiento de la sociedad demandada junto con la resolución del contrato de suministro. Todos esos puntos hicieron tránsito a cosa juzgada desde ese momento por no haberse recurrido. En consecuencia, el *a quo* condenó a la parte demandada y a su vez declaró la responsabilidad de la aseguradora por el incumplimiento del contrato de seguro contraído a la póliza de cumplimiento, ordenándole pagar el valor del precio del contrato más intereses de mora, condenando a su vez en costas; éstos últimos puntos apelados por Seguros del Caribe S.A. El tribunal decidió el recurso confirmando la sentencia del juzgado.

## Demanda de casación

Se presentaron dos cargos en contra de la sentencia del tribunal: El primero buscando que se condenara a la empresa demandada a restituir los bienes dados en pago en vez de cancelar la suma correspondiente al precio del contrato, pues como bien se había declarado la resolución del contrato de suministro, la condición resolutoria cumplida hacía que se debiera restituirse lo recibido bajo tal condición, teniendo como consecuencia que tampoco se deberían intereses de mora porque los bienes se restituirían valorizados.

El segundo cargo se sustentó por el recurrente indicando tres aspectos: que el tribunal no tuvo en cuenta la cláusula de la póliza de seguro de cumplimiento según la cual *‘la compañía otorga el presente seguro bajo la garantía otorgada por el tomador de que durante su*

*vigencia, no se introducirán modificaciones al contrato afianzado por la presente póliza, sin el consentimiento expreso de la compañía. En caso contrario el seguro terminará automáticamente desde el momento en que se haya introducido la modificación*’, siendo que se reconoció que las partes modificaron el contrato con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, lo que daría por terminado el contrato de seguro imposibilitando la condena (i); que como bien el valor asegurado corresponde a los perjuicios derivados incumplimiento de la totalidad del contrato, y dichos perjuicios no se encontraban probados en el proceso, no podía existir condena alguna por capital o intereses (ii); y por último, que en la póliza también se estableció que el pago de la indemnización se haría luego de la ejecutoria del fallo que declare el incumplimiento y la entrega de comunicación escrita a la aseguradora con copia de dicho fallo, lo que deja sin sustento la condena en cuanto a intereses de mora se refiere (iii).

### Consideraciones de la Corte en el caso

La Corte en la sentencia que resolvió el recurso de casación indicó que no se encontraban demostrados los cargos relacionados con que los perjuicios no se encontraban probados y que debió condenarse ordenando la devolución de los inmuebles dados en pago en vez del dinero, pues no se cuestionaron los fundamentos del *a quem* para determinar el daño, quien se basó en el incumplimiento de prestaciones mutuas y recíprocas con la desmejora patrimonial que ello acarrea, y la determinación de que se condenó en dinero como restitución del equivalente de los bienes entregados como precio del suministro. Lo anterior en razón a que no se cuestionaban directamente los fundamentos del fallo para determinar los perjuicios.

Siguió el alto tribunal indicando que las partes no modificaron la estructura esencial del contrato, por lo que no se consideraba terminado el contrato de seguro de acuerdo con la cláusula que impedía modificaciones. Lo anterior lo sustentó indicando que por la dación en pago no se puede afirmar que se sustituyó la obligación originaria por una nueva, pues los actos ulteriores no pueden hacer mutar las obligaciones que les sirven de presupuesto. La dación en pago para el alto tribunal no es asimilable a una novación, pues haría falta el ánimo de novar, y además el propósito de las partes era extinguir una obligación y no crear otra. La dación en pago es un mecanismo autónomo e independiente de extinguir las obligaciones, donde la cosa entregada se mira como equivalente a la debida, punto de acuerdo de la Corte con el tribunal.

En gracia de discusión, la sentencia plantea que aunque se aceptara que la dación en pago modificó el contrato de seguro, no se fundamenta el cargo porque la limitación de no modificar el contrato se circunscribe sólo a la obligación del afianzado, en este caso la de suministrar materiales de construcción; debe interpretarse así, ya que la cláusula busca

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

que no se cambie la obligación que incumplida debe cumplir la aseguradora, y no se altere el riesgo. Así, estuvo de acuerdo con el tribunal en que no se dio por terminado el contrato de seguro por no haberse modificado el sustrato tipológico del mismo.

Respecto de lo relacionado con la falta de sustento en los intereses por no existir mora, en razón a la cláusula que obligaba al beneficiario a aportar una copia auténtica del fallo que declarara el incumplimiento, la cual reza que el pago de la indemnización “*se hará después de la ejecutoria del fallo judicial, administrativo, laudo arbitral, a elección del BENEFICIARIO, que declare el incumplimiento y al recibir LA COMPAÑÍA la comunicación escrita del BENEFICIARIO en que exija el pago, acompañada de una copia auténtica del respectivo fallo*”, la Corte manifestó que el tribunal sí tuvo en cuenta la cláusula, pero estimó que el siniestro debía pagarse luego de presentarse la reclamación y no hasta el fallo. La sala estimó que de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio al asegurado o al beneficiario les es viable acreditar la ocurrencia del siniestro de forma tanto judicial como extrajudicial, y no es posible establecer una restricción probatoria ya que el artículo 1162 establece que el 1080 solo se puede modificar a favor de beneficiario, tomador o asegurado. En punto a esta cláusula que la Corte llama restrictiva es que entra a tratar el tema de las cláusulas abusivas.

### Mención a las cláusulas abusivas en la providencia

Se hizo alusión a que la legislación comparada y la doctrina universal han delimitado el contenido los negocios jurídicos celebrados mediante la adhesión a condiciones generales para excluir las cláusulas abusivas, mencionando avances de diferentes legislaciones en el mundo. Dichas cláusulas se caracterizan en esas regulaciones porque su negociación no ha sido individual, lesionan requerimientos de la buena fe de manera objetiva (buena fe probidad o lealtad) y que generan un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones que contraen las partes.

La cláusula en discusión ponía en cabeza del asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica, afectando el equilibrio de las prestaciones del contrato al hacer más gravosa su condición al momento de requerir al asegurador para que pague la respectiva indemnización, respecto de la acreditación del siniestro. A las voces del fallo, la limitación probatoria genera una inequitativa dilación en el cumplimiento de las obligaciones del asegurador, desnaturalizando la teleología del contrato de seguro, pues ocurrido el siniestro debería seguir el cumplimiento de la obligación condicional de la compañía aseguradora.

Lo abusivo de la cláusula se acentúa por el hecho de hacer parte de las condiciones generales del contrato, disposiciones a las que sólo es posible adherirse sin controvertirlas por ser prediseñadas por la aseguradora y por regla general no ser negociadas

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

individualmente. Sin embargo aclaró que las cláusulas abusivas pueden estar presentes en cualquier contrato así no se trate de uno por adhesión.

Según la Corte, al momento de romper el equilibrio contractual se utiliza inapropiadamente el contrato de adhesión, se abusa del derecho y de la posición dominante, y se viola el principio de la buena fe pretiriendo los derechos de los consumidores mencionados en la constitución. Lo anterior lo confirman al mencionar que por eso la doctrina ha incluido las cláusulas de limitación de los medios de prueba o modificación de la carga de la prueba establecida en la Ley como abusivas, y por eso la Sala estimó que no sólo no era de recibo esa cláusula por la preceptiva legal, sino además por los mandatos constitucionales de no abusar de los derechos, no abusar de la posición dominante, y velar por los derechos de los consumidores.

Se reconoció que en la formación de un contrato pueden darse conductas abusivas cuando por ejemplo una parte cuenta con poder de negociación superior por su posición dominante en el mercado, y además por su posterior control al momento de la ejecución, caso en el cual se abusa de esa posición afectando el equilibrio económico del contrato.

Por los anteriores argumentos se estimó que el tribunal había acertado al no considerar necesaria para acreditar el siniestro una prueba tarifada en el contrato desconociendo la libertad probatoria reconocida en la Ley (art. 1080 C. de Co.), la cual sólo puede modificarse en manera favorable (art. 1162 ibíd.).

### Decisión

La Corte no casó la sentencia del tribunal por considerar que la dación en pago no modificó el contrato de suministro, y porque al apreciar lo relacionado con perjuicios y la acreditación extrajudicial del siniestro se aplicaron las normas de forma correcta, por las razones ya resumidas con base en las cuales se desestimaron los cargos.

#### 2.3.2.2. SENTENCIA DE DICIEMBRE DE 2002

Posteriormente, en pronunciamiento del año 2002<sup>83</sup> la Corte hace mención sobre aquellos casos en que es permitido por el legislador pactar cláusulas que limiten la responsabilidad, sin recaer en conductas abusivas por parte de quien tiene la posición dominante en el

---

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6462. Bogotá, 13 de diciembre de 2002.

contrato, por lo que es importante mencionar los hechos y consideraciones de la corte en este antecedente jurisprudencial.

## Hechos y decisiones de primer y segundo grado

El tema a discutir en la sentencia de casación, versa sobre la solicitud de rescisión de contrato de arrendamiento, y subsidiariamente, la terminación del negocio jurídico celebrado entre los actores INVERSIONES FRANCESITAS como demandante en contra de LEASING BOLIVAR en calidad de demandado. Los hechos que originaron la demanda recaen en la imposibilidad de hacer uso de la maquinaria objeto del negocio por su mal estado, originando pérdidas permanentes, cuya acumulación llevaron a la arrendataria al cierre definitivo de la empresa.

Dados a conocer los hechos a la parte demandada sobre las inconsistencias y defectos de la maquinaria para la producción de papa a la francesa, la sociedad proveedora se comprometió a solucionar los defectos advertidos por la demandante, como consta en una acta de recibo de la maquinaria con los defectos ya corregidos.

En fallo de primera instancia de fecha 29 de enero de 1996, en la que se acogieron las excepciones propuestas se negaron las súplicas de la demanda y se condenó a la demandante a pagar las costas del proceso. Inconforme la parte actora con esta decisión, interpuso el recurso de apelación que fue resuelto por el tribunal superior de Cali mediante sentencia del 25 de octubre de 1996 que confirmó la de primer grado.

Una vez revelados los argumentos sobre la naturaleza del negocio y la calidad de las partes, el tribunal en uso de sus facultades conferidas por la Ley, expuso los motivos por los cuales decidió confirmar el fallo de primera instancia.

Luego de efectuar un análisis en torno al contrato de leasing, para concluir que se trataba de un negocio jurídico atípico que tenía elementos propios de los contratos de arrendamiento y de opción, precisó el sentenciador de segundo grado que si bien era de naturaleza mercantil por la calidad de una de las partes y porque se trataba de una operación de adquisición de bienes a título oneroso con destino a arrendarlos, todo lo relacionado con su formación se gobernaba por las normas del Código Civil, dada la autorización conferida por el artículo 822 del Código de Comercio.

Claramente no hay que confundir las cláusulas de exoneración de responsabilidad con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y por otra parte, la convención o estipulación en virtud de la cual una de las partes se descarga válidamente de una obligación que no es esencia del contrato “en primer caso, anotó, la parte no se libera de cumplir la obligación, pero en caso de incumplimiento por culpa leve o levísima, no

responde por la indemnización a que hubiere lugar. En segunda hipótesis, la parte no contrae la obligación y por consiguiente no se puede hablar de responsabilidad”.

Por tanto, como en el contrato de arrendamiento financiero se acordó que Leasing Bolívar S.A. “no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del equipo arrendado ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, ni por el cumplimiento de los requisitos legales para su importación, cuando ésta se requiera”, agregándose que “[c]ualquier reclamo por falta o deficiencia en el equipo deberá ser presentada por LA ARRENDATARIA al PROVEEDOR”, de ello se desprende que la entidad arrendadora no contrajo ninguna clase de obligación respecto a las reparaciones necesarias que en el desarrollo del contrato se pudieran presentar, como tampoco frente a las locativas, exonerándose también de las responsabilidades que se generaren en los vicios redhibitorios de los bienes arrendados, por lo que las pretensiones no podían ser acogidas.

## Demanda de casación

En la demanda de casación el recurrente fundamenta su petición en el error del tribunal al aplicar normas del código civil a un contrato de naturaleza atípica que impide la estipulación de cláusulas de exoneración de responsabilidad, tal como sucede en un contrato civil. Posteriormente el demandante agrega que al ser un contrato bilateral celebrado entre el arrendatario y la compañía de leasing, no es posible entablar alguna acción jurídica contra el proveedor con quien no se tiene ningún vínculo jurídico, razón por la cual el sentenciador se extralimita en su decisión.

## Consideraciones de la Corte

Una vez presentados los hechos y resueltos por las instancias pertinentes, le corresponde a la Corte resolver el conflicto sobre los hechos puestos a su conocimiento en la demanda, por lo que procede a hacer una breve descripción del contrato de leasing y la diferencias que existen entre ese contrato y los de arrendamiento y de mutuo, señalando:

“Así, aunque el leasing y el arrendamiento son contratos en virtud de los cuales se entrega la tenencia, el precio que se paga por ella en el primero responde a criterios económicos que, en parte, difieren de los que determinan el monto de la renta (p. ej.: la amortización de la inversión y los rendimientos del capital), sin que tampoco sea propio del contrato de locación, como sí lo es del leasing, la existencia de una opción de compra a favor del tomador, quien, además –ello es medular en la esfera reservada a la causa negocial-, acude a éste último negocio como una legítima alternativa de financiación, a diferencia de lo que acontece en el arrendamiento, en el que milenariamente la causa del contrato para el arrendatario, estriba en el disfrute de la cosa. De igual forma, si bien es cierto que en el

leasing, el usuario tiene la lícita opción de hacerse a la propiedad de la cosa (*posterius*), es enteramente posible que no lo haga y que, por tanto, al vencimiento del contrato restituya la cosa a la compañía, circunstancia que impide su generalizada asimilación a la compraventa –sobre todo *a priori*–, la que además, tiene confesada vocación de “transferir” el dominio, no así el leasing que, en línea de principio, únicamente permite obtener la tenencia, como se acotó (negocio tenencial). En este mismo sentido, no puede afirmarse que el leasing se asimila o se traduce en un mutuo, como quiera que ni es contrato traslativo del dominio, mucho menos de naturaleza real, ni tampoco recae sobre bienes fungibles (Cfme: cas. civ. de 22 de marzo de 2000; exp: 5335).”

En este orden de ideas, en atención a lo antes expuesto, es preciso señalar los casos en los cuales se suelen encontrar cláusulas de exclusión de responsabilidad por un daño o defectos de calidad del producto, sin incurrir en una práctica abusiva de quien ejerce la posición dominante en el contrato. En tal virtud no se puede afirmar que la exclusión de responsabilidad por parte de la compañía de leasing conllevaría a un desequilibrio contractual frente al arrendatario, pues este puede exigir la reparación del daño al proveedor. En este punto es que la decisión hace mención a las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

### Mención a las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad

La Corte reconoce que si bien el contrato de leasing es por regla general un negocio jurídico por adhesión a condiciones generales, no por ese solo hecho la cláusula de exclusión de responsabilidad por defectos de calidad y vicios redhibitorios es abusiva, y recuerda las características de esas cláusulas que se reseñaron en la providencia de 2001 antes referenciada. No por ser un contrato predispuesto, el cual es válido, la cláusula es inválida; para ello es necesario quebrantar el equilibrio del negocio.

La exclusión de responsabilidad, de acuerdo con la Sala, no traduce un desequilibrio en el contrato, pues no genera ventajas significativas sobre el consumidor sin contrapartida o reciprocidad de intereses.

Resaltó la Corte que la Ley nacional permite establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad, siempre y cuando se ajusten al orden público y las buenas costumbres, que podrán modificar el giro ordinario de la responsabilidad contractual, con la salvedad de que se excluye lo relacionado con conductas dolosas:

“Conviene brevemente resaltar, por su significación, que las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad no siempre se encuentran prohibidas por el legislador, concretamente el colombiano. Por el contrario, son varios los eventos en que, *ministerio*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*legis*, expresamente se posibilitan, como en el caso del saneamiento por evicción (art. 1909 C.C.); del saneamiento por vicios redhibitorios (art. 1916 ib.); de la obligación del arrendador de hacer reparaciones necesarias en la cosa arrendada (art. 1985 ib.) o de la acción de saneamiento en el contrato de arrendamiento (art. 1992 ib.), entre otras hipótesis que siguen el trazado que pincela el artículo 1604 del Código Civil, norma según la cual, las reglas sobre responsabilidad del deudor que en él se establecen, tienen carácter supletivo, pues obran “sin embargo...de las estipulaciones expresas de las partes.”

Para que una cláusula que limita la responsabilidad se pueda enmarcar en un contrato de adhesión, es fundamental que el actuar de quien la establece sea dentro de los parámetros de buena fe negocial exenta de culpa, que no exista dolo al momento de incluirla en las condiciones generales a adherir, y que el fin perseguido no sea el de beneficiarse desequilibrando las prestaciones contractuales de manera injustificada, y no la de abusar e imponer unilateralmente cláusulas que atenten contra los intereses económicos de los usuarios o consumidores.

Los apartes referenciados se reiteraron en jurisprudencia posterior de la Sala Civil del mismo alto tribunal (cfr. sentencia del 04 de agosto de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. No. 11001-3103-009-2000-09578-01; sentencia del 6 de julio de 2007, MP Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. No. 11001-31-03-037-1998-00058-01; sentencia de 7 de junio de 2007, MP Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. No. 761112213000 2007 00053- 01.)<sup>84</sup>

## Decisión

Para finalizar la Corte decide no casar la sentencia proferida por el tribunal SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI fundamentado su decisión en los siguientes argumentos:

“En efecto, si a la señalada tipología de leasing, resulta connatural la exclusión de responsabilidad de la entidad financiera, por el riesgo técnico de la cosa, no es posible que el usuario demande la rescisión o la terminación del contrato, so capa de que “el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada” (art. 1990 C.C.), como tampoco reclamar la reparación de los daños causados por los vicios redhibitorios de la misma (art. 1991 ib.), pretensiones que, así formuladas, resultan extrañas a un acuerdo negocial en el que el bien y el proveedor, fueron seleccionados exclusivamente por el usuario, cumpliendo la compañía de leasing, una simple función de intermediación *–lato sensu–*, que posibilitó la canalización indirecta de recursos que le permitieran a aquel, procurarse el uso y goce del equipo.

---

<sup>84</sup> Jurisprudencia consultada a través del motor de búsqueda de la página web de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, disponible en línea a través del enlace <<http://190.24.134.69/busquedadoc/>>.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

Por supuesto que la existencia de una cláusula que, por razones de transparencia negocial, haga explícita dicha exoneración de la responsabilidad de la sociedad de leasing, no traduce, necesariamente, un quebrantamiento de los artículos 15, 16 y 1604 del Código Civil, no solo porque, tratándose de un contrato atípico, es indispensable respetar su propia arquitectura jurídica, dibujada principalmente por el entramado de sus cláusulas, antes que por las reglas comunes a todo tipo de contratos, sino también porque, con abstracción de los eventos en que existe dolo por parte de la entidad financiera –que no es este el caso litigado–, nada obsta para que las partes, válidamente, hagan manifiestas aquellas condiciones contractuales que son inmanentes al negocio jurídico que celebran”.

### 2.3.2.3. SENTENCIA DE DICIEMBRE DE 2011

La providencia<sup>85</sup> se ocupa de resolver el recurso de casación interpuesto por la parte accionante conformada por JORGE SAFFÓN SALAZAR, NORA LUCÍA SANÍN POSADA y la CONSTRUCTORA SAFINSA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN, en contra de la decisión del 9 de febrero de 2010 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso en el que obró como demandado BANCAFE S.A., antes CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA.

En esta Providencia el alto Tribunal se pronuncia respecto del tema de las cláusulas abusivas y cómo una Entidad financiera puede ejercer una posición dominante para incluirlas dentro de los contratos, aunque aclara que no siempre hace uso de esta posición porque iría en contravía del principio de buena fe contemplado en el artículo 871 del Código de Comercio. También hace alusión al nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), el cual para el momento del fallo aún no se encontraba en vigencia, por lo que hizo énfasis en cómo el Juez antes de la vigencia de esta Ley debía interpretar las cláusulas abusivas y sancionarlas frente a como ya el Legislador lo había contemplado y plasmado con la expedición de la mencionada Ley.

### Antecedentes

La Sociedad demandante celebró un contrato de mutuo con interés con la Entidad Financiera accionada y regido por las condiciones establecidas en las comunicaciones 122430 de 30 de septiembre de 1992 y 022379 de 12 de agosto de 1994, por la suma de \$1.500'000.000, suma desembolsada entre el 1 de abril de 1993 y 26 de julio de 1995, con

---

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Ref. C-1100131030142001-01489-01.

la suscripción simultánea de 16 pagarés firmados por los demandantes previa la constitución de una hipoteca.

### Primera instancia

En primera instancia, la parte accionante solicitó como pretensión que se declarara que la demandada liquidó y cobró sumas de dinero excesivas y que no estaban contempladas en el contrato de mutuo, puesto que asumía pagos a capital e intereses sobre rubros no autorizados (papelería, avalúos, visitas de obra, estudio de títulos, timbres, seguros e intereses). Por consiguiente no hubo una contabilidad real de lo que correspondía a capital e intereses y además cobró ilegítimamente intereses sobre intereses. Como consecuencia de lo anterior se solicitó que se ordenara a la accionada que devolviera el exceso pagado calculado en \$1.247'000.000, con intereses liquidados desde la fecha del cobro indebido, además de los perjuicios materiales y morales causados.

El argumento sostenido por los demandantes se fundamenta en que la Entidad Financiera ejerció una posición de dominio al exigir firmar los pagarés en blanco y sin una carta de instrucciones permitiéndole liquidar excesivamente tasas de interés de plazo del 18% y del 20% trimestre anticipado, superando una tasa efectiva anual del 50%, toda vez que al pactarse el pago en unidades de poder adquisitivo constante, la corrección monetaria de éstas eran reputadas por la Ley como intereses. También dicho Banco aplicó pagos de intereses a rubros no autorizados y solicitó sumas de dinero no autorizadas en los contratos. Sostuvieron que hubo abuso de buena fe por parte de la accionada por cuanto los aportes que se hicieron los destinaban a un abono global y de cuentas que no fueron pactadas en el contrato de mutuo creando así una incertidumbre respecto del pago de la obligación derivada del mismo, y además, cobrando sumas indebidas.

El Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, quien conoció del caso, mediante Sentencia del 9 de septiembre de 2005 falló a favor del demandante reconociendo que hubo aplicaciones indebidas por parte de la demandada, e igualmente reconoció el cobro de sumas de dinero en exceso. Por consiguiente, ordenó a la accionada a pagar \$597'523.382.06, más intereses, los cuales ascendían a la cantidad de \$492'364.153.90.

### Segunda instancia

La Entidad accionada interpuso recurso de apelación ante la decisión del Juzgado, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior argumentando lo que se resume en las líneas siguientes.

El crédito que se giró es comercial, por lo que no se podía liquidar aplicando los precedentes de inexequibilidad del UPAC porque solo se aplica para los créditos de

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

vivienda. Se pronunció frente al probable abuso de la posición dominante y argumentó que no hubo tal porque no existía algún medio que permitiera establecer que se obligó a la otra parte a firmar los pagarés en blanco, y además porque las condiciones para conceder los créditos no las estableció la accionada sino las respectivas autoridades en materia monetaria, crediticia y cambiaria.

El fallador de segunda instancia determinó que los accionantes sí conocían la forma como se llevaría a cabo cada pago porque en los pagarés suscritos de la escritura de hipoteca y de las cartas de aprobación de crédito se menciona que los deudores pagarían los gastos, expensas, tasas e impuestos. También señaló que respecto a la omisión de contabilizar algunos abonos realizados por los demandantes, concluyó que estos no lo habían demostrado y que al contrario se verificó que la demandada recibió sumas por \$2'787.400.080 y los accionantes solo probaron abonos por \$2'072.189.278. Así mismo se refirió a la liquidación y cobro de intereses sobre intereses indicando que esos hechos no fueron acreditados ni probados. Señaló respecto del pagaré No. 36504-13 que del desembolso del mismo se descontaron réditos vencidos por lo que la entidad demandada incurrió en un cobro de lo no debido lo cual sí daba lugar a una restitución a favor de los demandantes.

Finalmente el Juez de segundo grado concluyó que debían prosperar las excepciones propuestas por la demandada revocando entonces el fallo de primera instancia y declaró fundamentados los medios de defensa nominados como *“inaplicabilidad de los fallos de la Corte Constitucional a los contratos objeto de este proceso”*, *“plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados por la demandante”*, *“estricto cobro de Concasa (Bancafé) de acuerdo con los términos de los contratos de mutuo, del contrato de hipoteca y de los acuerdos de cupo de crédito”* e *“imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados por los deudores demandantes, a las obligaciones a su cargo”*. De otra parte declaró que la parte pasiva realizó un cobro de lo no debido en cuantías de \$500.000 y \$20'394.706, sumas que actualizadas para el 30 de octubre de 2009, arrojaban un total de \$103'392.399,86, valor que debía indexarse en el equivalente del UVR's junto con intereses de mora, lo cual arrojó una cifra actualizada de \$351'875.431.16. Finalmente, el Tribunal negó las demás pretensiones de la demanda.

## Recurso de casación y consideraciones de la Corte

Ambas partes interpusieron recurso de casación al fallo del *ad quem* por considerar inconsistencias sustanciales y de hecho que los afectaban.

## Parte accionada

En resumen, la accionada interpuso cargos, los cuales hacen referencia a aspectos meramente procesales y que corresponden a asuntos tales como que el Tribunal debió pronunciarse en no haber hecho más gravosa la situación de la demandada, haber tenido en cuenta otros elementos probatorios que hubieran influenciado en un fallo más favorable hacia la misma y en general en aspectos que buscaban desvirtuar las actuaciones del Tribunal, pero que finalmente la Corte no le halló razón alguna a los cargos alegados salvo en el quinto el cual lo aprobó de manera parcialmente, pero para nuestro tema de estudio no nos detendremos a analizar cargo por cargo ni lo referente a estos aspectos puesto que no tratan el tema de cláusulas abusivas ni nos aportan nada relevante respecto a este tema.

## Parte accionante

Los accionantes propusieron dos cargos. Es en este punto del fallo donde la Corte se refiere a las cláusulas abusivas.

En el primero argumentaron que si bien es cierto que hubo acuerdo de voluntades en relación a que los rubros que hacen parte del desarrollo del contrato de mutuo no serían abonados a intereses al momento de cancelarse el crédito, y estarían a cargo de los demandantes, el *ad quem* desconoció los artículos 1168 del Código Civil y 68 de la Ley 45 de 1990, normas que son de orden público y que no se pueden modificar por el convenio de las partes, las cuales indican que se consideran intereses los dineros abonados por el deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, al margen que se justifiquen por honorarios, comisiones u otros conceptos semejantes, y de igual manera los pagos que realice el deudor por los servicios relacionados directamente con el crédito, en exceso de las sumas señaladas en el reglamento. Por lo tanto el Tribunal no tuvo en cuenta esta normatividad y sus alcances, y por el contrario, aplicó una norma de menor jerarquía como lo es el Decreto 721 de 1987.

## Mención a las cláusulas abusivas

La Corte Suprema de Justicia frente al cargo mencionado se pronunció diciendo que los contratos de mutuo que se celebran con los bancos no están sujetos completamente a la autonomía de la voluntad de las partes porque la Ley ha establecido ciertos límites, ya que el deudor se considera la parte más vulnerable y no se pueden dejar al arbitrio de su acreedor las condiciones del contrato. Sostuvo que las Entidades Financieras ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con sus usuarios y por lo tanto pueden imponer el contenido del contrato y determinar la administración y

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

ejecución del mismo, y todo ello en razón a que constituyen un servicio que es demandado por la población y por ello requiere de trámites y modelos ya predefinidos y que sean ágiles, acordes con las necesidades y el dinamismo que se desarrolla en la sociedad. Ahora bien, no se puede declarar que el banco ejerza su posición dominante respecto del contrato de mutuo porque pondría en juego la reputación del mismo y la confianza que su usuario deposite en ella, y si así lo hiciera estaría violando el principio de buena fe contemplado en el artículo 871 del Código de Comercio. Por lo tanto la norma impone a quien ejerza la posición de dominio en determinado negocio jurídico, con características de adhesión o estandarizado, que no abuse de la misma, y como consecuencia evitar y abstenerse de introducir cláusulas abusivas porque con ello adquiere cierta ventaja sobre la parte adherente dejándola en condiciones desfavorables.

La Corte se refirió respecto de lo que significa una cláusula abusiva indicando que podría acudir al llamado “sistema de lista negra” contemplado en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 y en la Ley 1480 de 2011, la cual hoy en día ya se encuentra en vigencia. El artículo 42 de esta última indica que se consideran cláusulas abusivas a aquellas conductas que causen un desequilibrio injustificado en contra del consumidor. El Juez de Casación argumentó que antes de esta Ley nuestro ordenamiento jurídico carecía de una regulación que trate estas cláusulas para el contrato de adhesión por lo que el Juez que se encuentre frente a una cláusula de este tipo debe resolver aplicando la teoría general, la cual prohíbe la estipulación de estas, lo cual se fundamenta además de acuerdo con la restricción que implícitamente se desprende del mencionado artículo 871 del Código de Comercio, aplicando como sanción la invalidez de la cláusula o las cláusulas que incurran en ello. El Juez puede realizar esta intervención e interpretación en el contrato, en virtud del mandato constitucional (artículo 13) que lo obliga no solo a proteger a quienes se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta en relaciones contractuales sino también a sancionar los abusos contra los mismos. Es decir, interpreta las condiciones generales del contrato a favor del adherente.

Ya vigente la Ley 1480 de 2011 que constituye el nuevo Estatuto del Consumidor, el artículo 34 trae expresamente lo anterior señalando que las cláusulas del contrato se interpretan a favor del adherente y en caso de duda prevalecen las cláusulas que le sean más favorables. La razón de esta norma es que la actividad financiera constituye el desarrollo de la economía por lo que sus actividades suponen responsabilidades y constituyen interés público lo cual hace necesaria el control e intervención por parte del Estado.

## Decisión respecto al cargo

En base a lo anterior, la Corte manifestó que el cargo prosperaba parcialmente porque en los pagarés se estipuló que los gastos, expensas, tasas e impuestos que se ocasionaren por su legalización serían a cargo de los demandantes. Además, en la escritura de hipoteca se percató que el crédito se desembolsaría mediante entregas parciales, a medida que avance la construcción previas visitas del perito a solicitud de los interesados quienes debían cubrir los gastos que se presentaren. También porque en la escritura de hipoteca se plasmó que cualquier pago que se hiciera a la deuda, el banco imputaría su valor primero a los gastos generales que haya tenido que hacer en razón del presente contrato, a los relacionados en los literales a) y b) del artículo 8 del Decreto 721 de 1987, luego a las primas de seguro o su reembolso, luego a las sobretasas, intereses moratorios, intereses corrientes y por último al capital.

En consecuencia la accionada había ajustado su conducta de acuerdo con los términos del contrato de mutuo y de hipoteca así como a los acuerdos de cupo de crédito, sin incurrir en abuso de posición dominante ni estipulando cláusulas abusivas, pero en el plano jurídico violó la Ley sustancial respecto al cobro del rubro de papelería, porque se trataba de un cobro prohibido. Ahora bien, respecto del rubro de avalúos los debían asumir los accionantes no solo porque así se hubiera pactado sino porque también son cargas que jurídicamente debían llevar.

El segundo cargo propuesto por los demandantes se basó en que el Juez de segunda instancia incurrió en errores de hecho probatorios porque no analizó y tuvo en cuenta que el banco no contabilizó pagos efectuados a pesar de haberlos recibido.

Frente a este cargo la Corte se pronunció diciendo que ese tema se había discutido desde la misma demanda y que el Tribunal no incurrió en ningún error porque tuvo en cuenta el análisis de esos abonos, a pesar de que declaró fundada la excepción “*imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados por los deudores demandantes, a las obligaciones a su cargo*”. El Tribunal llegó a esta conclusión porque tuvo en cuenta los documentos de pago así como el histórico del crédito aportado por la demandada y que los mismos recurrentes estuvieron en el análisis de esa operación. Por lo tanto los errores de hecho que se alegan respecto de las pruebas documentales que se alegan no constituyeron equivocación objetiva o material puesto que en primera instancia se hizo una apreciación incluso menor que la que hizo el tribunal.

Ahora, respecto a las otras pruebas documentales que acreditan que efectivamente se hicieron pagos y abonos por el valor de \$388.146.616 pero que el Tribunal solo reconoció como aportados la suma de \$315.450.748, la Corte estableció que la diferencia debía

tenerse en cuenta a favor de los abonos realizados por los accionantes, concluyendo así que el cargo prosperaba parcialmente.

## Fallo

La Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, casó la Sentencia del 9 de de Febrero de 2010 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala Civil y como consecuencia resolvió revocar parcialmente la Sentencia del 9 de Septiembre de 2006 proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo previamente indicado.

## 2.4. INSTITUCIONES JURÍDICAS RELACIONADAS

Es oportuno hacer referencia al principio de la buena fe y al abuso del derecho, pues ambas instituciones se relacionan directamente con las cláusulas abusivas, pero conviene estudiarlas de manera separada y establecer diferencias conceptuales para no cometer yerros interpretativos o asumir consecuencias de unas respecto de las otras.

### 2.4.1. PRINCIPIO DE BUENA FE

La buena fe constituye un pilar básico de la juridicidad y envuelve todas las áreas del derecho y las actuaciones de los particulares, incluidas por supuesto las contractuales.

La Constitución Política nacional la consagra al decir en su artículo 83 que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”, mientras que en la legislación privada se menciona en el artículo 1603 del Código Civil: “[l]os 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 pertenecen a ella”, y en los artículos 871 y 863 del Código de Comercio: “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”, “[l]as partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Como consecuencia, “el postulado de la buena fe impera en todo el camino del

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

contrato: en su etapa preparatoria, en el momento de su formación, en su ejecución y también en su interpretación”<sup>86</sup>.

Como lo sostiene De Los Mozos<sup>87</sup>, el concepto de este principio tiene dos caras, una buena fe en sentido subjetivo y una buena fe en sentido objetivo, que se han también definido como la acepción de concepto y la de principio de la buena fe.

La doctrina ha expresado que el primero de los sentidos, la buena fe subjetiva o concepto de buena fe, se identifica como un estado psicológico de la legitimidad, probidad, y estado de acuerdo a derecho con el cual se mantiene una situación jurídica, teniendo como ejemplo en la normatividad la buena fe posesoria que, a las voces del artículo 768 del Código Civil, es “*la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio*” haciendo que en los títulos traslaticios de dominio se presuma “*haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato*”.

En el segundo sentido, como objetiva o también llamada probidad, la buena fe se erige como un deber de conducta de los sujetos de derecho el cual a su vez se espera de ellos, conforme al cual deben ejecutar los actos con rectitud, seriedad, honradez y diligencia. Como tal, constituye un principio general del derecho que obliga a actuar de manera correcta o como socialmente se esperaría del buen padre de familia u hombre de negocios honesto, prudente y diligente.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido al principio respecto del contrato de seguro en los siguientes términos, hablando de la acepción objetiva o buena fe probidad:

“La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla –o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).

”Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas, v.gr: el tomador del

<sup>86</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, teoría general del negocio mercantil*. Tomo I, doceava edición 2008. Ed. Diké. Bogotá, D.C. Pág. 165.

<sup>87</sup> DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe*. Bosch, Barcelona, 1965. Pág. 57 y ss. Citado por: LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*. En: revista jurídica y económica Universitas n.º 105. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. Pág. 245.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

seguro, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado -que someterá a consideración de su cocontratante- cláusulas abusivas (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670) y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (Vid: cas. civ. de 19 de abril de 1999; exp: 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es ‘un postulado de doble vía...que se expresa –entre otros supuestos- en una información recíproca’)<sup>88</sup>.

El profesor De Los Mozos<sup>89</sup> ha señalado también que la buena fe debe entenderse como comportamiento de fidelidad situándola dentro del mismo plano que el uso o la Ley, por tal razón adquiere un carácter o una función de norma dispositiva y por tal razón su naturaleza objetiva puesto que no se halla basada en la voluntad de las partes sino en la adaptación de la misma voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. Bajo ese entendido, la buena fe exige para cada parte que tengan una actuación recta y un adecuado comportamiento, respecto con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad que persiguen cada una de las partes.

El contrato de Seguro es, para la doctrina, un contrato en el que prima la exigencia de ubérrima buena fe, lo cual significa que durante la ejecución del contrato se exige un comportamiento de las partes para que brinden certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas<sup>90</sup>. Si las cláusulas que se estipulan dentro del contrato de seguro no son lo suficientemente claras para el tomador, llevándolo a la confusión o incluso minimizando sus derechos y librando de obligaciones al asegurador, se considerarán que son abusivas. Si se consideran abusivas, es porque van en contravía de la buena fe del contrato y buscan favorecer al asegurador y su finalidad es que una vez ocurrido el siniestro, tengan como justificar el no pago de la póliza asegurada y afecten los intereses del tomador y/o del beneficiario cuando en muchos casos si cabría la posibilidad justificada del pago de la póliza.

La buena fe debe entenderse como un criterio valorativo de las obligaciones a las que deben cumplir cada parte dentro del contrato, a su vez, no debe ser identificada con la falta de mala fe de quien ejerce una posición dominante en la relación contractual, sino que la buena fe que se aplica, como ya se ha dicho anteriormente, es la objetiva y hace

---

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo J., expediente n.º 6146.

<sup>89</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Op.cit, pág. 45 y ss.

<sup>90</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-105/98.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

referencia a un conjunto de criterios valorativos, que desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual<sup>91</sup>.

En aras de la seguridad jurídica un sistema de control de condiciones generales del contrato de seguro, supondría construir un criterio unívoco acerca del principio de la buena fe resultante de una evaluación global de los distintos intereses en juego, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio de seguro y considerando, en el momento de la celebración del contrato, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa, lo que se puede resumir en la razonabilidad jurídico económica de la cláusula cuestionada<sup>92</sup>.

El profesor BALLESTEROS GARRIDO dice que: “Toda pretensión del predisponente de ejecutar el contrato en términos distintos a los que podía esperar su contraparte, justificados en unas Condiciones generales que éste había firmado en la confianza de que respetaban la distribución de derechos y obligaciones derivados de la naturaleza y finalidad del contrato, defraudarían tal confianza y violaría, en consecuencia, el principio de buena fe. Por eso, cuando el juez debe determinar el contenido de un contrato, concediendo eficacia a unas condiciones generales o negándosela por no estar comprendidas en la aceptación expresada por el acto de adhesión, el principio de buena fe exige que no acuda a la literalidad del texto suscrito sino al sentido correspondiente a la convención social de la ordenación contractual o relación obligacional que se le somete, que se corresponderá con las expectativas razonables del adherente, derivadas de la confianza que haya depositado en el proferente en función de la apariencia por éste creada”<sup>93</sup>. Es decir, lo anterior aduce a que es fundamental que el Juez que se encuentre conociendo de un caso en el que aparezca dentro del contrato alguna o algunas cláusulas que podrían considerarse abusivas, no sujetarse a la literalidad del contrato y de su contenido, sino que evidenciando que surge alguna vulnerabilidad para la parte más débil del mismo aplicar el principio de buena fe para saber cuáles son las intenciones verdaderas de las cláusulas que se han pactado y evitando así que la parte más indefensa las cumpla si con ello lleva lugar a beneficiar más a la contraparte y causando así su propio perjuicio.

En el contrato de seguro por su contenido técnico y por las partes que intervienen en él, da pie a que se utilicen las llamadas condiciones generales las cuales cumplen dentro de la

---

<sup>91</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del Contrato. Civistas. Madrid, España, 1992. Pág. 354.

<sup>92</sup> LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Presupuestos de un sistema de control de las condiciones generales del contrato de seguro*. En: Revista de la maestría en derecho económico. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Pág. 247.

<sup>93</sup> BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad privada*. J.M. Boch, Barcelona, 1999. Pág. 248.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

actividad aseguradora una función de dinamizar el proceso de formación del consentimiento entre el tomador y la aseguradora<sup>94</sup>. Precisamente estas condiciones generales dan lugar a que se pueda estipular la incorporación de cláusulas abusivas en perjuicio de la parte más vulnerable la cual será el asegurado y por lo tanto se debe buscar darle protección con el fin de evitarlas, todo esto porque como la entidad aseguradora ofrece contratos en los que las condiciones del contrato ya están preestablecidas a un público que se acerca a ella para manifestar su voluntad de aceptación o no, en consecuencia hace alusión a un fenómeno de producción en masa del contrato a un destinatario que no se conoce y que finalmente termina siendo el consumidor o los consumidores.

Teniendo en cuenta lo anterior, ha dicho la doctrina que una cláusula ha de considerarse abusiva cuando va en contraposición del principio de la buena fe, cuando se presente un rompimiento del equilibrio contractual, es decir, por pactarse una cláusula en interés único y exclusivo de la parte que posee la posición dominante dentro del contrato de seguro, sin tener en cuenta o desmejorando el equilibrio de manera injustificada de la otra parte. El Juez debe llevar a cabo un análisis profundo de la cláusula del contrato que se encuentra en controversia. Si la misma no contraría el principio de la buena fe ni causa un desequilibrio injustificado entre los derechos y las obligaciones contractuales, no se podrá calificar como abusiva.

### 2.4.2. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO Y DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL

#### 2.4.2.1. EL ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho es un principio general del derecho que ha sido introducido en la teoría general de las obligaciones, que en su rol creador ha supuesto una fuente de obligaciones de origen legal, en su rol integrador sustenta el abuso de la personalidad jurídica y en su rol de interpretación desempeña un papel importante al momento de interpretar los contratos<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Presupuestos de un sistema de control de las condiciones generales del contrato de seguro*. Op.cit., pág. 231.

<sup>95</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Op.cit, pág. 73-82.

Con antecedentes en el derecho romano y más recientemente en las cortes de apelación francesas en el siglo XIX<sup>96</sup>, en principio sólo se aplicaba al derecho de propiedad, pero su desarrollo en la doctrina se desarrollaron diferentes criterios para su clasificación. Como criterios tenemos el intencional, que parte de la intención de dañar, cubriendo de apariencia jurídica un acto prohibido o que genere indemnización, concepción desarrollada por la jurisprudencia nacional; el económico, relacionado con el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, como cuando se espera hasta el último día de un plazo con la sola intención de perjudicar a la otra parte; el finalista, cuando hay desviación del objeto del derecho de manera socialmente reprochable en perjuicio de otro; y una ecléctica, que tiene en cuenta los aspectos subjetivo y objetivo, examinando el motivo legítimo de la conducta, y luego si es el desarrollo o la desviación del derecho subjetivo<sup>97</sup>.

En Colombia la teoría del abuso del derecho correspondía a una fuente de obligaciones de origen jurisprudencial, que indicaba que los derechos no podían ser ejercidos de cualquier modo. Luego, con la expedición del Código de Comercio en 1971, su artículo 830 incorporó el principio indicando que “[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, adoptándolo en la teoría general de los contratos y obligaciones haciéndolo una fuente de obligaciones aplicable a cualquier materia. La teoría ha servido para sustentar otras como la del abuso de la personalidad jurídica en el derecho societario y la de la desviación de poder del derecho administrativo. Como bien la incorporación legal no da contenido ni definición al abuso del derecho, podemos usar los diferentes criterios expuestos para sustentarlo, permitiéndosele también a la jurisprudencia y ley que lo desarrollen.

#### 2.4.2.2. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE: EN EL MERCADO Y EN EL CONTRATO

El abuso de la posición dominante ha sido una teoría de origen doctrinal y jurisprudencial que se basa en el abuso del derecho, concepción que tiene su nacimiento en el derecho de la competencia en las economías de libre mercado, como es el caso colombiano.

---

<sup>96</sup> V. gr. los fallos Lingard, Mercy y Grosheintz. BONNECASSE, Julien, citado por ARRUBLA PAUCAR, op.cit, pág. 73.

<sup>97</sup> Cfr. ARRUBLA PAUCAR, op.cit. Pág. 77-78.

En este punto conviene destacar y diferenciar las dos acepciones de la prohibición del abuso de esa posición, una en el derecho de la competencia y otra en la órbita del contrato.

La primera, el abuso de la posición dominante en el mercado, tiene asidero en normas como el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, que indica que el Estado “*impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”; en la Ley 155 de 1959; en el Decreto 2153 de 1992 que define la posición dominante en el mercado<sup>98</sup> y preceptúa un listado de conductas<sup>99</sup> en las que en el abuso de aquella se considera de objeto ilícito por afectar la libre competencia en los mercados<sup>100</sup>; inclusive en el ámbito supranacional en la Decisión 608 expedida por la Comisión de la Comunidad Andina en el año 2005 que reemplaza la Decisión 285 y contiene un listado de conductas en las que se presume hubo abuso de la posición de dominio en el mercado.

La segunda acepción, que es la que toma relevancia para el presente trabajo, es la que se refiere al abuso de la posición dominante en el contrato. Mencionada postura es aceptada por la doctrina nacional e internacional, junto con la jurisprudencia nacional<sup>101</sup>, consistente en la prohibición de que en virtud del poder de negociación una parte pueda aprovechar la posición de dominio por acción o por omisión imponiendo sus condiciones, en detrimento de la otra parte y del equilibrio económico de la contratación. Hace referencia a la posición privilegiada que adquiere una de las partes como consecuencia de la negociación de las condiciones que regirán el contrato<sup>102</sup>. De esta concepción tenemos normas como el artículo 95 de la Constitución Política en su numeral primero, que impone como deber a las personas y ciudadanos “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, y normas como la Ley 142 de 1994 en su artículo 133 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su derogado numeral 4.1 del artículo 98.

Algunos sectores de la doctrina consideran que si bien se ha asimilado el abuso de la posición dominante con el abuso del derecho, se debe tener en cuenta el hecho de que aquél inició como límite al ejercicio de derechos subjetivos, como el control de prerrogativas precisas, mientras que el abuso de la posición dominante se refiere a la superioridad de una persona frente a otra y la posibilidad de que imponga sus condiciones,

---

<sup>98</sup> “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Artículo 45 núm. 5° del Decreto 2153 de 1992.

<sup>99</sup> Art. 50, Decreto 2153 de 1992.

<sup>100</sup> Art. 46, Decreto 2153 de 1992.

<sup>101</sup> MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Op.cit, pág. 227.

<sup>102</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.° 09870 de 2008.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

sin que la posición de dominio corresponda a un derecho subjetivo<sup>103</sup>. Sin embargo, como lo reconoce el mismo autor, la distinción es muy técnica y no ha sido reconocida por la jurisprudencia, a lo que se puede añadir el hecho de que la posición dominante sin sí misma no está prohibida, sino que lo que se censura es su abuso.

### 2.4.2.3. EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO CONTRACTUAL Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Suescun de Roa indica que las nociones de abuso del derecho y las cláusulas abusivas son instituciones jurídicas distintas que obedecen a diferentes situaciones de hecho, y por ende, han de diferir respecto a su control judicial<sup>104</sup>.

El autor menciona un laudo arbitral<sup>105</sup> que señala que las cláusulas abusivas podrían ser consideradas como tales en relaciones de consumo, en tanto que en relaciones entre profesionales se debía primero observar el ejercicio que se había hecho de ellas, para poder determinar si eran abusivas o no. A juicio del autor, el tribunal de arbitramento incurrió en el error de asimilar el ejercicio abusivo de un derecho contractual al abuso del derecho, pues en el caso no declaró abusiva la cláusula, aún presentándose los supuestos, en razón a que argumentaron que lo determinante es el ejercicio abusivo que se le dé a la estipulación.

Según lo reconocido por la jurisprudencia nacional<sup>106</sup> y el artículo 830 del C. de Co., la naturaleza del abuso del derecho es eminentemente resarcitoria, pero también el juez puede tomar las medidas necesarias para detener el daño, dejar indemne a la víctima y evitar que en el futuro se generen perjuicios adicionales derivados de la conducta. También es útil para negar pretensiones que supongan el ejercicio abusivo de un derecho y privar de eficacia cláusulas cuando el abuso genere vicios del consentimiento. En una de sus acepciones, el abuso del derecho se genera por la diferencia injustificada entre los móviles o fines del actuar abusivo respecto de la función social del derecho en ejercicio.

Las cláusulas abusivas, en la mayoría de previsiones legales y en la mayoría de casos planteados en la doctrina, se analizan *in limine*, y son abusivas *per se*. Con la simple

<sup>103</sup> CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Justicia y abuso contractual*. Op.cit, pág. 704.

<sup>104</sup> SUESCUN DE ROA, Felipe. Op.cit, pág. 6

<sup>105</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 15 de agosto de 2006. CELCENTER vs. COMCEL. Árbitros: Lisandro Peña Nossa, Rodrigo Palau Erazo y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

<sup>106</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 3972. Citado por: SUESCUN DE ROA, Felipe. Op.cit, pág. 7.

estipulación de las mismas ya es posible analizar la inobservancia de la buena fe o un desequilibrio normativo injustificado, inclusive en ocasiones generándose automáticamente su ineficacia de pleno derecho, sin que en esos casos haya que tener en cuenta ejercicio abusivo o no de la misma en el plano de la ejecución o interpretación del contrato del que hace parte.

En conclusión, para el análisis de una cláusula abusiva basta con analizar la cláusula en sí misma, y su relación con el tipo de contrato y el resto del clausulado, mientras que en el abuso del derecho se parte de considerar una estipulación válida confrontando su ejercicio con la función social y económica del tipo contractual. A lo anterior se suma la naturaleza resarcitoria del abuso del derecho.

Por otro lado, nuestra legislación sobre cláusulas abusivas, como en general la latinoamericana, se basa en la influencia europea principalmente de corte alemán, donde como se vio en capítulos precedentes, el fundamento para controlar las cláusulas abusivas era la buena fe y el desequilibrio normativo, lo cual se analizaba de acuerdo con la desviación de la directriz del contrato.

El abuso del derecho en el ámbito nacional, como la buena fe, también se ha relacionado con las cláusulas abusivas, razón por la cual se resaltan las diferencias mencionadas, sin querer argumentar una diferencia irreconciliable que desligue el principio del control sobre las cláusulas leoninas, sino en un intento por reconocer las diferentes construcciones y situaciones de hecho que se teóricamente propiciaron su creación.

## 2.5. ESTADO DEL ARTE NACIONAL

La doctrina nacional ha tenido diferentes posturas al momento de determinar qué sanción jurídica deberían tener las cláusulas abusivas. Algunas optan por afirmar que la sanción debería ser la nulidad absoluta por contrariar normas imperativas, punto en el que algunos difieren en cuanto a las normas violadas que sustentan esa nulidad.

Es el caso por ejemplo de Suescun de Roa<sup>107</sup>, para quien de acuerdo con la jurisprudencia nacional y la justicia arbitral, la utilización de cláusulas abusivas se ha repudiado echando mano de principios como la buena fe y el abuso del derecho, erigiéndose una nueva causal de nulidad, no por contrariar alguna norma imperativa expresa, sino por contravenir

---

<sup>107</sup> SUESCUN DE ROA, Felipe. *Control de las Cláusulas Abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*. Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado 41. Septiembre de 2009.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

principios generales del derecho que guían todo el ordenamiento jurídico. A su vez indica que continuidad del contrato respecto del cual se declara la nulidad depende de que la cláusula nulificada no afecte la causa del mismo.

A su vez, también Gual Acosta<sup>108</sup> reconoce que de acuerdo con la jurisprudencia la sanción no sería otra que la nulidad, de acuerdo con el análisis hecho a la luz de los principios generales del derecho, o también con sustento en la carta política en concordancia con la constitucionalización del derecho privado. Al margen de lo anterior, insiste en la necesidad de la intervención del legislador para regular las cláusulas abusivas de una manera integral y clara que evite confusiones.

Por su parte, Muñoz Laverde<sup>109</sup> indica que al margen de las cláusulas que tienen contenidos reprochables por mandato legal y se tornan ineficaces, hay cláusulas portadoras de contenidos válidos en abstracto, pero que serían abusivas no por contravenir ley imperativa, orden público o buenas costumbres, sino por la ventaja que busca, su falta de razonabilidad y justificación en perjuicio de la buena fe. A continuación de ello lista algunos ejemplos donde el contenido *per se* de la cláusula no es censurable en principio.

En su opinión, cuando la cláusula no vulnera los límites de la autonomía privada pero se torna abusiva, se está abusando de dicho derecho, vulnerándose el ordinal 1° del art. 95 de la Constitución Política nacional, que implica no abusar de los derechos. En ese sentido se configura la nulidad, al estar dentro de lo reglado en el art. 899 del C. de Co., por contrariarse una norma imperativa.

Añade que inclusive sin la aplicación directa de la carta, se sustentaría la nulidad absoluta en cuanto a que de acuerdo con el art. 1519 del C. C. existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación, entendiéndose como interés general. Concluye con las siguientes palabras:

“Pues bien, es forzoso concluir entonces que una cláusula abusiva, por romper el principio de buena fe contractual, repugna al interés general de la colectividad y contraviene el orden o derecho público de la nación. Se configura, de esta manera, la aludida causal de nulidad absoluta (objeto ilícito) prevista en los artículos 1741 del Código Civil y 899, inciso 2°, del Código de Comercio, aunque el contenido puramente material y objetivo de la

---

<sup>108</sup> GUAL ACOSTA, José Manuel. *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución*. En: Revista IUSTA N° 30. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. Enero – junio de 2009.

<sup>109</sup> MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*, en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV Volumen I. *Op.cit.* Páginas 242-245.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

cláusula, individualmente considerado, no evidencie trasgresión de la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Por supuesto, la nulidad solamente afectaría las cláusulas abusivas y no el contrato en su integridad, dado el principio de conservación del negocio, según el cual la nulidad parcial de un acto o contrato no necesariamente lo afecta en conjunto (. De Co., art. 902).”<sup>110</sup>

Laguado Giraldo, refiriéndose específicamente al contrato de seguro, también consideraba<sup>111</sup> que la sanción más ajustada era la nulidad absoluta, pero en una publicación más reciente<sup>112</sup> indicó que de acuerdo con la norma especial aplicable al contrato de seguro (art. 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), las pólizas que no se ciñan a las normas que regulan el contrato de seguro se tornan ineficaces. Plantea el autor que la nulidad hace referencia a vicios del un acto que existe, pero la ineficacia se refiere a un acto que no existe por no haber reunido algún requisito, hoy no coincidente con los elementos esenciales del contrato, por el influjo del derecho del consumidor sobre el civil. Sigue diciendo que la ineficacia es una sanción más acertada, “*pues la declaratoria de nulidad en nada beneficia al asegurado, que lo que busca a ciencia cierta es la existencia de cobertura, siendo más adecuado responsabilizar a la aseguradora por violar las cargas de información y respeto a las expectativas del asegurado, obligándole a asumir los efectos y a honrar las expectativas legítimas del consumidor del seguro*”<sup>113</sup>. Termina diciendo que a la sanción hay que unirle un sistema de listas negras para su efectividad.

Yolima Prada<sup>114</sup>, también considera que la sanción más ajustada es la ineficacia al privar de efectos a las cláusulas abusivas, pero para ello es necesaria una norma especial que la autorice. Como bien no podría ser general la ineficacia, considera entonces más ajustada la sanción de la nulidad absoluta, sin descartar la relativa en casos de vicios del consentimiento. Prefiere la nulidad absoluta, en lo posible parcial, con asidero en los principios de buena fe, de abuso del derecho, de la interpretación de las cláusulas ambiguas, de los contratos conmutativos y las normas constitucionales.

---

<sup>110</sup> *Ibíd.* Pág. 245.

<sup>111</sup> LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*. En: revista jurídica y económica Vniversitas n.º 105. Pontificia Universidad Javeriana. 2003.

<sup>112</sup> LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Presupuestos de un sistema de control de las condiciones generales del contrato de seguro*. En: Revista de la maestría en derecho económico. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

<sup>113</sup> *Ibíd.* Pág. 244.

<sup>114</sup> PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*. en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, op.cit. Páginas 337-338.

Sin embargo reconoce deficiencias de la sanción para el caso de las cláusulas, como la del efecto de retrotraer las cosas a su estado anterior, o la de la posibilidad de ser solicitada por el ministerio público dentro del proceso. También llama la atención de aplicar en lo posible la nulidad parcial para conservar el negocio sin la cláusula abusiva, lo cual es lo querido por las partes, ajustándose a la equidad natural, sin que al operador jurídico sin embargo le sea dable suplir la voluntad de las partes, pudiendo solo reducir el negocio, de acuerdo con la equidad, y su función económica y naturaleza.

## 2.6. NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

### 2.6.1. CONCEPTO

El contrato de seguro en Colombia es definido en el art 1036 del Código de Comercio mediante un sistema descriptivo, en el cual señala que “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. Elementos importantes pero no suficientes para su validez, como lo ha manifestado la doctrina, donde se señalan otras características de gran importancia como lo son el carácter indemnizatorio, la buena fe, el ser del contrato en consideración a la persona y estar enmarcado entre los contratos de adhesión.

De acuerdo con NARVAEZ BONNET “el contrato de seguro es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes (el asegurador) se obliga al pago de un precio o prima a asumir determinados riesgos de otra (el asegurado) y por consiguiente, a indemnizar la suma asegurada o bien las consecuencia dañosas de esos riesgos a este o a un tercero (beneficiario), a través del pago de una suma de dinero, de manera principal, ora mediante el remplazo o la reparación del bien afectado como consecuencia de la realización del riesgo asegurado”<sup>115</sup>.

### 2.6.2. CARACTERÍSTICAS

Podemos destacar como características principales del contrato de seguro las siguientes.

---

<sup>115</sup> NARVAEZ BONET, Jorge Eduardo. *El contrato de seguro en el sector financiero*. Segunda edición. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá, Colombia. Pág. 54.

## Consensual

Para nuestra legislación colombiana el contrato de seguro es consensual, pues para su perfeccionamiento sólo se requiere el consentimiento de las partes involucradas negocio jurídico, lo cual genera ciertos derechos y obligaciones para los interesados en la celebración del contrato, así las cosas el concepto de consensualidad es de reciente aceptación e interpretación en nuestro ordenamiento jurídico ya que antes de la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1997 se hablaba del concepto de solemnidad como requisito de existencia del contrato, lo que ocasionaba en muchas situaciones una mala interpretación por parte de los sujetos contractuales, beneficiando en gran parte de los casos a la aseguradora, amparándose en la solemnidad como requisito de existencia del contrato con la finalidad de eludir su responsabilidad en caso de presentarse un siniestro.

“La característica de consensual fue establecida en la Ley 389 de 1997, la cual dice que la existencia del seguro se prueba mediante la póliza o mediante confesión. Es decir, no todo medio sirve para probar la existencia del seguro y ello es lógico, porque se trata de un contrato demasiado complejo, en el cual se encuentran múltiples alternativas, incluso dentro de un mismo seguro. Así, el seguro para los automotores puede comprender: pérdida o daño del automotor por choque; pérdida o daño sufrido por el automotor en caso de hurto o su tentativa; indemnizaciones por perjuicios causados con el automotor a otros, en sus bienes o personas; honorarios por asesoría jurídica en proceso penal”<sup>116</sup>.

## Bilateral

El contrato de seguro es bilateral o sinalagmático porque supone para ambas partes derechos y obligaciones de manera recíproca (art. 1496 del Código Civil). Obligaciones que se encuentran taxativamente señaladas en la Ley comercial. Una vez perfeccionado el contrato de seguro se generan mutuas obligaciones para las partes, en el caso del tomador el código de comercio señala:

- Declaración del tomador en el estado del riesgo (Art 1058 del C. de Co.)
- Conservación del estado del riesgo y notificación de cambio (Art 1060 Ibíd.)
- Obligación del tomador a cumplir con las exigencias de la garantía (Art 1061 Ibíd.)
- El pago de la prima por parte del tomador de la garantía (Art 1066 Ibíd.)
- Dar aviso al segurador de la ocurrencia del siniestro (Art. 1075 Ibíd.)
- Obligación de declarar seguros coexistentes (Art 1076 Ibíd.)

---

<sup>116</sup> Oviedo Acevedo, Gilberto. *El seguro: sistema para financiar pérdidas*. Colombia: Editorial Politécnico Gran colombiano, 2007. Pág. 59.

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

- Demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida (Art. 1077 Ibíd.)
- Dar aviso al asegurador sobre la coexistencia de seguros (Art 1092 Ibíd.)
- Prohibición de renunciar derechos contra terceros (Art 1097 Ibíd.)

El código de comercio señala que son obligaciones del asegurador:

- Entregar en original, al tomador, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, así mismo el asegurador está obligado a librar petición y a costa del tomador del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza (Art 1046 C. de Co.).
- El asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, a un extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de la existencia del siniestro (Art 1080 C. Co.).

### Oneroso

El código civil en su artículo 1497 señala que el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro, característica que ha tomado el código de comercio para establecer la existencia de una obligación contractual, que genera un “gravamen recíproco manifestado esencialmente en el pago de la prima por parte del tomador y en el pago de la indemnizaciones por parte de la aseguradora sin que desdibuje ese carácter el hecho que determinados casos no ocurra el siniestro, ya que lo cierto es que siempre existe para la aseguradora la posibilidad de soportar el pago de aquellas y de que tarde o temprano, el siniestro se presente; si así no fuera, la actividad aseguradora no tendría razón de ser”<sup>117</sup>.

### Aleatorio

Para el jurista JORGE EDUARDO NARVAEZ “el carácter a aleatorio resulta de no existir equivalencia en las prestaciones del asegurado y asegurador, sino una contingencia de ganancia o pérdida”<sup>118</sup>. No obstante, algunos sectores de la doctrina opinan que dadas las bases estadísticas utilizadas en la actividad aseguradora cada día se elimina en mayor grado la posibilidad de pérdida o al menos se aminora su potencial ocurrencia, y por lo tanto, ya no cabe predicar la aleatoriedad del contrato de seguro.

---

<sup>117</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Cuarta edición. Dupré editores Ltda. Bogotá, Colombia, 2004. Pág. 64.

<sup>118</sup> Código Civil Colombiano Art 1498, contrato conmutativo y aleatorio.

## De ejecución sucesiva

Se considera de ejecución o tracto sucesivo ya que en el contrato de seguro las obligaciones surgen a partir del perfeccionamiento del mismo, lo que ocasiona que cada una de las partes deba soportar diversas cargas de forma sucesiva e ininterrumpida, que deberán subsistir durante la vigencia del contrato o hasta su extinción, como por ejemplo “la conservación del estado del riesgo por parte del tomador o asegurado y la carga que la misma Ley le impone de notificar las alteraciones modificaciones que puedan representar una alteración objetiva del riesgo”<sup>119</sup> (art. 1060 C. de Co.) y el pago periódico de la prima.

## El carácter indemnizatorio

El carácter indemnizatorio en el contrato de seguro cumple con la finalidad de resarcir económicamente el daño o perjuicio que sufre una persona en su patrimonio o en su interés asegurado como consecuencia de un siniestro, dentro de los límites pactados en el contrato, y las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, pero no para conseguir un lucro, pues como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, *“los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.*

*Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de C.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa”<sup>120</sup>.*

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, corresponde al asegurado comprobar judicial o extrajudicialmente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, cuando fuere el caso, demostración que, tal como se deduce de la primera de las normas citadas, no se encuentra sujeta a ninguna restricción

<sup>119</sup> Código de comercio colombiano. Art 1060. Conservación del estado del riesgo y notificación de cambios.

<sup>120</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil y Agraria. Sentencia 026 de 22 de julio de 1999. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

en materia probatoria y, por lo tanto, supone para el asegurado o beneficiario plena libertad para escoger cualquiera de los medios probatorios previstos en la Ley, siempre y cuando el elegido sea idóneo, conducente y pertinente para demostrar claramente los hechos.

De manera que si el asegurado o beneficiario, a través de cualquiera de los medios probatorios mencionados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil o de aquellos que usualmente se aportan para acreditar determinados hechos, suministra suficientes elementos de juicio para que el asegurador tenga certeza acerca de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía, si fuere el caso, cumple con su obligación y, en consecuencia, el asegurador deberá proceder al pago de la prestación asegurada o a demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, dentro del término de un mes contado a partir del momento en que se formalizó la reclamación en debida forma, conforme lo dispuesto en el artículo 1080 del Estatuto Mercantil, modificado por el párrafo del artículo 11 de la Ley 510 de 1999.

## La buena fe

El principio de buena fe como característica no es solamente aplicable al contrato de seguro sino a todo acto o negocio jurídico en el que intervienen las partes, “es por eso que un sector importante de la doctrina clasifica la buena fe contractual en tres grupos a saber:

En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad, el mismo es irregular y antijurídico.

En un segundo grupo la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que el aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquel.

En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, esta significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de

proceder a la cual las partes deben atenderse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídico”.<sup>121</sup>

“Es así como el asegurado debe ser veraz y leal frente al asegurador en la descripción del riesgo y en la conservación de sus circunstancias iniciales. A su turno, el asegurador debe hacer lo propio en el contenido y extensión de las obligaciones a su cargo y en ningún caso prevalecerse de la especialización y profesionalismo de la actividad aseguradora frente a quienes no estén en capacidad de comprender a plenitud las estipulaciones de la póliza o de quienes tiene conocimientos incipientes en la materia”.<sup>122</sup>

## De adhesión

Se entenderá como contrato de adhesión, como aquella característica, que generalmente se presenta en el seguro y cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar. Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido propuestas por una de las partes y aceptadas por la otra (sin discusión ni modificación), pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias.

La ley 1480 en su artículo 5° definió al contrato de adhesión como “[a]quel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

Ya la Corte Suprema de Justicia reconoció que el contrato de seguro es un típico contrato de adhesión a condiciones generales, tratando además las cláusulas abusivas, en la providencia de febrero de 2001 ya estudiada.

Valga referirnos a este respecto, a propósito de la categoría de los contratos de adhesión, para tratar la evolución de la interpretación en ese tipo de contrato. La legislación colombiana ha establecido en el art “1624 del código civil en el parágrafo segundo *el principio de la responsabilidad en el negocio jurídico* cuando dispone que quien redacta produciendo la ambigüedad, es merecedor de una interpretación en su contra y a favor de quien no la produjo”<sup>123</sup>. Sobre este principio cabe destacar el interés del legislador en

---

<sup>121</sup> OVIEDO ALBAN, Jorge. *Derecho Privado y Globalización (Contratos)*. Tomo 3, ed. Ibañez. Bogotá, Colombia, 2008. Págs. 111 a 113.

<sup>122</sup> NARVAEZ BONET, Jorge Eduardo. *Op.cit.*, pág. 118.

<sup>123</sup> Art. 1624 C.C. *No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. (...) Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

buscar un medio idóneo de protección para quienes aceptan contratos cuyo contenido ya este preestablecido por una de las partes, con el interés de imponer su reglas y condiciones en la relación contractual, pero dicha interpretación sucedía sólo cuando la cláusula no era clara.

*“Si bien en otros países esta pauta interpretativa puede haber servido para equilibrar los contratos por adhesión cuando presentan cláusulas abusivas, no ha sucedido lo propio en Colombia, pues con un criterio bastante liberal, se ha dicho que una cláusula abusiva no presenta un problema de ambigüedad ni de oscuridad, sino por el contrario, se estaría en presencia de una disposición clara, pero claramente abusiva”<sup>124</sup>.*

Sobre este tema en particular la jurisprudencia clásica en varias oportunidades se ha pronunciado, aceptado la existencia de los contratos de adhesión en donde una de las partes impone sus reglas y condiciones que en muchas ocasiones son arbitrarias e injustas para quien decide someterse al tal situación, por esta razón la jurisprudencia manteniendo la interpretación clásica del código civil, no permite que el principio de la responsabilidad de quien formula pueda emplearse para desestimar las clausulas abusivas.

En sentencia posterior la corte puntualizó:

*“Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, “...barrenando los principios liberales de la contratación...” como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garriguez. Contratos Bancarios, Cap. I, Num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de esas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir por que la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el*

---

una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

<sup>124</sup> Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles Tomo II*. Ed. Diké, Medellín, 2004.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C. de Com, está obligada a indemnizar”<sup>125</sup>.*

Sobre este tema en particular el tratadista JAIME ARRUBLA PAUCAR sostiene que la jurisprudencia colombiana ha sufrido varios cambios drásticos en la aplicación e interpretación de la norma, al pasar de la aplicación estricta e imperiosa de los cánones interpretativos clásicos de corte liberal a principios generales que tratan de hacer justicia contractual, como es el caso del abuso del derecho. Así mismo sostiene la imperiosa necesidad de acudir a otros principios del derecho como por ejemplo de igualdad y de buena fe en la interpretación de una cláusula abusiva en el contrato de adhesión, a favor del adherente o en tal caso declararse ineficaz.

Ya posteriormente como ponente propició la expedición de la providencia de finales de 2011, también estudiada, la cual reconoce que debe interpretarse a favor del adherente, y hoy, bajo la vigencia del estatuto del consumidor, los contratos de adhesión deben seguir las reglas del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 so pena de ineficacia, las cuales se transcriben:

*“1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.*

*2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.*

*3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías”<sup>126</sup>.*

## Intuitu personae

Para el profesor LOPEZ BLANCO el seguro es un contrato que normalmente se hace en consideración a la persona, es decir, una causa determinante para la aceptación de una propuesta de seguro es la identidad de los contratantes. En este caso en particular, la calidad y cualidad del tomador o beneficiario del seguro es lo que permite identificar los diferentes riesgos que puede sufrir una persona con ocasión a su actividad o labor que desempeña.

---

<sup>125</sup> M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Sentencia de 19 de octubre de 1994.

<sup>126</sup> Ley 1480 de 2011, artículo 37.

### 2.6.3. ELEMENTOS ESENCIALES

El código de comercio en su artículo 1045, señala cuales son los elementos esenciales que debe contener todo contrato de seguro sin importar su naturaleza, lo cual permite establecer que a falta de uno de estos elementos el contrato no producirá ningún efecto jurídico para las partes, originando una ineficacia del acto o negocio jurídico según sea el caso.

A continuación entraremos a explicar brevemente cada uno de los elementos del contrato de seguro, que el código de comercio ha clasificado de la siguiente manera: interés asegurable, riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador.

#### Interés asegurable

Se define como la posibilidad de afectación de la relación jurídico patrimonial que existe entre una persona y un conjunto de bienes que se encuentran en un estado de riesgo o de peligro como consecuencia de un siniestro, “su existencia es indispensable desde el momento mismo de la formalización del contrato y ha de existir a lo largo de su vigencia por ser un elemento esencial, su desaparición sobreviniente torna el contrato en inexistente e invalida el derecho del asegurado a la indemnización prevista en la póliza”<sup>127</sup>.

Es importante establecer que el interés asegurable que nace de una persona, no es solamente para proteger el daño que pueda sufrir su patrimonio<sup>128</sup>, sino también la protección a determinadas personas<sup>129</sup> que con ocasión a su condición o actividad su vida

---

<sup>127</sup> NARVAEZ BONET, Jorge Eduardo. Óp.cit., pág. 74.

<sup>128</sup> El art. 1083 del C. de Co. señala: *Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.*

<sup>129</sup> Art. 1137, C. de Co.: *Toda persona tiene interés asegurable:*

1. En su propia vida;
2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y
3. En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

*En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.*

*En defecto del interés o del consentimiento requerido al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.*

es puesta en peligro, que puede conllevar a la muerte, dejando a su entorno en un estado de desventaja económica.

El interés económico de las personas que se ven afectadas por el daño, será determinado en dinero que ha sido acordado libremente por las partes, al momento de celebración del contrato, en el seguro de daños el valor será determinado por el valor comercial de bien que ha sido objeto de protección y en los seguro de personas su valor se estimara por una valoración subjetiva que dependerá exclusivamente de la capacidad económica que posea el contratante del seguro.

## Riesgo asegurable

Para que se configure el riesgo en el contrato de seguro es necesario que el evento sea ocasionado por un hecho posible, incierto y futuro, que cause un daño en el patrimonio o en la vida de una persona puesta de situación de riesgo. En primer lugar el riesgo debe ser posible, porque de no ser así, no existiría inseguridad y el bien asegurado no correría ningún riesgo. Debe ser incierto, porque si necesariamente va a ocurrir, nadie asumiría la obligación de repararlo, por lo que el asegurador asume dicha obligación siempre y cuando se cumpla con lo establecido en el contrato. Sin riesgo no puede haber seguro, porque al faltar la posibilidad de que se produzca el evento dañoso, ni podrá existir daño ni cabrá pensar en indemnización alguna.

El carácter eventual del riesgo implica la exclusión de la certeza así como de la imposibilidad, abarcando el caso fortuito, sin descartar la voluntad de las partes, siempre y cuando el suceso no se encuentre sometido inevitable y exclusivamente a ella. La incertidumbre no debe tener carácter absoluto sino que debe ser vista desde una perspectiva económica, para lo cual resulta suficiente la incertidumbre del tiempo en que acontecerá, es decir, ya sea en lo que toca a la realización del evento o al momento en que este se producirá.

En el contrato de seguro el asegurador no puede asumir el riesgo de una manera abstracta, sino que este deber ser debidamente individualizado, ya que no todos los riesgos son asegurables, es por ello que se deben limitarse e individualizarse, dentro de la relación contractual.

En nuestra legislación mercantil el concepto de riesgo se encuentra definido en el artículo 1054 como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (...)”.

## Prima o precio del seguro

Se define como aquella contraprestación en dinero que recibe el asegurador por parte del tomador de la póliza, por el hecho de asumir la obligación contractual de reparar las pérdidas y daños que pueda sufrir el bien, la vida propia o la de un tercero asegurado en caso de presentarse un siniestro. Este monto se fija proporcionalmente, tomando en cuenta la duración del seguro, el grado de probabilidad de que el siniestro ocurra y la indemnización pactada en el contrato. La prima como elemento esencial del contrato de seguro, establece ciertas obligaciones y responsabilidades en cabeza del tomador de la póliza, como lo señala el art. 1066 del C. de Co. al decir que *“salvo que las partes acuerden lo contrario, debe realizar esa cancelación a mas tardar dentro del mes siguiente, contados a partir de la fecha de la entrega de la póliza o si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella”*.

## Obligación condicional a cargo del asegurador

En cabeza del asegurador se encuentra una obligación condicional que también es esencial al contrato de seguro, la cual *“será la de pagar la indemnización o el beneficio si dentro de la vigencia, y conforme con las condiciones establecidas en el contrato de seguro, el beneficiario adquiere el derecho a ella. Es decir, tiene que existir la persona o el bien expuesto; tiene que ocurrir el evento que cause la lesión o el daño dentro del período estipulado. Pero, si el evento es producido por condiciones que lo excluyen, no nace el derecho para el asegurado”*<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> OVIEDO ACEVEDO, Gilberto. Óp.cit., Pág. 89.

### 3. LA SANCIÓN JURÍDICA PARA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

Ya estudiados los presupuestos históricos, conceptuales y relacionados de las cláusulas abusivas en el capítulo anterior, podemos adentrarnos en el punto central del trabajo, cual es analizar cuál sería la sanción jurídica aplicable a la utilización de cláusulas abusivas en el contrato de seguro en Colombia.

Para cumplir ese objetivo es necesario en primera medida identificar claramente, entre la normatividad colombiana referente a cláusulas abusivas, qué normas se deben observar respecto del contrato de seguro en lo que a cláusulas abusivas respecta.

#### 3.1. REGULACIÓN APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO

Como bien podrían considerarse aplicables al contrato de seguro diferentes normas, como por ejemplo la relativa al abuso del derecho y a la buena fe, lo regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la ley 1328 y el Estatuto del Consumidor implementado en la Ley 1480 de 2011, entre otras, es posible que se susciten conflictos o incongruencias al momento de aplicar esas normas a un caso concreto.

Por lo anterior, el operador jurídico o destinatario de la reclamación que haga el tomador o asegurado en el contrato de seguro relacionada con cláusulas abusivas, ya sea el Juez, el Defensor del Consumidor Financiero o el Superintendente Financiero, debe tener clara una jerarquía normativa que aplicar al caso concreto. En consecuencia, en las líneas siguientes se hace una propuesta de preeminencia normativa, con base en un análisis de las normas en comento.

##### 3.1.1. ANÁLISIS DE PREEMINENCIA NORMATIVA Y ESPECIALIDAD.

Es indudable que en lo que a relaciones de consumo y cláusulas abusivas respecta las normas más importantes son la Ley 1480, por medio de la cual se actualiza el Estatuto del Consumidor, y la Ley 1328, en su título primero titulado “del régimen de protección al

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

consumidor financiero”. En ese orden de ideas, lo primero a definir sería cual de las dos normas es preeminente frente al contrato de seguro.

Conviene recordar algunos apartes de las exposiciones de motivos de ambas leyes para entrever su ámbito de aplicación y finalidades.

La Ley 1480 de 2011, de acuerdo con lo consignado en su exposición de motivos<sup>131</sup>, surge como una adecuación del decreto 3466 de 1982 a la nueva organización económica, pues en su momento respondía a “una economía cerrada” y una “concepción de estado eminentemente proteccionista”<sup>132</sup>, siendo que el mercado actual colombiano varió dados los nuevos flujos de bienes y servicios, y la implementación de modelos de desarrollo y crecimiento basados en las ventajas competitivas.

Como metas se propuso unificar la legislación existente sobre la defensa y protección de los consumidores, y consagrar los principios generales aplicables a los actos que se suscitan en el mercado del consumo.

Menciona claramente acerca de su objeto y ámbito de aplicación que *“Las disposiciones del proyecto de ley tienen por objeto regular los derechos y las obligaciones surgidas en el territorio colombiano con ocasión de los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, la responsabilidad por producto defectuoso y el funcionamiento de las organizaciones de consumidores. Lo anterior implica que sus normas son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía”*<sup>133</sup> (lo subrayado es nuestro).

A su vez, su artículo segundo reza:

*ARTÍCULO 2o. OBJETO. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.*

*Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el*

---

<sup>131</sup> Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XIX n.º 626. Proyecto de Ley Número 089 de 2010 Cámara, “por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones”. Exposición de Motivos. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2010.

El lector puede hallar las gacetas del congreso entrando a la dirección <http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.portals>, entrando al enlace “histórico gacetas” y consignando el número y año de la gaceta que desea consultar.

<sup>132</sup> *Ibíd.* Pág. 22.

<sup>133</sup> *Ibíd.*

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

*cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. (...)* (Subrayados fuera de texto).

Se puede concluir con base en lo anterior que el estatuto del consumidor pretende ser la norma general aplicable a las relaciones de consumo, abarcando lo que a cláusulas abusivas se refiere, pero no desconoce las demás normas que por su especialidad regulen determinados temas, en ese caso siendo una regulación que suple lo no regulado por la norma especial.

Acudiendo a una interpretación literal, debemos tener en cuenta que de acuerdo con la Real Academia Española, la expresión “suplementario” hace referencia a aquello “[q]ue sirve para suplir algo o complementarlo”<sup>134</sup>, y por su parte, la palabra “suplir” significa “[c]umplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello”<sup>135</sup>. Siguiendo la definición, entendemos que el sentido del Estatuto del Consumidor respecto de la regulación especial existente en algún sector de la economía es el de integrar lo que lo que falta en la misma o remediar su carencia de regulación; suplir ante temas no regulados para llenar vacíos.

La expresión “suplementariamente” contenida en la Ley debe ser entendida entonces en el sentido de que en primer lugar se aplicaría la norma especial, y en segundo lugar, ante la falta de regulación de algún tema en particular por parte de dicha norma especial, entraría a aplicarse el estatuto.

Por otro lado, la Ley 1328 de 2009 introdujo un régimen especial de protección al consumidor financiero, entendiéndose este como cualquier persona natural o jurídica que se relaciona contractual o legalmente, utiliza los servicios o se encuentra en fase de tratativas previas respecto de los productos o servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En la exposición de motivos<sup>136</sup> se deja de presente que la regulación financiera supone justificable una protección al consumidor de ese tipo de servicios, pues la actividad financiera es de orden público, la población necesita acceder a ese tipo de servicios para poder contar con un bienestar económico, y la relación contractual en materia financiera

<sup>134</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Buscador de significados disponible en línea en el enlace: < <http://lema.rae.es/drae/?val=suplementariamente>>. Citado el 12 de julio de 2012.

<sup>135</sup> Ídem. < <http://lema.rae.es/drae/?val=suplir>>. Citado el 12 de julio de 2012.

<sup>136</sup> Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XVII n.º 138. Proyecto de Ley Número 282 de 2008 Cámara, “por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. Exposición de Motivos. I, Del Régimen de Protección al Consumidor Financiero. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2008. Pág. 14.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

es por regla general asimétrica; las entidades financieras son quienes conocen en mayor medida el mercado junto con sus riesgos y operaciones, pues desempeñan su labor de manera profesional, utilizando además para la vinculación contratos predispuestos en los que el consumidor no tiene fuerza de negociación.

Considerando la especialidad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, cabe destacar que la ley respondió a que *“tratándose de las relaciones de consumo, en la actividad financiera no se está frente a un esquema tradicional de suministro de información, publicidad, defectos o garantías, razón que fortalece la necesidad de adoptar un régimen particular de protección. Por lo tanto, la especialidad de las operaciones y los riesgos implícitos en ellas ha promovido la adopción de un régimen particular dirigido a la protección del consumidor de tales servicios que procure el equilibrio contractual entre las partes intervinientes (...)”*<sup>137</sup>.

En ese sentido, en la exposición de motivos se describe como un avance significativo la introducción de la Defensoría del Cliente hecha en la Ley 795 de 2003, y da cuenta del fortalecimiento de la institución mediante la creación de la Defensoría del Consumidor Financiero como ente protector de los consumidores, y del contenido de la ley relacionado con principios rectores, obligaciones y derechos de entidades financieras y consumidores, y los deberes especiales en especial el de información por parte de las entidades vigiladas.

Adicionalmente, la Ley 1328 de 2009 en su artículo primero indica:

*ARTÍCULO 1o. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección.*

*Para los efectos del presente Título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero, toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.*

Al igual que la Ley 1480 de 2011, la ley tiene como ámbito de aplicación las reglas de protección para los consumidores respetando las normas de protección que sean especiales. Entonces conviene establecer, más allá de un criterio cronológico, qué legislación le es especial a la otra.

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

La respuesta puede encontrarse en el precitado artículo 1° de la ley 1328, donde se asimila el término *consumidor financiero* a quien lo es en el ámbito asegurador. Por lo demás, consideramos aplicable para argumentar la preeminencia de la ley 1328 al contrato de seguro lo dicho en la exposición de motivos de esa ley, pues es claro que el mundo financiero goza de especialidad respecto de las relaciones de consumo comerciales.

La entidad aseguradora establece de manera general unas condiciones generales que utiliza para la vinculación contractual, sin que exista la negociación particular del clausulado con cada consumidor financiero. A su vez, la actividad aseguradora es vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en razón a que su actividad se considera de interés general y público.

Ante una actividad de naturaleza financiera como lo es la aseguradora, la regulación especial sin duda debe ser la establecida por la Ley 1328 de 2009, y la de la ley 1480 de 2011, así sea posterior, es suplementaria. Además, para tener en cuenta las demás normas que podrían ser aplicables, proponemos una jerarquización de las normas suplementarias, las cuales se presentan a continuación.

### 3.1.2. JERARQUIZACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO RELACIONADAS CON CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

Luego de sustentada la especialidad de la ley 1328 frente al estatuto del consumidor en lo tocante al ámbito asegurador, conviene presentar una jerarquización normativa relacionada con cláusulas abusivas respecto del contrato de seguro, ya que la plenitud hermética del sistema normativo lo reclama.

De acuerdo con la imagen que presentamos más adelante, el primer punto a aplicar es la ley 1328, que como ya se expresó en el [punto 2.3.1.3](#) de este trabajo, tiene en su artículo 11 la prohibición de utilizar cláusulas de las cuales presenta una descripción, y que con base en la Circular 039 de 2011 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia se puede acudir a una lista de ejemplos. La lista sería el primer recurso a acudir dada su especialidad, para luego pasar a las enunciadas por la ley 1328 que son casos más generales.

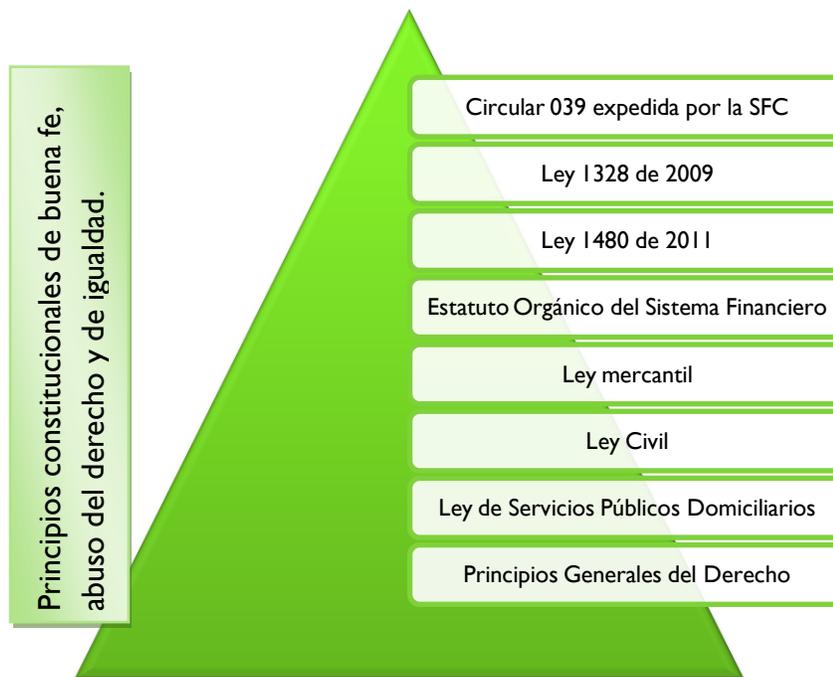
Si la cláusula que se está analizando no se encuadra en las normas antedichas, el operador deberá entonces acudir en segunda medida al Estatuto del Consumidor o ley 1480 de

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

2011, en el cual se introduce una lista adicional más generalizada de tipos de cláusulas abusivas, las cuales también serían aplicables al contrato de seguro.

Luego de ello consideramos es aplicable, en lo tocante y por su especialidad, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), junto con las leyes que regulan el contrato de seguro. Después, la Ley Mercantil en general, con todos sus componentes tales como la costumbre y la remisión a la Ley Civil del artículo 822 del Código de Comercio, de donde tendría aplicación la prohibición del abuso del derecho y el mandato de la buena fe. En un nivel inferior se podría acudir a la Ley Civil en general.

Como una aplicación de la analogía legal contenida en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, también el operador podría basarse en lo reglado en la Ley 142 de 1994 o de Servicios Públicos Domiciliarios, dada su relación con las cláusulas abusivas, pero por debajo de las normas anteriores por su especialidad respecto de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios.



En última instancia, se añaden los Principios Generales del Derecho como último recurso al cual acudir para el análisis del clausulado por parte del operador, y se dejan de forma perpendicular a lo acotado, los principios de buena fe constitucional y de no abuso del

derecho, junto con el derecho a la igualdad, que tienen incidencia en todos los demás escalones de la pirámide por ser la Constitución Política norma de normas.

### 3.2. LA SANCIÓN APLICABLE

Como bien del análisis realizado en las anteriores páginas se concluyó que el texto legal aplicable a las cláusulas abusivas en el contrato de seguro era el de la Ley 1328 de 2009, tendremos en cuenta entonces lo estatuido en el párrafo de su artículo 11: “*Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero*”.

A nuestro juicio, la consecuencia jurídica que supone el precitado párrafo es la de la ineficacia de pleno derecho. Pero, para llegar a esa conclusión, se torna necesario detenernos a analizar la naturaleza de esa sanción en sí misma como categoría autónoma, para ver su relación y diferencias con otras sanciones. Además, la sanción puede variar si la identificación de la cláusula abusiva surgió del análisis de una norma en escala inferior a la Circular 039 o a la ley 1328, tema que se tratará luego de extrapolar la teoría de la ineficacia de pleno derecho al contrato de seguro.

#### 3.2.1. LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO: ¿UN GÉNERO O UNA ESPECIE DE SANCIÓN?

Para hablar de sanciones jurídicas es necesario hacer hincapié en la teoría de la ineficacia de los negocios jurídicos, ámbito en el que la doctrina mundial no se ha puesto de acuerdo aún. En primer lugar es oportuno mencionar la distinción que la doctrina ha hecho entre invalidez e ineficacia en sentido estricto.

Emilio Betti indica que distinguir entre invalidez e ineficacia podría ser de utilidad expositiva y sistemática, así sea sólo para aportar orden y claridad a los fenómenos de la ineficacia den negocio jurídico, en gracia a clasificar la carencia de efectos según provenga

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

de defectos intrínsecos o circunstancias extrínsecas al negocio jurídico<sup>138</sup>. En ese sentido, indica:

“Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales (...), o carezca de uno de los presupuestos necesarios (...) al tipo de negocio al que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo (...) que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica (...) y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios (...). Se clasifica, en cambio, de simplemente ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impide su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él.”<sup>139</sup>

Pasando a hablar de invalidez e ineficacia a nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de las normas de los Códigos Civil y de Comercio, los actos jurídicos, como manifestaciones de voluntad con consecuencias jurídicas, tienen unas pautas que respetar para nacer a la vida jurídica y tener efectos, sumándose como una nueva categoría la de la existencia del negocio jurídico como presupuesto anterior a la validez. Los actos en general necesitan de una voluntad, si es el caso, expresada de forma especial, y de un objeto, el cual no ha de ser algo imposible, con lo cual ya tienen existencia. Ya existente el acto jurídico, el ha de contar con otros requisitos para ser válido: que el consentimiento haya estado libre de vicios, haya sido expresado por una persona con capacidad de ejercicio, y que no tenga causa u objeto ilícitos. Ya siendo válido y existente, es entonces cuando el acto o negocio jurídico puede llegar a cumplir sus efectos, tornándose eficaz. En general entonces se entiende la ineficacia como un género que describe la incapacidad de lograr el efecto que se espera del negocio jurídico, siendo que los fenómenos particulares como la nulidad absoluta o la anulabilidad son especies de ineficacia de los negocios jurídicos. Varios autores también lo interpretan así, como es el caso de Arrubla Paucar, quien indica que la ineficacia, en sentido amplio, se refiere a la reacción del ordenamiento ante la infracción, haciendo de los efectos del negocio no se produzcan o estén destinados a desaparecer<sup>140</sup>.

De acuerdo con lo plasmado en las líneas anteriores, nos adherimos en lo general a la concepción de la teoría unificada de la eficacia del acto jurídico, expuesta por Jorge

---

<sup>138</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez, Ed. Comares S.L., Granada, 2000. Pág. 405.

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. *op.cit.* Pág. 281.

Cubides y Yolima Prada<sup>141</sup>, en la cual presentan una concepción de la existencia, validez y eficacia de los actos jurídicos que sistematiza las normas civiles y mercantiles nacionales, de conformidad con la remisión que éstas hacen a aquellas en su artículo 822. En su concepción, los autores interpretan la ineficacia del Código de Comercio como un género de diferentes especies, como lo son la inexistencia, nulidad absoluta, la relativa y la inoponibilidad.

En ese orden de ideas, Prada y Cubides indican que en el artículo 897 del Código de Comercio se plasma la ineficacia como sinónimo de ausencia de efectos, siendo la regla general o género de las demás especies. No consideran lo plasmado en el artículo como una sanción en sí misma, pues indican que *«no son suficientes las solas expresiones “no producirá efecto alguno” o “se tendrá por no escrita” o “será ineficaz”, usadas por el legislador mercantil. Es preciso entonces hacer un esfuerzo interpretativo y lógico para indagar cuál es la efectiva sanción que existe detrás de esa expresión de ineficacia: si es la inexistencia o la nulidad absoluta, quizás la nulidad relativa, o la inoponibilidad, entre otras, y cuáles serían las causales que generarían dicha sanción»*<sup>142</sup>.

Siguen diciendo que “[e]n efecto, el Código de Comercio en su artículo 897 advirtió que la ineficacia se configuraba de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. Sin perjuicio de ello, los restantes efectos no fueron regulados expresamente y por eso, cuando se realice el análisis individual de cada caso de ineficacia mercantil, habrá que darle el tratamiento de la sanción que realmente está detrás”<sup>143</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con un trabajo juicioso de argumentación, anexan al documento un listado de casi todos los artículos que constituyen “ineficacia liminar” en el Código de Comercio, indicando qué especie de sanción estaría detrás en cada caso concreto.

Por su parte, Arrubla Paucar indica que la ineficacia del artículo 897 del C. de Co., la cual llama *sui generis*, es una categoría que no se adecua a la norma mercantil con los criterios de la doctrina universal, que ni en el código italiano de 1942 existe, por lo que si no existiera todos los casos que enuncia el artículo tendrían como sanción la nulidad absoluta por contrariar norma imperativa. Por eso, inclusive, se suma a la postura de Fernando Hinestrosa, que la califica como “una repetición innecesaria además de ser una figura inútil,

---

<sup>141</sup> CUBIDES CAMACHO, Jorge / PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Eficacia del acto jurídico: visión unificada en los ordenamientos civil y comercial*. En: Revista de Derecho Privado n.º 45. Universidad de los Andes. Enero – Junio de 2011.

<sup>142</sup> CUBIDES CAMACHO, Jorge / PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Op.cit.* Pág. 6.

<sup>143</sup> *Ibíd.* Pág. 6-7.

*extraña, imprecisa y confusa*”<sup>144</sup>. Indica que no existen causales para que se de esa ineficacia y tampoco hay un criterio uniforme para la generación de ese tipo de sanción.

Tampoco Ospina Fernández y Ospina Acosta reconocen una especie de sanción en el artículo 897 del Código de Comercio, pues indican que “[n]o se sabe si esta disposición quiso referirse a la inexistencia, o a la nulidad absoluta, o a ambas, desde luego excluyendo la nulidad relativa”<sup>145</sup>. Indican que si el cometido era consagrar la inexistencia, la redacción fue acertada por negar *in limine* eficacia a lo que se pretende negocio jurídico sin serlo, pero si se trató de hacer referencia a la nulidad absoluta sola o junto a la inexistencia, se trató de un desacierto de sus autores por no haber superado el concepto antifilosófico de las nulidades de pleno derecho, superado por la doctrina europea y descartado por nuestra legislación, pues los efectos de la ineficacia por falta de requisitos para el valor del acto opera desde la declaración judicial y no en razón a la virtualidad abstracta de las normas que la autorizan<sup>146</sup>.

De las posturas citadas, la que toma al artículo 897 del C. de Co. como un género del que debemos interpretar la especie y la que la interpreta como confusa e innecesaria, podemos entrever que no toman esa ineficacia como una categoría en sí misma, con valor y antecedentes propios.

Para controvertir lo anterior, seguiremos a Fernando Alarcón Rojas, quien en su obra “*La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*”<sup>147</sup> trata la ineficacia como una sanción bien diferente a todas las demás planteadas en la Ley y reconocidas por la doctrina. A su vez, para soportar mejor la categoría especial de esa sanción, tendremos en cuenta algunas consagraciones legales de la misma, así como menciones jurisprudenciales.

### 3.2.2. ANTECEDENTES DE LA FÓRMULA *PRO NON SCRIPTA*

En primer lugar, el autor describe el origen de la llamada fórmula *pro non scripta* remontándose al testamento en el derecho romano. Indica que ante los términos o las condiciones imposibles, perplejas, resolutorias, ilícitas o contraías a las buenas costumbres

---

<sup>144</sup> ARRUBLA PAUCAR. *op.cit.* Pág. 282

<sup>145</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo / OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Sexta edición, Ed. Temis, Bogotá, 2000. Pág. 496.

<sup>146</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo / OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Op.cit.* pág. 496-497.

<sup>147</sup> ALARCÓN ROJAS, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. 2011.

se tenía como sanción la nulidad absoluta, pero el efecto de esa nulidad recaía sobre todo el testamento haciéndolo inválido, por lo que los juriconsultos romanos interpretaron las disposiciones testamentarias de manera tal que se pudiera salvar el testamento, surgiendo el *favor testamenti*, o búsqueda de conservación del testamento. Originariamente las condiciones imposibles en el testamento generaban la nulidad del acto, pero los juriconsultos idearon el recurso de tener por no puestas tales estipulaciones para así no privarlo de validez en su totalidad<sup>148</sup>. El razonamiento parecía consistir en que un suceso imposible no sería una condición porque no podría suceder y habría certeza de su no ocurrencia y así más que una condición sería un modo, y como quiera que en ese caso no suspendería la adquisición del derecho, un modo imposible en nada afecta la institución y ha de tenerse como no impuesto.

También con dicha fórmula se sancionaban las disposiciones testamentarias condicionales que eran imposibles o ilícitas, borrando lo que vulneraba el ordenamiento y preservando el resto. El posterior principio de *utile per inutile vitiatur* que se asemeja a la nulidad parcial actual se ve como posterior a la fórmula *pro non scripta*, de acuerdo con las fuentes<sup>149</sup>. Dicha institución fue acogida por el derecho de los bárbaros invasores del Imperio Romano de Occidente, para luego ser reconocida por los glosadores.

Alarcón indica que los códigos latinoamericanos contemplan la fórmula *pro non scripta* respecto de las condiciones imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres, citando los de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Rep. Dominicana, Uruguay, Venezuela, entre otras.

Además menciona las codificaciones italiana y española, para decir que la fórmula ya estaba prevista en ellas y que la aseveración de que la ineficacia de pleno derecho no tiene antecedentes es una aseveración sin fundamento<sup>150</sup>. Indica que en el Código Civil italiano se tienen como no escritas las condiciones resolutorias imposibles, como también las condiciones imposibles o contrarias al orden público y buenas costumbres presentes en los testamentos. Así, también la fijación de un término suspensivo o resolutorio en las asignaciones universales. En el español se tiene por no escrita la condición de no hacer una cosa imposible.

Así, el autor sustenta los antecedentes de la ineficacia de pleno derecho como institución propia e independiente de otras sanciones, la cual se encuentra presente en muchas

---

<sup>148</sup> *Ibíd.* Pág. 57

<sup>149</sup> *Ibíd.* Pág. 65

<sup>150</sup> *Ibíd.* Pág. 141

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

legislaciones del mundo, en general, en todas las del derecho continental que tiene al derecho romano como fuente.

Ya pasando al plano nacional, varias son las normas que consagran la ineficacia de pleno derecho, tales como la Ley 80 de 1993 en su artículo 24 al final del numeral 5°, el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, y todos los casos previstos en el Código de Comercio de conformidad con el artículo 897 del mismo código. Además, la Ley 446 de 1998 faculta a algunas superintendencias para reconocer los presupuestos o causales de la ineficacia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ya se ha referido a la sanción de la ineficacia de pleno derecho como consecuencia propia y de efectos particulares, como es el caso de la providencia<sup>151</sup> de septiembre de 2011 donde se menciona lo siguiente:

«La “ineficacia de pleno derecho” (artículo 897, C. de Co.), en tanto un acto “no produce efecto alguno” (arts. 297, 918, 1045, 1055, 1137 y 2003 C. de Co.), “será ineficaz” (arts. 110-4, 122, 190, 433, 1244 y 1613 C. de Co., 16, 17 y 48, Ley 1116 de 2006), “so pena de ineficacia” (arts. 390, 366 y 1210, C. de Co.), carecerá “de toda eficacia” (art. 435, C. de Co.), “no producirá efectos” (arts. 524, 670, 712, 1005 y 1031, C. de Co.), se tendrá no escrito (arts. 141, 150, 198, 200, 294, 318, 362, 407, 501, 655, 678, 962, 1328 y 1617, C. de Co.; 11, Ley 1328 de 2009), o no puesto (arts. 655 y 717, C. de Co.), recoge “multitud de supuestos de hecho que, en estricto sentido, deberían generar nulidad u otro tipo de vicio, dado que no en todas las eventualidades donde en ese estatuto legal ‘se exprese que un acto no produce efectos’, se está, necesariamente, ante la falta de algún elemento estructural del acto o contrato, como sucede, verbi gratia, en las hipótesis contempladas en los artículos 110, numeral 4°, 122, numeral 2°, 190, 297, según los cuales, serán ineficaces o no producirán efecto alguno ‘la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél’, ‘todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos’, ‘las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186’, ‘los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo’ 298 ‘respecto de la sociedad ni de los demás socios’, para citar apenas algunos, que el legislador, en ejercicio de su potestad, quiso ubicar dentro de la mencionada ineficacia” (cas.civ. sentencia de 6 de agosto de 2010, exp. 05001-3103-017-2002-00189-01), es decir, comprende disímiles situaciones que, en su ausencia, en la disciplina normativa del negocio jurídico tendrían tratamiento específico (inexistencia, nulidad, anulabilidad e inoponibilidad del negocio jurídico), en particular por quebranto del *ius cogens*, normas imperativas protectoras de determinados intereses.» (Subrayado nuestro)

»Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco (“cuando en este código se exprese”), aplica en los casos

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2011. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Expediente 11001-3103-026-2000-04366-01.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía *legis o iuris*, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, *per se* e inmediata al acto, sin declaración judicial, aún cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren.»

Al final del párrafo anterior se inserta una cita diciendo:

“Una sugestiva doctrina colombiana, identifica la figura *legis* introducida por el Código de Comercio de 1971, con la fórmula *pro non scripta* como expresión del *favor testamenti*, tratándose de la institución testamentaria de heredero *ex certa re, excepta re certa*, a término o condición imposible, ambigua, resolutoria o ilícita por contrariar las buenas costumbres, todas las cuales se tenían no escritas, no en aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, con el que en nada se relaciona, y halla su consagración previa en los artículos 805, 830, 1057, 1113, 1117, 1123, 1124, 1129, 1132, 1133, 1184, 1190, 1537, 1931 y 1950 del Código Civil, 108 y 109 de la Ley de 1887, así como su reconocimiento en la sentencia de casación civil del 15 de septiembre de 1945, LIX, p. 926, respecto de la prohibición de fideicomisos sucesivos”.

En la providencia se hace referencia a la sanción de ineficacia de pleno derecho para la estipulación que varíe la responsabilidad fuera de los límites establecidos de conformidad con el art. 1031 del C. de C. en el contrato de transporte, para decir que dicha sanción no se puede aplicar analógicamente al contrato de transporte marítimo de mercaderías.

El Consejo de Estado había mencionado la sanción en ocasiones<sup>152</sup>, indicando su calidad de operar de pleno derecho y no requerir declaración judicial, pero nunca analizando sus características particulares.

Consideramos entonces que los antecedentes históricos, las consagraciones legales, los antecedentes jurisprudenciales y lo sugerido por la doctrina son dicentes respecto de la naturaleza autónoma y especial de la fórmula *pro non scripta* como sanción jurídica especial, con efectos especiales. A continuación entonces nos detendremos a analizar la sanción y sus consecuencias.

---

<sup>152</sup> Por ejemplo en la Sentencia del 26 de abril de 2006. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 16041.

### 3.2.3. LA FÓRMULA *PRO NON SCRIPTA* O INEFICACIA DE PLENO DERECHO: DEFINICIÓN, EFECTOS Y DIFERENCIAS CON OTRAS SANCIONES.

Siguiendo a Alarcón Rojas, la ineficacia de pleno derecho se define así:

“La fórmula *pro non scripta* o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción *in limine* con que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado.”

“En resumen, es una sanción que borra *ipso iure* de la realidad jurídica aquellas cláusulas o pactos que violan normas imperativas, y sólo a éstos, y para cuya transgresión haya previsto la ley expresamente esa consecuencia.”

“Pero, por supuesto que la fórmula *pro non scripta* se erige hoy, al igual que ayer, como un mecanismo para salvaguardar la existencia del negocio jurídico, característica ésta que ahora resulta de mayor trascendencia si se tiene en cuenta que hoy el contrato se mira con mayor frecuencia con el cristal del orden público económico más que con el de la disciplina del interés particular”<sup>153</sup>.

La tenemos entonces como una sanción del negocio jurídico que opera de inmediato, desde el mismo instante que nace a la vida jurídica el acto, y que tiene como efecto que la parte señalada por la Ley como infractora sale del ordenamiento jurídico y pierde sus efectos, dejando incólume el resto del negocio.

Al coincidir el acto con la redacción que supone como consecuencia la sanción, ésta sucede de pleno derecho y por eso no requiere pronunciamiento judicial. Sin embargo es también posible que los supuestos de hecho de la ineficacia sean reconocidos por entes administrativos a petición de parte o de oficio, como es el caso del artículo 133 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el artículo 326 numeral 8 del EOSF por la sentencia C-930 del 2006. La norma dice:

“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación

<sup>153</sup> ALARCÓN ROJAS, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Óp.cit. Págs. 160-161

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades.”

Consideramos que al juez también le es aplicable el contenido del artículo, y puede reconocer y declarar los supuestos o causales de la ineficacia. Que no pudiera hacerlo sería desconocer la protección del orden público.

Por su parte, también es oportuno tener en cuenta el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 le dio facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera para conocer “*de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público*”<sup>154</sup>. Añadió diciendo que a su vez la superintendencia “*no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo (...) [t]ampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral*”. Como procedimiento para la resolución de las controversias relacionadas con la violación de los derechos de los consumidores contenidos en cualquier normativa nacional se estableció el verbal sumario, con las particularidades previstas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Pasando a referirnos a las características y consecuencias de la sanción, tenemos las siguientes: Como consecuencia de la sanción de ineficacia de pleno derecho, las cosas dadas pueden ser devueltas por no poderse derivar efectos de lo ineficaz. Por analogía con la nulidad absoluta, la constatación judicial o administrativa puede ser solicitada por cualquier interesado, aún los contratantes que saben de la misma, todo ello en busca de la protección del orden público. También, en ese sentido, puede ser propuesta por acción o como excepción. El acto o la estipulación ineficaz de pleno derecho no suponen saneamiento, ni por el paso del tiempo ni por otra razón, dada su ilicitud, a lo que se sigue que entonces la sanción es imprescriptible y puede pedirse en cualquier tiempo. Es una sanción que solo se predica de los casos fijados por la Ley y no puede generalizarse ni aplicarse por analogía, y no requiere de declaración judicial o administrativa.

Siguiendo a Alarcón Rojas, resumiremos algunas diferencias respecto de otras sanciones. La ineficacia de pleno derecho se diferencia de la inexistencia<sup>155</sup> por no tener ésta naturaleza sancionatoria; porque ésta se configura sin necesidad de decisión judicial y aquella opera de pleno derecho; la inexistencia no es una manifestación del principio de

---

<sup>154</sup> Ley 1480 de 2011, artículo 57. Disponible en línea en el en enlace:  
<[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1480\\_2011\\_pr001.html#57](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1480_2011_pr001.html#57)>.

<sup>155</sup> *Ibíd.* Págs. 245-247

## Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro

conservación del negocio o *favor negotii*; ésta impide el nacimiento de la totalidad del negocio jurídico, mientras que la ineficacia de pleno derecho elimina la estipulación infractora quedando vigente el resto; la inexistencia no puede ser declarada de oficio por no buscar preservar el negocio, las buenas costumbres o el orden público, mientras que la ineficacia sí; la primera sucede de pleno derecho y la segunda por ausencia de elementos esenciales.

Se diferencia con la nulidad absoluta en que ésta destruye todo el negocio en caso de que no sea parcial sino total, y aquella sólo elimina la parte ilícita; la nulidad permite la producción de efectos hasta su declaración, mientras que la ineficacia es *in limine*; la nulidad solo existe desde la declaración judicial; sólo puede ser declarada por el juez y no por entes administrativos como en la ineficacia; en la nulidad hay restituciones mutuas a menos de que exista objeto o causa lícita conocidos, y en la ineficacia siempre hay lugar a restituciones; la nulidad puede sanearse por ratificación y por prescripción extraordinaria, lo que no sucede respecto de la ineficacia.

También estas diferencias aplican respecto de la nulidad parcial, pues sólo varía respecto de su extensión. Se diferencia la ineficacia de pleno derecho respecto de la nulidad parcial, además, en que en ésta es necesario interpretar la voluntad de las partes para saber si habrían celebrado el negocio sin la parte nula, y en aquella no cabe ninguna interpretación; ésta puede salvar el negocio dependiendo del juicio de causa e intención, mientras que aquella siempre preserva el resto del negocio.

Por último se hace referencia a las diferencias con la ineficacia por no producción de efectos finales o de sentido estricto: se trata de los casos en los que el acto existe y es válido, pero los efectos finales no se producen temporal o definitivamente, o están destinados a desaparecer, por circunstancias originarias o extrañas al negocio. La ineficacia de pleno derecho en este caso se diferencia porque en aquella ineficacia no existe transgresión y nace a la vida jurídica, mientras que la ineficacia de pleno derecho expulsa del ordenamiento de inmediato la estipulación transgresora; porque la ineficacia de pleno derecho sucede de *ipso iure* y es una expresión del *favor negotii*, lo que no sucede respecto de la otra; y porque en la ineficacia por no producción de efectos finales los efectos no son necesariamente permanentes y definitivos, como sucede en la de pleno derecho.

### 3.2.4. EXTRAPOLACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO

Teniendo entonces que al aplicar en primera medida la ley 1328, o la circular 039 que la amplía, la inclusión de cláusulas abusivas “en un contrato se entenderá por no escrita o sin

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

efectos para el consumidor financiero”<sup>156</sup>. Del análisis de la redacción a la luz del artículo 897 del C. de Co., y de acuerdo con los antecedentes reseñados de la fórmula *pro non scripta*, concluimos entonces que la consecuencia jurídica para las cláusulas abusivas que se adviertan en el contrato de seguro, de conformidad con la ley 1328, es la ineficacia de pleno derecho.

Al revisar los ejemplos de la circular 039, de acuerdo con el encabezado de la lista que reza: “*Salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas*”, vemos que se trata de una lista negra, donde al encuadrar la estipulación con la descripción del ejemplo sucede de inmediato la sanción. Lo mismo sucede con los literales a), b) y c) del art. 11 de la ley 1328, referidos a la inversión de la carga de la prueba y la inclusión de espacios en blanco sin carta de instrucciones. Por el contrario, el literal d) requiere un análisis más pormenorizado, ya que tendrá el operador o intérprete que determinar si la estipulación varía los derechos u obligaciones de las partes, e inclusive si a consecuencia de ello se rompe con la justicia contractual, por lo cual esas dos corresponderían no a una lista negra sino a una gris.

Lo anterior con las salvedades de la especialidad y excepcionalidad de esa sanción, en el sentido que sólo puede ser predicada en los casos específicamente señalados en la Ley. De acuerdo con la jerarquización propuesta, si la cláusula se advierte conforme a lo previsto en la ley 1480 o el EOSF, la sanción también sería la ineficacia de pleno derecho, ya que dichas normas la prevén<sup>157</sup>. La lista del estatuto del consumidor sería negra.

En cambio, si se trata de la aplicación de la Ley Mercantil, Civil, o de la Ley 142 de 1994, la sanción no podría ser la ineficacia de pleno derecho por no estar contemplada. En este caso sería la nulidad absoluta la aplicable, en lo posible parcial para conservar el negocio, ya que se configuraría el objeto ilícito a la luz de los principios legales y constitucionales pertinentes, como lo son la buena fe, abuso del derecho y la igualdad. La ley 142, como se expreso, tendría un sistema de lista gris dado que la presunción de abuso de posición

---

<sup>156</sup> Parágrafo del artículo 11 de la ley 1328 de 2009 y portada de la circular 039 de 2011, la cual reza: “De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, las estipulaciones contractuales que contravengan lo previsto en la ley y en la presente circular, se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero”.

<sup>157</sup> El artículo 43 de la ley 1480 que contiene la lista de las cláusulas abusivas se encabeza diciendo: “Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...)”. Por su parte, el artículo 184 del decreto 663/93 numeral 2 y literal a) establece que el “*contenido [de la póliza] debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva*”.

dominante puede desvirtuarse con el análisis de las cargas asumidas por la empresa que hacen que no exista desequilibrio contractual.

Respecto de la declaración, si se trata de la ineficacia de pleno derecho, podrían reconocer los supuestos o causales el juez o las superintendencias facultadas por el art. 133 de la Ley 446 de 1998 (financiera, de sociedades o de valores) de oficio o a petición de parte. Consideramos también que los Defensores del Consumidor Financiero en ejercicio de la función de vocería (art. 13 Ley 1328/09, lit. d) podrían reconocer los supuestos de la ineficacia y dejarlas sin efectos para los casos particulares sometidos al trámite de quejas de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010. Si se trata de la nulidad, ya entonces el competente para su declaración sería el juez.

## 4. CONCLUSIONES

Como conclusiones generales del presente trabajo tenemos las siguientes:

- La regulación relacionada con las cláusulas abusivas en Colombia es dispersa y está difuminada en diferentes normas jurídicas.
- Las cláusulas abusivas fueron definidas de acuerdo con la doctrina, jurisprudencia y legislación internacional, pero hoy contamos con la definición del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, según la cual se definen como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”*.
- Se han regulado las cláusulas abusivas en diferentes países del mundo, limitándolas a través de diferentes sistemas como los de listas negras y asignándoles diferentes sanciones jurídicas.
- El principio de buena fe probidad envuelve al contrato de seguro, creando obligaciones de conducta en las partes del mismo, incluida la de abstenerse de pactar cláusulas abusivas cuando exista poder de negociación superior.
- El abuso del derecho se diferencia de las cláusulas abusivas por ser de naturaleza indemnizatoria, y en que su análisis no es *in limine* como en el caso de éstas, pues además del análisis del contenido válido se requiere un análisis adicional de la ejecución y las prerrogativas ejercidas unilateralmente por la parte dominante en el contrato.
- La doctrina y jurisprudencia nacionales difieren respecto de la sanción jurídica aplicable a las cláusulas abusivas, yendo desde la nulidad absoluta hasta la ineficacia de pleno derecho.
- La Ley 1328 de 2009 es especial a la 1480 de 2011 respecto del contrato de seguro, por ser la primera una regulación dirigida a los consumidores financieros

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

en el sistema financiero y asegurador, y la segunda una regulación general que es suplementaria respecto de normas especiales.

- Las normas que regulan las cláusulas abusivas respecto del contrato de seguro pueden ser jerarquizadas para establecer un orden de observancia, proponiéndose en este caso el siguiente orden: Circular 039 expedida por la SFC; Ley 1328 de 2009; Ley 1480 de 2011; Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Ley Mercantil; Ley Civil; Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; Principios Generales del Derecho; y de forma perpendicular los Principios constitucionales de Buena Fe, Abuso del Derecho y de igualdad.
- La sanción aplicable para el contrato de seguro, de conformidad con la Ley 1328 de 2009, es la ineficacia de pleno derecho.
- La ineficacia de pleno derecho es una sanción jurídica especial, que cuenta con unas características, antecedentes y efectos propios.
- La ineficacia de pleno derecho es una sanción jurídica que opera *in limine*, desde el nacimiento del acto a la vida jurídica sin necesidad de declaración judicial, que genera la salida del ordenamiento de la parte infractora o ilícita dejando incólume el resto del negocio jurídico en busca de su conservación.
- Los ejemplos de la circular 039 de 2011 junto con los de los literales a), b) y c) del art. 11 de la Ley 1328 de 2009 corresponden a una lista negra, en la cual luego de identificada la cláusula, opera de manera inmediata y automática la sanción de ineficacia de pleno derecho. Lo mismo sucede con la Ley 1480 de 2011.
- El literal d) de la Ley 1328 de 2009 y los ejemplos de la Ley 142 de 1994 corresponden a una lista gris, donde hace falta un análisis interpretativo que reconozca un desequilibrio y así fundamentar la existencia de la cláusula abusiva.
- En los casos de la Ley Mercantil, Civil, Ley 142 de 1994 y Constitución Política, la sanción jurídica no puede ser la ineficacia de pleno derecho por no están contemplada en esas normas, por lo que la sanción sería la nulidad absoluta total o en lo posible parcial por objeto ilícito.

- Los supuestos o causales de la ineficacia de pleno derecho pueden ser declarados por el Juez y las Superintendencias Financiera, de Sociedades o de Valores, de oficio o a petición de parte.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. *Cláusulas Abusivas*. MENDOZA, PALACIOS, ACEDO, BORJAS, PÁEZ PUMAR & CÍA., Abogados. Venezuela, 2004. Disponible en línea en: [http://www.menpa.com/PDF/Clausulas\\_abusivas\\_CEAS\\_2004.pdf](http://www.menpa.com/PDF/Clausulas_abusivas_CEAS_2004.pdf).

ALARCÓN ROJAS, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. 2011.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, teoría general del negocio mercantil*. Tomos I y II, doceava edición 2008. Ed. Diké. Bogotá, D.C.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad privada*. J.M. Boch, Barcelona, 1999.

BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. *El Control de las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*. En: Revista de Investigación Jurídica. Perú.

BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez, Ed. Comares S.L., Granada, 2000.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*. En: Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Diké. Bogotá, 2009.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Justicia y abuso contractual*, en: Los Contratos en el Derecho Privado. Fabricio Mantilla Espinoza y Francisco Ternera Barrios – directores académicos. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Legis Editores S.A. Bogotá D.C., 2007.

CUBIDES CAMACHO, Jorge / PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Eficacia del acto jurídico: visión unificada en los ordenamientos civil y comercial*. En: Revista de Derecho Privado n.º 45. Universidad de los Andes. Enero – Junio de 2011.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I*, Introducción, Teoría del Contrato. Civistas. Madrid, España, 1992.

ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. En: Opinión Jurídica, Vol. 10 n.º 20. Julio – Diciembre de 2011. Medellín, Colombia. Págs. 125-144.

**Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro**

Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XIX n.º 626. Proyecto de Ley Número 089 de 2010 Cámara, “*por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones*”. Exposición de Motivos. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2010.

Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XVII n.º 138. Proyecto de Ley Número 282 de 2008 Cámara, “*por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*”. Exposición de Motivos. I, Del Régimen de Protección al Consumidor Financiero. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2008.

GUAL ACOSTA, José Manuel. *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución*. En: Revista IUSTA N° 30. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. Enero – junio de 2009.

HINESTROSA, Fernando. *Los principios UNIDROIT: Una nueva lengua franca*. En: Principios sobre los contratos comerciales internacionales, publicación del Ministerio de Justicia de Colombia. Bogotá, Imprenta Nacional, 1997.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*. En: revista jurídica y económica Universitas n.º 105. Pontificia Universidad Javeriana. 2003.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Presupuestos de un sistema de control de las condiciones generales del contrato de seguro*. En: Revista de la maestría en derecho económico. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Cuarta edición. Dupré editores Ltda. Bogotá, Colombia, 2004.

MONQUETE PELLETIER, Luis A. *Contrato de adhesión y cláusulas abusivas*. Gaceta Judicial del 30 de julio de 2006, Republica Dominicana. Disponible en vLex a través del enlace: <<http://vlex.com/vid/contrato-360767174>>

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*, en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV Volumen I. Editores académicos Jorge Gabino Pinzón Sánchez, María Fernanda Navas Herrera y Yaira Alarcón Palacio; presentación Carlos Ignacio Jaramillo J. -1ª ed.- Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica: Editorial Temis 2010.

OVIEDO ALBAN, Jorge. *Derecho Privado y Globalización (Contratos)*. Tomo 3, ed. Ibañez. Bogotá, Colombia, 2008.

PAGADOR LÓPEZ, Javier. *La Directiva comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas*. Madrid, Marcial Pons, 1998.

PIZARRO WILSON, Carlos. *Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, 2005.

PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*. En: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV Volumen I. Editores académicos Jorge Gabino Pinzón Sánchez, María Fernanda Navas Herrera y Yadira Alarcón Palacio; presentación Carlos Ignacio Jaramillo J. -1ª ed.- Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica: Editorial Temis 2010.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.

RODRÍGUEZ-YONG, Camilo A. *Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense*. En: Revista Universitas 122, págs. 519-540, 2011.

ROMERO LONDOÑO Jaime Eduardo / VELANDIA BECERRA Diego Fernando. *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*. Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial*. 7ª ed., Tomo III Vol. I, Ed. Jurídica de Chile. Chile, 2010.

STIGLITZ, Rubén S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. En: Rev. "Derecho del Consumidor" Juris No. 8, Argentina.

SUESCUN DE ROA, Felipe. *Control de las Cláusulas Abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*. Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado 41. Septiembre de 2009.

## Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre 19 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Scholss. Exp: No. 3972.

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil y Agraria. Sentencia 026 de 22 de julio de 1999. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 02 de febrero de 2001. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 5670.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo J., expediente n.º 6146.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6462. Bogotá, 13 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2011. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Expediente 11001-3103-026-2000-04366-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente C-1100131030142001-01489-01.