



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Cláusulas abusivas en el contrato de seguros

Ivone Yissed Varela Lugo¹

Resumen

Las cláusulas abusivas en los contratos de seguro son un tema que ha contado con una relevante discusión jurídica a la luz del ordenamiento normativo colombiano, siendo el mismo abordado desde diferentes ópticas. El actual escrito busca profundizar en el acervo de este cúmulo de estudios en la materia, para dar cuenta el cómo se han instituido unos mecanismos de control conforme al interés de mitigar esta práctica adversa a la naturaleza legal de los contratos. Se considera que su uso implica un atentado contra el principio de la buena fe, en cuanto involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las contrapartes, de allí que el orden jurídico-institucional haya definido, como en el caso colombiano, acciones para su control que, en suma, implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de las libertades contractuales de las partes, en atención a la demanda por acciones de este tipo, de parte de quienes condenan el ejercicio de esta práctica, no obstante, se considera que, no solo se debe pedir un control de las autoridades, sino también pedir a las aseguradoras que sean éticas en su actuar, y no proliferen este tipo de situaciones a sabiendas de lo engañoso y desleal que resulta.

Palabras claves: cláusula abusiva, contrato de adhesión, contrato de seguro, principio de buena fe, consumidores.

¹ Artículo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogada.

Abstract

The abusive clauses in insurance contracts are an issue that has had a relevant legal discussion in light of the Colombian legal system, being the same approached from different perspectives. The current paper seeks to deepen the collection of this series of studies on the subject, to account for how control mechanisms have been instituted in the interest of mitigating this adverse practice to the legal nature of contracts. It is considered that its use implies an attack against the principle of good faith, insofar as it involves a significant disproportion between the obligations and benefits that the counterparts acquire, hence the legal-institutional order has defined, as in the case of Colombia, actions For its control, which, in short, implies an intervention in the autonomy of the private will of the contractual freedoms of the parties, in response to the demand for actions of this type, on the part of those who condemn the practice of this practice, , It is considered that, not only should they request a control of the authorities, but also ask the insurers to be ethical in their action, and do not proliferate this type of situations knowing the deceitful and disloyal that results.

Key words: abusive clause, contract of adhesion, contract of insurance, principle of good faith, consumers.

Sumario

Introducción

1. Contrato de seguros y contrato de adhesión

1.1. Elementos esenciales del contrato de seguros a la luz de la legislación colombiana

1.1.1. El interés asegurable

1.1.2. El riesgo asegurable

1.1.3. La prima

1.2. Contrato de adhesión

2. Cláusulas abusivas en el contrato de seguros

2.1. Condiciones vistas en las cláusulas abusivas

2.2. Regulación de las cláusulas abusivas

2.2.1. El contrato de adhesión en el Estatuto al Consumidor

3. Análisis jurisprudencial de las cláusulas abusivas

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Las cláusulas abusivas, son aquellas condiciones que aparece impuestas como un abuso de poder económico de una parte frente a otra más débil; imposición por la cual se busca, obtener frente a ésta última una ventaja excesiva, al hacer más gravosas las cargas de la parte débil, frente a la parte más fuerte. Son una práctica comercial con más de dos siglos de uso, cuya complejidad, y de allí su sostenimiento hasta la actualidad, pone en conflicto la libertad comercial de una de las partes, con los derechos inalienables de la otra.

Parte de los antecedentes más relevantes sobre regulación a las cláusulas abusivas, se encuentran a finales del siglo XVIII con el desarrollo de la Revolución Francesa, la cual dio a las personas un reconocimiento de la libertad individual, manifestada en la libertad jurídica o autonomía de la voluntad. Frente a ello, los ordenamientos jurídicos avanzaron en reconocer a las personas tanto la facultad de autorregular sus propios intereses en el marco de los límites dictados por el Estado, como la facultad de contraer válida y voluntariamente obligaciones (Posada, 2015, p. 144).

Con la Revolución Industrial, a mediados del siglo XVIII, se masificó la práctica por parte de los propietarios del capital por establecer cláusulas generales en detrimento de los trabajadores, con el fin de maximizar su ganancia, como también la de comercializar bienes con unas condiciones de venta generalizada; de allí que, el interés por limitar las cláusulas abusivas, sea una consideración acuñada del fenómeno de la contratación en masa del derecho europeo, la cual tiende al debilitamiento de la libertad contractual al poner límite a la autonomía y voluntad de las partes (Suescun, 2009, pp. 9-10).

La existencia de las cláusulas abusivas, impiden que las obligaciones estipuladas sean equilibradas, limitando el desarrollo adecuado del negocio jurídico en el objeto para el cual fue celebrado. Es por ello que, surge como mecanismo

para contrarrestar sus efectos, la regulación contractual por parte del legislador, a través de una noción de orden público de protección, la cual, en el caso de Colombia, estipula reglas de protección para la contratación en general, y además de ello, para el contrato de seguro, mediante la expedición de preceptos específicos relativo a esta clase de contrato (Echeverri, 2011, p. 139).

En este sentido, el actual documento avanza en la identificación y análisis de los regímenes existentes en la legislación Colombia, para regular las cláusulas que puedan ser catalogadas como abusivas en los contratos de seguros. Su desarrollo acude al estudio de los elementos constitutivos del seguro en general, para luego profundizar en la caracterización de las cláusulas abusivas desde distintos ámbitos contractuales que, debe llevar a establecer una lectura reflexiva sobre el estado actual de regulación a esta práctica comercial en el país.

1. Contrato de seguros y contrato de adhesión

Sin necesidad de entrar a profundizar en la naturaleza e historia del contrato de seguro, se puede indicar que el mismo hace parte de los dispositivos consolidados en la proliferación del comercio mundial marítimo y, la inserción a un nuevo modelo de intercambio global capitalista; en este sentido, el seguro se establece como: “una institución que nació con el fin de reducir la incertidumbre generada por imprevistos o por la mala fe y para compensar el costo del incumplimiento de los contratos” (Matus, 2009, p. 17).

Con todo y la referencia que a propósito de este y otros documentos se realiza sobre las cláusulas abusivas, el seguro en términos generales se puede considerar como una figura clave de la expansión económica global, sobre la base de la emergencia del capitalismo sucedido en el siglo XVI y, afianzado en los siglos XVII y XVIII (Infante, 2009, p. 100), sin embargo, ello no le resta pertinencia a las críticas que puedan surgir en lo referente a su materialización actual, como sucede en el caso de las cláusulas abusivas.

En este sentido, al ser el propósito central del actual documento establecer un análisis minucioso sobre la manera como jurídicamente se ha dictado una regulación a los seguros en el país, para que estos no se encuentren viciados por cláusulas abusivas, a continuación se profundiza en la identificación de los elementos esenciales del contrato de seguros, precisando en los contenidos dogmáticos y de normatividad doméstica, sobre los cuales se configura su caracterización.

1.1. Elementos esenciales del contrato de seguros a la luz de la legislación colombiana

Antes de entrar a precisar en términos de legislación nacional la manera como normativamente se definen los seguros, se podría indicar que, a nivel general, son dos los grandes ramos en los cuales se dividen los seguros: personas y daños; estos últimos a su vez divididos en: patrimoniales y reales (Ordoñez, 2012, pp. 21-25). Para efectos del documento no es necesario entrar a ahondar en esta división, en la medida que, no es un solo tipo de estos seguros, que se puede presentar cláusulas abusivas; de manera general, en todos los tipos de seguros es posible que la misma surja.

En lo que corresponde a la definición de seguro como figura comercial, la legislación nacional establece en el Título V del Código de Comercio, artículos 1036 y siguientes que, el contrato de seguro es un acuerdo caracterizado por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución o tracto sucesivo, sin embargo, como lo señalan autores como Hernán López (1999), el estudio riguroso de otras normas llama a que se establezcan otras cualidades con igual relevancia a las antes mencionadas, “tales como su carácter estrictamente indemnizatorio; la buena fe, en ser un contrato en consideración a la persona” (p. 21).

La regulación comercial y financiera de la figura, conduce a identificar también a las partes, entre las cuales se destacan la aseguradora, el asegurado, el tomador

del seguro, quienes deben definir consensualmente el contenido de la póliza. Estos elementos definitorios del contrato de seguro en general, son claves en la comprensión del tema desarrollado en la actual investigación, en cuanto por los mismos se puede visibilizar de mejor manera, las posibilidades de configuración de las denominadas cláusulas abusivas. Sobre estos, se profundiza en las siguientes secciones del documento.

1.1.1. El interés asegurable

Como se ha mencionado, los dos grandes grupos de tipos de seguros, se establecen sobre los ítems de daños y personas, siendo los mismos consignados de manera expresa en los artículos 1083 y 1137 del Código de Comercio, respectivamente. Como lo comenta Andrés Ordoñez (2003), de acuerdo al tipo de seguro y, riesgo asegurable, se establece un interés asegurable (p. 32), definido este como: la relación económica lícita existente entre el bien o patrimonio asegurado y, quien lo asegura.

Conforme a lo indicado, el interés asegurable se configura en la medida que, el tenedor, poseedor o responsable de la cosa, bien o patrimonio, expresa a una contraparte, por lo general una aseguradora, el interés de protegerse frente a un posible fenómeno contingente o riesgo, considerando al respecto, la existencia de dos elementos fundamentales en su arreglo jurídico lícito; uno, relacionado con la actuación de buena fe de las contrapartes y, el segundo, definido en la intención de generar una contraprestación económica como fundamento de la relación contractual entre las partes.

1.1.2. El riesgo asegurable

Por riesgo asegurable se define la eventualidad de protección pretendida sobre un bien o patrimonio que, tiene una relación económica lícita con el

asegurado. Como en el párrafo anterior se indicó, el riesgo asegurable resulta de la eventual existencia de un posible fenómeno contingente por lo general determinado a groso modo, es decir, un riesgo, es aquello que las contrapartes definen como posible a suceder que, en el evento de ocurrir, la aseguradora compensa económicamente al asegurado o, quien haga las veces como beneficiario o, quien detente la posesión económica de lo asegurado.

En el Código de Comercio colombiano, el riesgo asegurable aparece definido en el artículo 1054 como un suceso “incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado y del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”. Esto, consecuente con lo antes pronunciado, conduce a caracterizar el riesgo asegurable bajo cuatro parámetros concurrentes; un evento posible; incertidumbre sobre su ocurrencia precisa; desarrollo fortuito y; la generación de un daño económico o moral -este último sobre todo en los riesgos asegurados en personas- (Castro, 1984, pp. 23-26).

El riesgo asegurable deriva en la obligación condicional del asegurador, entendiéndose por dicho concepto, como lo dicta el Código de Comercio en sus artículos 1079 y 1080; la exigencia que el asegurado hace a la aseguradora, una vez verificados los supuestos de amparo, para que esta última cancele a título de indemnización la obligación contratada por ocurrencia del hecho; es decir que, al suceder el riesgo contingente amparado en la póliza, se genera una obligación del asegurador para con el asegurado, generalmente definido como el pago de la indemnización estipulada en el contrato de seguro (Velásquez, 2012, pp. 82-83).

El tema del riesgo asegurable es de alta pertinencia para el documento que actualmente se elabora, en cuanto es este, el aspecto muchas veces restringido en las cláusulas abusivas de los contratos de seguros; ejemplo de ello es la aseguradora que, al ingresar a un asegurado a una póliza colectiva, restringe sus coberturas o, de otra manera, amplía sus exclusiones, lo cual puede, de acuerdo a la situación, expresar un asalto a la buena fe de la contraparte. Sobre este aspecto se estará volviendo, más adelante en el documento.

1.1.3. La prima

Al establecer el interés y riesgo asegurable, la aseguradora establece lo que se denomina un cálculo actuarial, para determinar la prima del seguro (Lancheros, 2011, p. 3). En sentido de la contraparte, la prima se configura como el valor que, voluntariamente el asegurado, decide asumir a contraprestación futura de la compensación mencionada anteriormente en el cubrimiento del riesgo. Los artículos 1066 y 1068 del Código de Comercio regulan este aspecto, definiendo al mes calendario de emitida la póliza, como la fecha sobre el cual se hacer este pago, salvo que las partes sobre el particular, de manera expresa y, consensuada, formulen otro tipo de acuerdo.

Existen otras condiciones que suman a los elementos definatorios del contrato de seguro, sin embargo, en lo esencial y, atendiendo a los intereses del actual documento, los anteriores resultan siendo los que merecen tener especial mención, toda vez que son fundamentales en la lectura a dar sobre las cláusulas abusivas, sobre todo en lo que tiene que ver con el riesgo asegurable como ya se dijo, en el entendido que es donde se tiende a generar el mayor conflicto, a la hora de validar la legalidad o no, de una cláusula en un contrato de seguro. Para precisar en este asunto, a continuación, se entra a estudiar el contrato de adhesión en el contrato de seguro.

1.2. Contrato de adhesión

El derecho privado ha encontrado nuevas matices a raíz de los modos de contratación que se apartan del esquema tradicional clásico del derecho civil, generando con ello nuevas figuras contractuales como sucede en el caso de los contratos de adhesión; en la práctica, este contrato es usado para adherir a un contrato inicial previamente estipulado, voluntariamente a más personas que acuerdan seguir los contenidos del contrato inicial, a través de lo que se denomina como cláusula arbitral (Stiglitz, 1999, pp. 34-35).

Lo anterior lleva a plantear que, el contrato de adhesión, es aquel acuerdo en virtud del cual surgen relaciones contractuales en las que una parte se encuentra en una posición prevalente ante la otra por celebrar un considerable número de contratos similares, muchas veces idénticos, con grandes cantidades de personas; tornando poco práctico para esta persona el discutir las condiciones de cada contrato y cada cláusula o condición con cada uno de sus contratantes o clientes, lo que lleva a que estandarice las condiciones contractuales de sus negocios.

Carlos Laguado (2003) retoma lo que algunos autores han denominado parte dominante en diferentes tipos de contratos mercantiles, para hablar de un débil jurídico, en este caso el asegurado, quien se debe someter en ocasiones a una o varias cláusulas definidas exclusivamente por el asegurador, bajo la figura de la adhesión al contrato (pp. 232-233), lo cual se considera una forma de contratación em masa que, altera la forma clásica de concepción del contrato, incluso, la forma ortodoxa de entender la economía;

Pareciera que la teoría de la oferta y de la aceptación concertada y negociada entre partes iguales no aplica en muchos de los contratos que se celebran día a día. Las modalidades de la contratación en masa han generado una serie de tendencias negociales, como formularios, contratos cuyo clausulado es íntegramente predispuesto e incluso bloques de cláusulas individualmente consideradas que se redactan previamente y son impuestas por una parte a la otra. (p. 233)

El autor establece que los contratos de adhesión son una extensión de los denominados contratos de masa, en los cuales concurren diferentes asegurados, en distintos momentos; siendo precisamente la voluntad de adherir a un contrato ya estipulado, el que genera el origen de los contratos de adhesión y, con este, el posiblemente surgimiento de cláusulas abusivas, siendo este el tema que se entra a desarrollar en lo que resta del documento.

2. Cláusulas abusivas en el contrato de seguros

Se comprenden las cláusulas abusivas en el ámbito jurídico, como aquellas que surgen sin el fundamento lógico de la equidad en las prerrogativas y obligaciones entre las contrapartes, lo cual las hace ventajosas para una de las partes, en detrimento de la buena fe como principio en la celebración y ejecución de los contratos, en tanto también del razonado equilibrio contractual, siendo los contratos de adhesión un terreno propicio para encontrar este tipo de condiciones (Pardo, 2004, p. 19).

Lo que se encuentra en tanto, es que las cláusulas abusivas son un condicionamiento surgente en el aprovechamiento de las desigualdades contractuales o aprovechamiento de las debilidades de una de las partes, lo cual implica a su vez, la vulneración de la buena fe de la contraparte adherente, no solo porque sea someter a la misma a un arreglo contractual con ventajas en las obligaciones, sino también porque la misma, como suele ocurrir, no es concedora de los limitantes jurídicos impuesto a su contraparte, a propósito de buscar restringir el uso de esta práctica solapada de una de las partes (Arango, 2016, p. 251), como más adelante se presenta.

Las cláusulas abusivas en el contrato de seguros, debilita por lo planteado la naturaleza contractual a celebrar entre las partes, a tenor de la vulneración a las condiciones de legalidad previstas para el contrato en sí. Por las desventajas que presenta para una de las partes, es dable a encontrar en contratos de seguros masificados, donde la aseguradora suele someter al tomador o asegurado a unas condiciones restrictivas en su aseguramiento, lo cual permite a la primera parte tomar distancia sobre elementos vinculantes jurídicamente, en su condición contractual.

2.1. Condiciones vistas en las cláusulas abusivas

Antes de entrar a revisar lo que en preciso formula la norma y la jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas, se puede formular un esquema de generalidades a las cuales se hace alusión cuando se hace uso del concepto. Gonzalo Suárez (2013), en revisión de los sistemas jurídicos de países como Francia, España, Argentina y Perú, encuentra que existen unos elementos que son generalizados en los sistemas jurídicos sobre cláusulas abusivas, siendo estos a saber los de (pp. 19-20):

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

Lo anterior lleva a identificar, un espectro amplio de posibilidades sobre las cuales se puede formular la emergencia de cláusulas que, en el caso del contrato de seguro, posibilita la realización de todas. En este sentido, y como se ha tratado

de presentar a lo largo del documento, el contrato de adherencia en el contrato de seguros es un escenario propicio para que se presenten este tipo de arbitrariedades, siendo por ello, el desarrollo de una regulación de la materia como sucede en el caso colombiano.

2.2. Regulación de las cláusulas abusivas

En Colombia, la regulación sobre las cláusulas abusivas no se ha trabajado sobre una ley específica, sino de manera segmentado de acuerdo con las áreas del derecho donde se ve relevante el tratamiento de esta cuestión, no obstante, se puede reconocer la derivación constitucional de este cúmulo de normatividades, en atención a prerrogativas fundamentales que emanan de la materialización de un Estado social de derecho (Chamie, 2013, p. 121).

En este sentido, se encuentra que, el legislador y los agentes reguladores han basado el impedimento de las cláusulas abusivas, en garantía de la igualdad, la dignidad y las libertades públicas, como se deriva del artículo primero constitucional (García y Gallego, 2016 pp. 132-133). En los denominados regímenes especiales, se puede encontrar parte de estos dispositivos jurídicos que, como ya se ha dicho, son un intento por regular en temas específicos, la proliferación de cláusulas abusivas que vayan en agravio para la parte más débil (Villalba, 2011, pp. 179-180).

En lo preciso, las regulaciones mencionadas se refieren a Estatutos como el del Consumidor, de los Servicios Públicos, de la Competencia Desleal o Sistema Financiero, puntualizando los mismos sobre la necesidad de protección frente a la posición dominante que pueda tener el prestador del servicio o facilitador del bien, de acuerdo con el producto. De los anteriores, el más pertinente para efectos de la investigación que se adelanta, resulta siendo el Estatuto del Consumidor, sobre el cual se avanza a continuación.

2.2.1. El contrato de adhesión en el Estatuto al Consumidor

Al amparo de lo anteriormente dicho, el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor, sancionado por Ley 1480 de 2011, dedicó un aparte de su articulado a la regulación sobre las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión. En su objeto, la ley establece la regulación de relaciones establecidas entre productores, proveedores y consumidores, teniendo en cuenta que, en los eventos que exista una regulación especial, esta será la orientadora de la relación, siendo para estos casos el Estatuto norma subsidiaria frente a temas no resueltos en la norma.

El Estatuto establece el derecho de los “consumidores” la “protección contractual”, esto es el derecho a ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (artículo 3 numeral 1.6), entendiéndose por este tipo de contratos como aquellos en los que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas (numeral 4 artículo 5), aunque esto llega a ser aún más desarrollado en los artículos 37 al 44.

Los artículos 37 al 41, desarrollan las condiciones que se establecen para identificar las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión, a tenor de los cuales, estos deben informar lo suficiente, ser claras, completas y concretas. Para el caso de 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”, aclarando que el incumplimiento de lo consignado en la norma genera su ineficacia (Artículo 37).

En su artículo 42, el Estatuto define las cláusulas abusivas como aquellas por medio de las cuales se produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor afectando el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. De acuerdo de la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se

analiza. Por el artículo 43, se señala de manera expresa aquello que lleva declarar algo como cláusula abusiva y, por efecto, a decretar su ineficacia.

En lo general, las condiciones de cláusulas abusivas en la normatividad colombiana son similares a las indicadas con anterioridad sobre otras legislaciones domésticas en la materia, lo cual incide en el contrato de adhesión al plantear los límites para tener en cuenta en el contenido de la relación jurídica negocial, so pena de declarar su nulidad o ineficacia.

3. Análisis jurisprudencial de las cláusulas abusivas

A nivel jurisprudencial, las cláusulas abusivas se han desarrollado de la mano con el estudio de los contratos de adhesión en caso de los contratos de seguros, siendo la misma en su momento fuente clave de derecho, al no contar el país con un panorama normativo claro en la materia; esto visto en perspectiva agregada, presenta a la jurisprudencia como gran promotora de la adecuación jurídica de las cosas; “las contribuciones de la jurisprudencia civil por más de un siglo han sido abundantes y de la mayor trascendencia para aplicar los principios de obligaciones y contratos a las relaciones económicas en una sociedad cambiante” (Castro, 2011, pp. 5-6).

Las primeras posiciones al respecto develan una posición exegética de la Corte Suprema de Justicia que, en pronunciamientos que datan 1974, apelaban a afirmar que los acuerdos, estaban sometidos conforme al Código de Comercio y Civil, al acuerdo voluntario entre las partes, aunque, entendiendo las dificultades a veces creada por las cláusulas difusas, no quedó del todo claro las posiciones por brindar protección a la parte débil entre las partes o, generar obligatoriedad de las mismas si son, entre todo, ajustadas a derecho (Gual, 2009, p. 19).

Este es un tema que no dejó de causar debates jurídicos respecto a la vinculatoriedad de estas cláusulas o la eficiencia que, en términos jurisprudenciales,

viene a tener una mayor claridad en la jurisprudencia dictada desde 2001 por la Corte Suprema, cuando clarifica que esta es la que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”, encontrando que las mismas son de manera más clara percibidas por los contratos de adhesión:

Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como -por regla- sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para “excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual” (Lukes). (...), 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 (Sentencia 5.670 de 2001, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)

En este sentido, la posición sentada por la Corporación en citada Sentencia, devela con claridad los elementos tendientes a identificar lo que se debe acotar como cláusula abusiva, siendo estos dichos de otra manera y para efectos de los seguros, que este sea una póliza colectiva, que las prerrogativas dictadas para la adhesión sean legalmente improcedentes y, que sea note el desequilibrio entre las partes, donde el asegurado o tomador, tenga que asumir condiciones que pongan en ventaja a la aseguradora.

En el tratamiento jurisprudencial, los aspectos mencionados se han encerrado en la manera como los mismos rompen con el principio de la buena fe que, como en párrafos anteriores se analizaba, proyecten la intención por parte de la aseguradora de imponer condiciones adversas injustificadas a la contraparte, es decir, al asegurado o, que la primera se aproveche del mayor conocimiento que

tiene del ramo para imponer exclusiones a la segunda parte a sabiendas de entender que esto pone a este último en desventaja.

La buena fe, se constituye en tanto en pilar fundamental en el logro de las condiciones contractuales de todo tipo de negocio legal, incluyendo por supuesto la del contrato de seguro; teniendo en cuenta que el logro de la misma, deviene de la puesta en práctica de otros preceptos morales y ético para el sano desarrollo de las relaciones sociales; a saber, la buena indica el respeto de principios sociales como la honradez, la rectitud o la transparencia, este último por ejemplo, con alcance de principio jurídico (Monsalve, 2008 pp. 37-39). En este parangón entre los principios sociales y jurídicos, se establece a su vez la Corte Suprema de Justicia

Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta Corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que “La buena fe hace referencia...a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza... Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad... En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 6.146 de 2001, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)

Lo traído a colación sobre la Corte Suprema de Justicia, resulta consecuente con lo también planteado por la Corte Constitucional, quien afirma que; “el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 superior” (Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2001), el cual reza a la letra: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (Constitución Política, Artículo 83).

Corolario de lo tratado en el documento, los seguros, sobre todo en los casos de las pólizas colectivas, están expuestas a un condicionamiento arbitrario por parte de las aseguradoras para que estas impongan cláusulas abusivas, a tientes de

aprovechar la condición de ventaja claramente evidente entre las partes. La posición central asumida en el documento, establece que, aun con un marco jurídico que impide dicha práctica abusiva, es previsible el uso de la misma aún en la actualidad, en atención a un elemento ya señalado; el desconocimiento por parte del asegurado sobre los riesgos previsibles, posición que comparten, autores como Carlos Laguado:

Las cláusulas abusivas violan el principio de la buena fe pues alejan al adherente de aquello que razonablemente esperaba del contrato de seguro, o sustraen de aquél, obligaciones que deberían entenderse incluidas. Mediante las cláusulas abusivas las compañías aseguradoras se sustraen de cumplir el contrato (de ejecutarlo) conforme a su normal o natural entendimiento; mediante aquéllas, las aseguradoras restringen los amparos que el tomador creyó haber adquirido plenamente, o, limitan el valor asegurado de una manera tal que el tomador no habrá precavido su riesgo como originalmente lo pretendió. (2003, p. 246)

En suma, en la actualidad la celebración de negocios como la suscripción de pólizas colectivas de aseguramiento, aún y con toda persuasión normativa, se encuentran expuestas a que se presenten cláusulas abusivas, evidenciables en tanto el suscriptor suspicazmente se cuestione sobre las condiciones de adherencia a la misma, ahora, ello lleva a plantear que, conjunto con la regulación del mercado, sería oportuno que las aseguradoras actuaran con ética consistente, materializada a través de su responsabilidad social tendiente a que el engaño no fuera una práctica empresarial por su filosofía ética y de valores, tanto como por el respeto a la ley.

Conclusiones

La historia de la expansión los mercados viene de la mano con la expansión de los seguros, como herramienta para contrarrestar las eventuales pérdidas

asociadas a las contingencias. En este sentido, lo que en principio resultó siendo un mecanismo para asegurar mercancías, se extendió a distintos ramos en los cuales hoy por hoy, se encuentra presente la actividad aseguradora, incluyendo la protección de las personas.

Sobre este último ramo, es que sobre todo se ha extendido el seguro masivo o pólizas colectivas, donde en medio de su dinamismo comercial ha surgido el concepto de cláusulas abusivas, aunque se debe advertir, no es el único negocio jurídico donde el concepto aplica. Las cláusulas abusivas, han merecido la atención jurídica de los ordenamientos jurídicos internos, en tanto son un mecanismo de engaño sobre una contraparte débil, quien muchas veces a través de un contrato de adherencia, ha asumido condiciones desventajosas como asegurado.

Lo que se dijo, es que esto sobre toda lectura, un atentado a la buena fe de las personas, de parte de una parte que, con conocimiento de sacar un provecho, impone unas condiciones de desventaja a la contraparte. Se debe decir que, esta crítica no es para nada una directiva en contra del contrato de adhesión que, por lo contrario, se considera una figura jurídica diligente para atender unas necesidades de asegurabilidad a gran escala, no obstante, por su masificación, su uso puede estar sujeto a prácticas desleales; allí se insta a las aseguradoras, a asumir una ética consistente para que su filosofía operativa no sea la socialmente criticada.

Bibliografía

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

Castro, M. (2011). Algunas propuestas para la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (45), 1-51.

Castro, N. (1984). *Elementos esenciales del contrato de seguro*. Medellín: Universidad de Medellín.

Chamie, J. F. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Rev. Derecho Privado*, 24, 115-132.

Echeverri, V. M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125-144.

García, C., & Gallego, A. (2016). Dispositivos jurídicos que pugnan las cláusulas abusivas en Colombia y Chile. *Summa Iuris*, 4(1), 127-153.

Gual, J. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. *Revista IUSTA*, (30), 16-44.

Infante, M. A. (2009). La verdad sobre la libertad de elegir. *Novum Jus*, 3(2), 89-124.

Laguado, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, 52(105), 231-251.

Lancheros, D. (2011). *Tarifación: elemento central de la actividad aseguradora. Aplicación a los seguros generales*. Bogotá: Federación de Aseguradores Colombianos [Fasecolda].

López, H. (1999). *El contrato de seguro*. Bogotá: Dupre Editores.

- Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho*, (30), 30-74.
- Matus, M. (2009). Aporte económico Sefardí en la historia moderna. *Cyber Humanitatis*, (49), 23 p.
- Ordoñez, A. (2003). *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2012). *Estudios de seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pardo, J. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: análisis legislativo y jurisprudencial*. Madrid: Dijusa.
- Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), 141-182.
- Stiglitz, R. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Con-texto* (4), 32- 51.
- Suescun, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17.
- Velásquez, M. (2012). Elementos esenciales del seguro. *Revista Universidad EAFIT*, 4(9), 81-87.
- Villalba, J. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 19(2), 171-195.