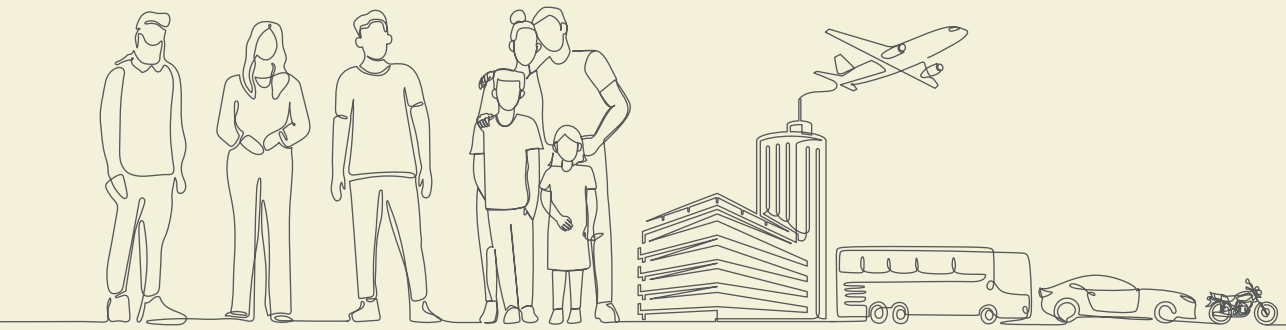
5 EDICIÓN



SEGUROS
TEMAS ESENCIALES



ECOE EDICIONES

Universidad de La Sabana

Dirección Académica
Fernando Palacios Sánchez

SEGUROS

TEMAS ESENCIALES

FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ
DIRECCIÓN ACADÉMICA

QUINTA EDICIÓN

Catalogación en la publicación - Biblioteca Nacional de Colombia

Seguros : temas esenciales / dirección académica, Fernando Palacios Sánchez. -- Quinta edición. -- Bogotá : Ecoe Ediciones y Universidad de La Sabana, 2024.
447 páginas.

Incluye datos curriculares del director editorial -- Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-503-868-4 (impreso) -- 978-958-503-869-1 (pdf)

1. Derecho de seguros - Colombia 2. Pólizas de seguros - Colombia 3. Compañías de seguros 4. Seguros 5. Derecho comparado I. Palacios Sánchez, Fernando, director

CDD: 346.861086 ed. 23 CO-BoBN– a1135408

Área: *Derecho*
Subárea: *Áreas específicas del derecho*

© Fernando Palacios Sánchez

© Ecoe Ediciones S.A.S.
info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 # 63 C 32
Teléfono: (+57) 321 226 46 09
Bogotá, Colombia

© Universidad de La Sabana,
Facultad de Derecho
www.unisabana.edu.co
publicaciones@unisabana.edu.co
Teléfono: (57-1) 8615555 Ext. 45001
Campus del Puente del Común
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia

Quinta edición: Bogotá, marzo del 2024

ISBN: 978-958-503-868-4
e-ISBN (PDF): 978-958-503-869-1

Coordinadora editorial: Ana María Rueda G.
Coordinadora de producción editorial:
Paula Bermúdez Bello
Editora de adquisiciones: Alejandra Cely R.
Corrección de estilo: Andrés Caro
Diagramación: Denise Rodríguez
Carátula: Wilson Marulanda Muñoz
Impresión: Carvajal Soluciones de
Comunicación S.A.S.
Carrera 69 #15-24

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo xxi

Primera parte. Aspectos jurídicos 1

I. Incumplimiento recíproco
Álvaro Mendoza Ramírez 1
1.1. Reseña 1
1.2. Contenido 1
1.3. Referencias 7

II. El derecho del consumo y la protección al consumidor de seguros
Fernando Palacios Sánchez - Roberto Camilo Suárez Echeverry 8
1.1. Reseña 8
1.2. Introducción 8
1.3. El contrato de seguro como contrato de adhesión 10
1.3.1. La teoría general del contrato es insuficiente para la regulación de los contratos de adhesión 13
1.3.2. Ventajas y desventajas de los contratos de adhesión 14
1.4. Disposiciones de los estatutos de protección al consumidor de particular incidencia para el contrato de seguro 14
1.4.1. El derecho del consumidor de seguros de recibir información cierta, suficiente y oportuna que le permita conocer adecuadamente sus derechos y obligaciones 14
1.5. Prohibición de publicidad engañosa 16
1.5.1. El asegurado debe recibir educación sobre los productos y servicios financieros 17
1.5.2. Prohibición de incorporar en las pólizas cláusulas abusivas 18
1.5.2.1. Normas de prohibición de cláusulas abusivas 20
1.5.2.2. Objetivos que persiguen la prohibición de

incorporar cláusulas abusivas 20
1.5.2.3. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas 21
1.5.2.4. Jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusiva 22
1.5.3. Listas negras en seguros..... 23
1.5.4. La interpretación *pro consumatore*..... 26
1.5.5. Derecho a la igualdad..... 27
1.6. Reglas para alcanzar los resultados esperados del contrato de aseguramiento 28
1.6.1. En el seguro no debe existir una sola parte que detente la información, la otra también debe estarlo para que pueda tomar una decisión informada 28
1.6.2. La educación sobre el contrato de seguro es un derecho de los asegurados 28
1.6.3. En el seguro la buena fe debe campear para las dos partes..... 28
1.6.4. El seguro debe tener en el derecho del consumo un aliado y no un obstáculo..... 28
1.6.5. El seguro es campo prohibido para las cláusulas abusivas..... 28
1.6.6. El seguro debe generar la máxima confianza en el consumidor 28
1.6.7. El universo normativo del seguro debe incorporarse en un código del seguro 29
1.6.8. La cultura del servicio debe ser columna vertebral de la actividad aseguradora 29
1.6.9. La venta del seguro se debe caracterizar por ofrecer el seguro con una buena asesoría que le permita al tomador tener coberturas acordes con los riesgos que amenazan al tomador .. 30
1.7. Conclusiones..... 31
1.8. Referencias 31
III. Aspectos particulares de los seguros en el derecho comparado *Patricia Jaramillo Salgado* 33
1.1. Reseña 33
1.2. Introducción 33
1.3. Las asociaciones de seguros..... 34
1.3.1. La Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) ... 34
1.3.2. ACOLDESE 35
1.4. Las legislaciones de seguros..... 35
1.4.1. Argentina 35
1.4.2. Chile..... 36
1.4.3. Colombia..... 37
1.4.4. España..... 38
1.4.5. Francia 38
1.4.6. Perú 40
1.4.7. Comentarios 41
1.5. Intentos de armonización 41
1.6. El perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro 41
1.6.1. Argentina 41
1.6.2. Chile..... 42
1.6.3. Colombia..... 43
1.6.4. España..... 44

1.6.5. Francia 44
1.6.6. Perú 45
1.6.7. Comentarios 45
1.7. La declaración del estado del riesgo 45
1.7.1. Argentina 45
1.7.2. Chile 48
1.7.3. Colombia 49
1.7.4. España 55
1.7.5. Francia 57
1.7.6. Perú 59
1.7.7. Comentarios 60
1.8. La prima 61
1.8.1. Argentina 61
1.8.1.1. Sección VIII: Prima 61
1.8.2. Chile 63
1.8.3. Colombia 63
1.8.4. España 65
1.8.5. Francia 66
1.8.6. Perú 68
1.8.7. Comentarios 69
1.9. La prescripción 70
1.9.1. Argentina 70
1.9.2. Chile 70
1.9.3. Colombia 71
1.9.4. España 72
1.9.5. Francia 73
1.9.6. Perú 75
1.9.7. Comentarios 75
1.10. La acción directa en el seguro de responsabilidad civil 76
1.10.1. Argentina 76
1.10.2. Chile 77
1.10.3. Colombia 77
1.10.4. España 78
1.10.5. Francia 78
1.10.6. Perú 79
1.10.7. Comentarios 79
1.11. La subrogación del asegurador 80
1.11.1. Argentina 80
1.11.2. Chile 81
1.11.3. Colombia 82
1.11.4. España 83
1.11.5. Francia 84
1.11.6. Perú 85
1.11.7. Comentarios 86
1.12. El suicidio y los seguros 86
1.12.1. Argentina 86
1.12.2. Chile 87

1.12.3. Colombia 87
1.12.4. España 88
1.12.5. Francia 89
1.12.6. Perú 89
1.12.7. Comentarios 89
1.13. Referencias 90
IV. Los intermediarios de seguros, su contratación entre particulares y con entidades estatales: el corredor de reaseguros
César Augusto Núñez Villalba 93
1.1. Reseña 93
1.2. Los intermediarios de seguros, su contratación entre particulares y con entidades estatales. Los corredores de reaseguros. 94
1.2.1. Concepto, idoneidad naturaleza jurídica e importancia de los intermediarios 94
1.2.1.1. Concepto 94
1.2.2. Importancia de los intermediarios de seguros 94
1.2.1.2. Comentarios generales 94
1.2.1.3. Importancia para las compañías de seguros 95
1.2.1.4. Importancia para los tomadores y/o asegurados 95
1.2.1.5. Importancia para el Estado colombiano 96
1.2.1.6. Importancia cumplimiento normas *habeas data* 96
1.2.1.7. Importancia sobre el diligenciamiento del formato Sarlaft 97
1.2.3. Naturaleza jurídica 97
1.2.3.1. Contrato de los intermediarios con la aseguradora . 98
1.2.3.1.1. Contrato con los agentes colocadores de póliza de seguros, con los agentes independientes y con las agencias colocadoras de seguros 98
1.2.3.2. Contrato de los intermediarios con el tomador 99
1.3. Clases de intermediarios de seguros 100
1.3.1. Comentarios generales 100
1.3.2. Los agentes colocadores de pólizas de seguros 100
1.3.2.1. El agente dependiente colocador de pólizas de seguros y títulos de capitalización 100
1.3.2.2. El agente independiente 100
1.3.3. La agencia de seguros y agencias sometidas a vigilancia por la SFC 100
1.3.3.1. Las agencias de seguros 100
1.3.3.2. Análisis legal sobre la vigencia o no, de las agencias vigiladas por la SFC (antes asimiladas a corredores de seguros) 101
1.3.3.2.1. Análisis sobre las normas que crearon las agencias asimiladas a corredores de seguros 101
1.3.3.2.2. Análisis sobre inexistencia legal de las agencias asimiladas a corredores de seguros 102
1.3.4. El corredor de seguros 102

1.3.4.1. Comentarios generales y concepto 102
1.3.4.1.1. Obligaciones de los Corredores de Seguros..... 103
1.3.4.2. Actividades autorizadas para los corredores de seguros del exterior 104
1.4. Condiciones de acceso y del ejercicio de la actividad de intermediación de seguros 104
1.4.1. Comentarios generales 104
1.4.1.1. Personas autorizadas 104
1.4.2. Condiciones de acceso y del ejercicio para agentes colocadores dependientes e independientes 105
1.4.3. Condiciones de acceso y del ejercicio para la agencia colocadora de seguros..... 105
1.4.4. Condiciones de acceso y del ejercicio para el corredor de seguros..... 106
1.4.4.1. Trámites y procedimientos para su constitución..... 106
1.4.4.2. Inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia..... 106
1.4.4.3. Análisis circular 050/ 2014 de la S.F.C. sobre idoneidad intermediarios 107
1.4.4.3.1. Ámbito de aplicación y responsabilidad de las aseguradoras y corredores de seguros 107
1.4.4.3.2. Excepciones..... 107
1.4.4.3.3. Información 107
1.4.4.3.4. Sistema Unificado de Consulta de Intermediarios de Seguros (SUCIS)..... 108
1.4.5. Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales y comentarios sentencia C-49 de febrero 16/2022 Corte Constitucional sala plena sobre pago remuneración intermediarios ARL..... 108
1.4.5.1. Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales 108
1.4.5.2. Comentarios sentencia C-49 de febrero 16/2022 Corte Constitucional sala plena sobre pago remuneración intermediarios ARL..... 110
1.4.6. Inhabilidades y prohibiciones..... 110
1.4.6.1. Inhabilidades 110
1.4.6.1.1. Para agentes y agencias de seguros..... 110
1.4.6.1.2. Para socios corredores de seguros..... 111
1.4.6.2. Prohibiciones..... 111
1.4.6.2.1. De carácter general 111
1.4.6.2.2. Especiales..... 111
1.5. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros, entre particulares y con entidades estatales: remuneración..... 112
1.5.1. Comentarios aplicables a ambas clases de contratación 112
1.5.1.1. Designación del intermediario 112
1.5.1.2. Remuneración del intermediario 113
1.5.2. Régimen de contratación..... 113

1.5.3. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros con entidades estatales sujetas al estatuto de contratación de la Ley 80 del 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082/2015 .. 113
1.5.3.1. Comentarios generales y naturaleza jurídica del contrato 113
1.5.3.1.1. Comentarios generales 113
1.5.3.1.2. Naturaleza jurídica del contrato 115
1.5.3.1.3. Requisitos que deben cumplir los intermediarios para hacer propuestas y contratar con entidades estatales 115
1.5.4. Prohibición especial 117
1.5.5. Contratación de varios intermediarios 117
1.5.6. Término del contrato de intermediación 117
1.5.7. Diferencias en la contratación pública entre aseguradoras e intermediarios 117
1.6. Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los intermediarios 118
1.6.1. Comentarios generales 118
1.6.2. Responsabilidad de los intermediarios para con el tomador 119
1.7. La supervisión y control de los intermediarios de seguros y régimen sancionatorio 120
1.7.1. Intermediarios sujetos a supervisión permanente 120
1.7.1.1. Intermediarios no sujetos a supervisión 120
1.7.2. Régimen sancionatorio 120
1.7.2.1. Régimen sancionatorio de los agentes y agencias 120
1.7.2.2. Régimen sancionatorio de los corredores de seguros 121
1.8. Normatividad aplicable a los intermediarios de seguros 121
1.8.1. Normas aplicables a todos los intermediarios 121
1.8.2. Normas aplicables a los agentes colocadores y agencias de seguros 121
1.8.3. Normas aplicables a los corredores de seguros 121
1.8.4. Normas aplicables a los intermediarios de seguros que explotan el ramo de riesgos laborales 121
1.8.5. Aplicación de normas para la selección y contratación del intermediario, por una entidad estatal 121
1.8.6. Normas aplicables a los corredores de reaseguros 121
1.9. El corredor de reaseguros 122
1.9.1. Concepto y descripción general 122
1.9.2. Capital e inscripción 122
1.9.3. Sistema de garantías para corredores de Reaseguro 122
1.9.4. Prohibición especial de notas de cobertura 122
1.10. Referencias 123
V. Constitucionalización del derecho de seguros en Colombia y protección de derechos fundamentales: análisis jurisprudencial - Corte Constitucional *Gabriela Zarante Bahamón* 124
1.1. Reseña 124
1.2. El contrato de seguro y la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales-procedencia excepcional 125

1.2.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en una controversia de seguros ... 126
1.3. El contrato de seguro y el principio de la buena fe ... 130
1.4. El contrato de seguro y la reticencia e inexactitud ... 133
1.5. El contrato de seguro y los principios de solidaridad y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta ... 139
1.6. El contrato de seguro y el análisis de la prescripción vía acción de tutela ... 141
1.7. Conclusiones ... 145
1.8. Referencias ... 146
VI. La evolución jurídica del reaseguro
Diego Alejandro Coronado Sabogal ... 149
1.1. Reseña ... 149
1.2. Agradecimientos ... 149
1.3. Justificación de la investigación ... 149
1.4. Reseña histórica del contrato de reaseguro ... 150
1.4.1. El origen del reaseguro ... 150
1.4.2. La primera póliza de reaseguro ... 150
1.4.3. El contrato de reaseguro en el siglo XV ... 150
1.4.4. Las primeras referencias normativas del contrato de reaseguro ... 150
1.4.5. La creación de la primera compañía reaseguradora ... 151
1.4.6. La obligatoriedad del reaseguro en el mercado ... 152
1.5. La definición legal del contrato de reaseguro ... 152
1.6. La naturaleza jurídica del reaseguro ... 152
1.6.1. El reaseguro como una fianza o garantía ... 153
1.6.2. El reaseguro como un contrato de mandato ... 153
1.6.3. El reaseguro como un tipo de contrato de seguro ... 153
1.7. Los principios tradicionales del contrato de reaseguro ... 153
1.7.1. El principio de la buena fe ... 154
1.7.2. El principio de la debida y oportuna información del asegurador al reasegurador ... 155
1.7.3. El principio de la gestión directa del riesgo por parte del asegurador ... 155
1.7.4. El principio de la comunidad de suerte ... 155
1.8. Evolución convencional del contrato de reaseguro ... 155
1.8.1. Las cláusulas de cooperación del asegurador y/o control del reasegurador ... 156
1.8.2. Las cláusulas de pago simultáneo ... 156
1.8.3. Las cláusulas *Cut-through* o de 'camino directo' ... 157
1.9. Referencias ... 157

SEGUNDA PARTE. PÓLIZAS 159

VII. Seguros paramétricos: mitigando la vulnerabilidad socioeconómica a desastres
Cristian Camilo Fernández Lopera - Letícia Gontijo Furst Gonçalves 159
1.1. Reseña 159
1.2. Introducción 160
1.3. Características de los seguros paramétricos 161
1.3.1. Definición 161
1.3.2. Usos prácticos desde la perspectiva societal e institucional 163
1.3.3. Limitaciones en el contexto de la GRD 164
1.3.4. Seguros paramétricos nivel macro / seguros soberanos de tipo regional 165
1.3.5. Seguros meso paramétricos 166
1.3.6. Seguros micro de tipo paramétrico 167
1.4. Enfoques innovadores para el desarrollo de seguros paramétricos desde los componentes técnico y social 169
1.4.1. Componente social 169
1.4.2. Componente técnico 171
1.5. Desafío y oportunidades en la implementación de seguros paramétricos 172
1.5.1. Desafíos 172
1.5.2. Oportunidades 173
1.6. Agradecimientos 173
1.7. Referencias 174

VIII. Seguro decenal
Libardo Polanco Cruz 177
1.1. Reseña 177
1.2. Introducción 177
1.3. Génesis del seguro decenal 178
1.4. Actores en la cadena de construcción y entrega de vivienda objeto del mecanismo de amparo 180
1.5. El riesgo raíz, el riesgo asegurable y el riesgo asegurado en la póliza decenal 183
1.6. El seguro dentro de la Ley 1796 de 2016 y sus reglamentos 187
1.6.1. Quién lo suscribe 187
1.6.2. Cuándo se suscribe y lapso de vigencia 189
1.6.3. Qué eventos y bienes cubre y las exclusiones 189
1.6.4. Condiciones de respaldo 191
1.6.5. Suma asegurada 191
1.6.6. A quién le corresponde la prestación asegurada 192
1.7. Futuro de las reclamaciones y controversias frente a las expectativas 193
1.8. Referencias 193

IX. Riesgo y póliza *cyber*
Pablo Callejas Castro - Óscar Leandro Rodríguez Carreño 196
1.1. Reseña 196
1.2. Información, riesgo tecnológico y ciberespacio 196
1.2.1. La importancia de la información 196
1.2.2. Pilares de la información 196
1.2.3. Identificación de activos de información 197

1.2.4. Ciberespacio y riesgos digitales 198
1.2.5. ¿Seguridad de la información o ciberseguridad? 198
1.2.6. ¿Cuáles son los roles clave para gestionar la ciberseguridad al nivel interno de las compañías? 199
1.2.7. Gestión de riesgos tecnológicos y ciber riesgos 199
1.2.8. Principales estrategias de gestión de ciber riesgos 200
1.3. La póliza de riesgo cibernético 201
1.3.1. ¿Qué impulsa la necesidad de contratar una póliza *cyber*? 201
1.3.2. Coberturas de responsabilidad civil 203
1.3.2.1. Responsabilidad civil por privacidad 203
1.3.2.2. Responsabilidad civil por seguridad 203
1.3.2.3. Procedimientos regulatorios 203
1.3.2.4. Procedimientos de GDPR (European Union General Data Protection Regulation) 203
1.3.2.5. Requerimientos PCI-DSS (estándar de seguridad de datos para la industria de tarjetas de pago) 203
1.3.2.6. Responsabilidad por multimedia 203
1.3.3. Coberturas de daño propio 203
1.3.3.1. Gastos de gestión de eventos de privacidad y/o eventos de seguridad 203
1.3.3.2. Pérdida de beneficios 204
1.3.3.3. Pérdida de beneficios derivada de proveedores 204
1.3.3.4. Pérdida de beneficios por daños a la reputación 204
1.3.3.5. Pérdida de beneficios por fallos del sistema 204
1.3.3.6. Pérdida de beneficios por fallos del sistema derivados de proveedores 204
1.3.3.7. Gastos de reposición de activos digitales y gastos de mejora del *hardware* 204
1.3.3.8. Extorsión 204
1.3.3.9. Pago de recompensa 205
1.3.3.10. Gastos de emergencia 205
1.4. Modalidad de aseguramiento 205
1.5. Cobertura no afirmativa (*Silent cyber*) 206
1.5.1. Mercado del seguro *cyber* 209
1.6. Aspectos generales de siniestros *cyber* 209
1.7. Aspectos importantes al momento de gestionar un siniestro en una póliza de riesgo cibernético 211
1.7.1. Principales pasos para generar la reclamación ante la aseguradora 212
1.8. Referencias 212
X. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) en Colombia
Andrea Uribe Rincón - Andrés Felipe Alonso Jiménez 213
1.1. Reseña 213
1.2. Introducción 213
1.3. Antecedentes 213
1.4. Elementos esenciales del contrato de SOAT 215
1.5. Obligación condicional de pagar una suma de dinero 218
1.6. Partes e intervinientes en el contrato de SOAT 220

1.7. El SOAT como seguro obligatorio, su función social y su digitalización ... 223
1.8. Digitalización del SOAT ... 228
1.9. Improcedencia de la duplicidad de amparos ... 228
1.10. Prueba de los daños ... 229
1.11. Prescripción de las acciones derivadas del SOAT ... 231
1.12. El Decreto 056 de 2015 ... 231
1.13. La Ley 2161 del 2021 (Ley SOAT) ... 232
1.14. Algunos inconvenientes y el futuro del SOAT ... 232
1.15. El SOAT en los países de Suramérica ... 233
1.16. Conclusiones ... 235
1.17. Referencias ... 236
XI. De la responsabilidad civil por el daño ambiental y el seguro ecológico en Colombia
Jorge Eduardo Narváez Bonnet ... 237
1.1. Reseña ... 237
1.2. Introducción ... 237
1.3. Fundamento constitucional de la responsabilidad derivada del impacto ecológico ... 239
1.3.1. Procedencia de la acción de tutela ... 246
1.3.2. Finalidad de la acción de tutela ... 247
1.3.3. La tutela y el derecho a un ambiente sano ... 248
1.3.4. El derecho a un ambiente sano como derecho fundamental ... 249
1.4. Lineamientos generales de la responsabilidad civil ... 250
1.4.1. Fundamento de la responsabilidad civil ... 250
1.4.2. Desarrollo de la responsabilidad civil ... 251
1.4.3. Los caracteres actuales de la responsabilidad civil ... 252
1.4.4. Los elementos de la responsabilidad civil ... 253
1.5. Elementos de la responsabilidad por daño ecológico ... 255
1.6. La contaminación ambiental como responsabilidad objetiva ... 256
1.7. Diversos mecanismos para la protección medio-ambiental ... 259
1.8. Evolución de la responsabilidad medioambiental en la Unión Europea ... 261
1.9. El seguro ecológico ... 262
1.9.1. Antecedentes ... 262
1.9.2. Los fondos de compensación ... 263
1.9.3. Los seguros obligatorios ... 265
1.9.4. El seguro por daños al medio ambiente ... 266
1.9.5. Evolución del contenido y extensión del amparo a nivel global ... 266
1.9.6. El seguro ecológico en Colombia ... 271
1.9.6.1. Propósito del seguro ecológico ... 272
1.9.6.2. El riesgo ecológico o de contaminación ... 272
1.9.6.3. Caracteres del riesgo de contaminación ... 273
1.9.6.4. El riesgo ocurrencia vs el riesgo descubrimiento ... 275
1.9.6.5. Las coberturas *claims made* ... 276
1.9.6.6. La cláusula de siniestros en serie ... 279
1.9.6.7. El daño ambiental puro ... 280
1.9.6.8. La obligatoriedad del seguro ecológico ... 283

1.9.6.9. La estructura del seguro ecológico ... 283
1.10. La acción directa de la víctima contra el asegurador ... 285
1.11. El siniestro: demostración de su acaecimiento y cuantía ... 287
1.12. La prescripción de las acciones derivadas de la póliza ... 292
1.13. Referencias ... 295
XII. Seguro de responsabilidad civil y valoración del daño
María Cristina Isaza Posse ... 297
1.1. Reseña ... 297
1.2. Introducción ... 297
1.2.1. Consideraciones previas ... 297
1.2.1.1. Indemnización patrimonial en casos de muerte de menores de edad ... 301
1.2.1.2. Los perjuicios extrapatrimoniales ... 301
1.3. El daño moral ... 301
1.3.1. Perjuicio moral con ocasión de pérdida o daño de cosa ... 301
1.3.2. Perjuicio moral con ocasión del daño a las personas ... 302
1.4. El daño a la vida de relación - daño a la salud ... 304
1.5. Afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados ... 306
1.6. Referencias ... 308
XIII. El seguro de transporte en el derecho colombiano
Rafael Alberto Ariza Vesga ... 309
1.1. Reseña ... 309
1.2. La actividad transportadora ... 309
1.2.1. Marco general ... 309
1.2.2. El contrato de transporte ... 310
1.3. El seguro de transporte ... 312
1.3.1. Breve referencia histórica ... 312
1.3.2. Noción y características ... 313
1.3.2.1. Clasificación ... 314
1.3.2.2. Seguro universal o todo riesgo ... 315
1.3.3. El interés asegurable en el seguro de transporte ... 317
1.3.4. El riesgo asegurable ... 323
1.4. La prima de seguro ... 327
1.5. La obligación condicional del asegurador ... 328
1.6. Otros aspectos destacados del seguro de transporte ... 330
1.7. Conclusiones ... 331
1.8. Referencias ... 331
XIV. El seguro de cumplimiento: análisis jurisprudencial
Luis Felipe Estrada Escobar ... 333
1.1. Reseña ... 333
1.2. Introducción ... 333
1.3. La reticencia en el seguro de cumplimiento ... 334
1.4. ¿Procede la devolución de la prima en casos de terminación anticipada o de reducción del valor asegurado? ... 336
1.5. Las facultades de las empresas de servicios públicos domiciliarios para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento otorgadas en su favor ... 338
1.6. La efectividad del amparo de estabilidad de obra ... 340

1.7. ¿Es inaplicable el artículo 1055 del código de comercio al seguro de cumplimiento? Análisis de los eventos en donde existe dolo por parte de los funcionarios de la entidad asegurada 344
1.8. Resolución de controversias contractuales y el seguro de cumplimiento 347
1.9. Referencias 351
XV. El seguro de vida grupo
Hernán Edinson Castillo Linares 352
1.1. Reseña 352
1.2. Introducción a los seguros de vida grupo 352
1.3. Generalidades 352
1.4. Modalidades de pólizas de vida grupo 353
1.4.1. Pólizas no contributivas 353
1.4.2. Pólizas contributivas 353
1.5. Amparos que se pueden otorgar en los seguros de vida grupo 354
1.5.1. Amparo básico (muerte) 354
1.5.2. Incapacidad total y permanente 354
1.5.3. Beneficio adicional por muerte accidental o desmembración (indemnización adicional por muerte accidental o desmembración) 354
1.5.4. Enfermedades graves 355
1.5.5. Homicidio asimilado a accidente 356
1.5.6. Renta diaria por hospitalización 356
1.5.7. Auxilio exequial 356
1.5.8. Gastos médicos por accidente 357
1.6. Beneficios adicionales 357
1.6.1. Convertibilidad 357
1.7. Beneficios para cónyuges y grupo familiar 357
1.7.1. Participación de utilidades 357
1.8. Determinación de los valores asegurados 358
1.9. Selección de riesgos en los seguros de vida grupo 358
1.10. Las primas de los seguros de vida grupo 359
1.10.1. Clasificación manual 359
1.10.2. Clasificación por experiencia de siniestralidad 360
1.10.3. Clasificación combinada 360
1.11. Los seguros de vida grupo deudores 360
1.12. Referencias 361
XVI. El seguro de transportes de mercancías en el transporte marítimo
Ricardo Ángel Pérez 362
1.1. Reseña 362
1.2. Actividad del transporte marítimo 362
1.3. Entidades que intervienen en el mundo del transporte marítimo 362
1.4. Clubes de protección P&I 363
1.5. Seguro de transporte marítimo de mercancías 365
1.6. Contrato de transporte marítimo de carga 368
1.7. Contratos sucesivos al transporte marítimo 369
1.7.1. El transporte y el fletamento 369
1.7.2. Obligaciones del transportador 370
1.8. Referencias 370

Tercera parte. La empresa de seguros 371
XVII. La comercialización en el sector seguros
Rubén Martínez Gil 371
1.1. Reseña 371
1.2. Una visión comercial estratégica 371
1.2.1. La dinámica del mercado y el modelo de pensamiento lateral .. 374
1.2.2. La venta en esta década del siglo XXI 381
1.3. Los paradigmas en ventas y su efecto en los comportamientos del vendedor 382
1.4. Referencias 386
XVIII. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales
Viviana Marcela Plazas Muñoz 387
1.1. Reseña 387
1.2. Introducción 387
1.3. Responsabilidad objetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales 387
1.3.1. Cobertura del sistema general de riesgos laborales 387
1.3.2. Prestaciones reconocidas por el sistema general de riesgos laborales 388
1.3.3. Ausencia de cobertura frente a la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral 389
1.4. Responsabilidad subjetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales 390
1.4.1. Naturaleza y alcance de la responsabilidad del empleador en la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales . 390
1.4.2. Culpa del empleador 392
1.4.3. Descuento de las prestaciones en dinero pagadas al trabajador de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios 393
1.5. La prevención como punto de encuentro entre las responsabilidades objetiva y subjetiva en la prevención de riesgos laborales 393
1.6. Conclusiones 394
1.7. Referencias 395

Cuarta parte. Aspectos técnicos 397
XIX. La selección del riesgo
William Orlando Pinzón Caicedo 397
1.1. Reseña 397
1.2. Introducción 397
1.2.1. Cobertura de incendio y anexos (explosión, anegación, daños por agua, entre otros) 399
1.2.2. Sustracción / Hurto 401
1.2.3. Daño interno en equipos 401
1.2.4. Otros seguros 402
1.3. El riesgo moral 402
1.4. La inspección 403
1.4.1. ¿Quién debe realizar inspección? 404
1.5. Cómo realizar un análisis global de riesgos 404
1.6. ¿Para quién se suscribe? 405

1.7. ¿Cómo se determina el precio del seguro? 405
1.8. El proceso de suscripción en microseguros 406
1.8.1. ¿Qué es el microseguro? 406
1.8.2. ¿A quién va dirigido? 407
1.8.3. ¿Qué características debe tener un producto de microseguro? 407
1.8.4. ¿Qué se tiene en cuenta para el diseño de un producto en microseguros? 407
1.9. La tecnología en el proceso de suscripción 409
1.9.1. El proceso de suscripción 409
1.9.2. Qué tener en cuenta o qué no olvidar a pesar de la existencia de las herramientas tecnológicas 411
1.9.3. La tecnología y la regulación en el proceso de suscripción 412
1.10. Referencias 413
XX. La liquidación de las pérdidas en los seguros de daños
Luis Eduardo Rodríguez Corsi 415
1.1. Reseña 415
1.2. La liquidación de las pérdidas en los seguros de daños 415
1.3. La liquidación de la pérdida: la indemnización 422
1. 3.1. Liquidación del seguro de daños reales a valor real con aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y pérdidas totales 422
1.3.2. Liquidación del seguro de daños reales a valor de reposición o remplazo sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y pérdidas totales 423
1.3.3. Liquidación a valor de reposición o remplazo sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y con aplicación de demerito en pérdidas totales 423
1.3.4. Liquidación del seguro de daños reales a valor real sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales 424
1.3.5. La liquidación de las pérdidas en seguros de daños patrimoniales (diferentes a lucro cesante) 424
1.3.6. La liquidación de las pérdidas en seguros de daños patrimoniales (lucro cesante) 424
1.4. La prescripción de las acciones legales para obtener la indemnización 424
1.5. El pago del siniestro válido 425
1.6. Referencias 425
XXI. Reaseguro
Luis Eduardo Rodríguez Corsi 426
1.1. Reseña 426
1.2. El contrato de reaseguros 426
1.2.1. Objetivos del contrato de reaseguro 426
1.2.2. Funciones del reaseguro 427
1.2.3. Aspectos jurídicos del reaseguro 428
1.2.3.1. Contrato regulado que depende de la voluntad de las partes 428
1.2.4. Características del contrato reaseguro 428
1.2.5. Independencia del contrato de reaseguros del de seguros 428
1.3. Elementos esenciales 429
1.4. La comunidad de suerte en el reaseguro 429
1.5. El contrato de reaseguro tiene inmersa una operación de cambio 429

1.6. La prescripción del contrato de reaseguro 429
1.7. Aspectos técnicos del reaseguro 430
1.7.1. La suscripción y los portafolios en el contrato de reaseguro 430
1.7.2. La retención de la aseguradora 430
1.7.2.1. Retenciones especiales 430
1.8. Los tipos de contratos de reaseguro 431
1.8.1. Reaseguro automático 431
1.8.2. Reaseguro facultativo 431
1.8.3. Reaseguro proporcional 432
1.8.3.1. Clases de contratos de reaseguro proporcional 433
1.8.4. Reaseguro no proporcional 435
1.8.4.1. Clases de contratos de reaseguro no proporcional 436
1.8.4.1.1. Reaseguro no proporcional operativo o por riesgo (XL) 436
1.8.4.1.2. Reaseguro no proporcional catastrófico o por evento (WXL) 436
1.8.4.1.3. Reaseguro no proporcional operativo-catastrófico (XL y WXL) 436
1.8.4.1.4. El reaseguro no proporcional *stop loss* 436
1.8.4.2. Cláusulas comunes en los contratos no proporcionales 436
1.9. Referencias 437

PRÓLOGO

La Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, presenta ante la comunidad aseguradora, con motivo de la celebración del vigésimo quinto aniversario de su fundación, la V edición del libro *Seguros. Temas esenciales*. Esta obra consta de cuatro partes que permiten una visión holística del seguro:

La primera, sobre aspectos legales, la segunda, referida a las pólizas, la tercera, con temas propios de la empresa de seguros y la cuarta que trata los aspectos técnicos del seguro.

La citada especialización cuenta a la fecha de la presente edición con 886 egresados titulados, para quienes la obra será de especial interés; así como para los actuales y futuros estudiantes, los profesionales del seguro, tales como abogados, técnicos de seguros, funcionarios de las compañías de seguros y de reaseguros, intermediarios de seguros, agentes, agencias y corredores, profesores de seguros y de derecho comercial, jueces y todas las personas interesadas en este contrato, quizás el que contiene, para los países, el más grande alcance en lo social y en lo económico.

En efecto, el seguro protege al núcleo más importante de la sociedad: la familia, a través de seguros de vida, accidentes, educación, bienes, entre otros. Igualmente, cubre a la industria y al comercio, además, sin este instrumento de previsión, el Estado no podría protegerse de las obligaciones que contraen los contratistas con este: para lo cual exige seguros de cumplimiento, de igual manera, con el seguro de responsabilidad civil se cubren los eventuales actos culposos en que pueden incurrir las personas. Sin el seguro de transporte no habría garantía para los distintos actores que en este intervienen, solo para citar algunos ejemplos.

La presente obra ofrece el estudio del aseguramiento desde distintos ángulos y constituye importante aporte a la doctrina de los seguros. Nuestros más vivos agradecimientos por su valiosa colaboración académica a los coautores; a la doctora Diana María Gómez, directora de especializaciones, y al doctor Fernando Palacios Sánchez, asesor de procesos académicos de la especialización y profesor de Derecho de Seguros de esta.

Carlos Enrique Arévalo Narváez
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

PRIMERA PARTE

ASPECTOS JURÍDICOS

I. Incumplimiento recíproco

Álvaro Mendoza Ramírez

1.1. Reseña

La finalidad del escrito, en la versión enviada, hasta la fecha todavía inédita, fue establecer un análisis crítico sobre la evolución de la jurisprudencia relativa al incumplimiento recíproco, evolución que ha tenido, desafortunadamente, un resultado generalmente desorientador. Sin embargo, en las últimas decisiones se adivina una nueva orientación, que el suscrito recibe con alborozo, bien a pesar de las falencias en lo tocante a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico en los casos en que se acepte la resolución o la terminación del contrato, y en lo relacionado con definir qué sucede cuando una parte pide la resolución o terminación y la otra reconviene, solicitando el cumplimiento forzado (o al contrario), punto este último que ni siquiera se ha tocado en las decisiones jurisprudenciales.

1.2. Contenido

Un tema que ha suscitado opiniones muy encontradas en la jurisprudencia y en la doctrina es el del incumplimiento recíproco o mutuo, respecto de un convenio contractual. Llamamos así, por regla general, a aquel en el que todas las partes omiten la satisfacción plena de lo pactado.

En tanto el acreedor tiene derecho a la satisfacción total de lo debido, el cumplimiento apenas parcial del deudor constituye paralelamente incumplimiento del resto de su compromiso. Mencionamos lo anterior, por cuanto en materia de incumplimiento recíproco puede darse que una o algunas de las partes hayan cumplido parcialmente su débito y, a partir de este pago incompleto, se presente el incumplimiento de todos los demás contratantes, incluyendo aquel o aquellos que atendieron parcialmente su deber.

En todo caso, conviene advertir que el incumplimiento que permite la resolución o terminación de lo pactado, según las palabras más técnicas del artículo 870 del ordenamiento mercantil, es aquel que con alguna impropiedad, a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada a nuestro derecho interno por la Ley 518 de 1999 y de los Principios de UNIDROIT, promulgados en 2004 y actualizados en 2016, debe ser denominado como esencial o sustancial, es decir, aquel respecto del cual pueda suponerse racionalmente que no satisface las expectativas del acreedor de una manera importante, sin que se trate de algo meramente porcentual o cuantitativo. En efecto, un incumplimiento no sustancial o no resolutorio, como prefiere con razón denominarlo nuestra Corte, solo da lugar a que se pida la ejecución forzosa, no la resolución o terminación de lo pactado.

La alternativa que la ley hoy consagra no proviene del derecho romano, que solo la conoció de manera parcial y en algunos casos, cuando se hubiera estipulado expresamente (*lex commissoria*, Valencia, 1960), sino del derecho canónico, en el cual sus cultores, por razones de equidad, propusieron la fórmula de *"non servanti fidem, non est fides servanda"* (Capitant, 1989). El inspirador del *Code Civil francés*, Robert Joseph Pothier, fue claro al expresar que "a pesar de que no se pactase en un contrato la condición resolutoria [denominación está harto desafortunada, porque la condición se refiere a las obligaciones, no a los contratos], esta debía subentenderse, de modo que quien incumpla faculta al otro contratante para pedir la resolución" (Dupin, 1824).

La posición reiterada de la Corte sobre este particular, varias veces expresada, se resumió en el contenido de la siguiente sentencia:

Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 23 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) **que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas** (negrilla y subraya fuera del texto) y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden [...]. El precepto contenido en la acción resolutiva no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas (Sala de Casación Civil, 1979).

La posición anterior, repetida por años, tiene el gravísimo inconveniente de mantener vigente el contrato y ligadas a las partes por un vínculo que solo puede terminar por la expiración del plazo pactado o por la presencia de una condición resolutoria establecida, en caso de que estas circunstancias se den y se den en un plazo razonable. No parece haber sido esta la intención de los legisladores civil y comercial, frente a una situación a todas luces ilógica. Mantener las partes ligadas por largo tiempo, a pesar de que puedan haber suspendido la ejecución contractual en desarrollo de lo previsto por el artículo 1609 del Código Civil, cuando ninguna de ellas puede pedir ni el cumplimiento ni la resolución o terminación de lo pactado, no es cosa razonable. Esta es la situación que la doctrina y la jurisprudencia han denominado con acierto como el "estancamiento contractual".

Respecto de la posición anterior, piénsese en la situación de unos contratantes que hayan cumplido al menos parcialmente prestaciones recíprocas, pero no equivalentes, quedando entre ellos un balance desfavorable para algunos de ellos, sobre el cual no cabe la acción de pedir el restablecimiento mediante la solicitud de atención a las prestaciones incumplidas o de la resolución o terminación, liquidando las consecuencias que se hayan podido producir. Acaso puede suponerse en este evento, con un poco de imaginación, la posibilidad de invocar un enriquecimiento sin causa, pero estaríamos en tal caso acudiendo a un instrumento paralelo, residual y ajeno a aquel que debería dimanar del contrato mismo recíprocamente incumplido.

Una posición intermedia, vigente durante pocos años, pretendió encontrar en el incumplimiento recíproco de las partes una expresión tácita de una voluntad resciliatoria o de un distracto contractual, como igualmente se lo denomina, en el sentido de que, si ninguna de ellas se movió a cumplir con lo prometido, esta conducta implica, no solo un desentendimiento de lo pactado, sino además un querer tácito enderezado a desvincularse mutuamente de la voluntad contractual, como expresamente lo permite el artículo 1602 del Código Civil.

La tesis anterior, que buscaba solucionar parte del problema, no dejando a las partes atadas y sin posibilidad de ninguna acción, fue rápidamente recogida por una cadena de providencias que regresan a la posición anterior afirmando, en este caso, a nuestro juicio con toda razón, que una voluntad de destrate, de revocación del compromiso, debe deducirse de conductas claras de las partes, en tanto en este sentido la voluntad expresa o tácita debe ser inequívoca, como resulta del artículo 1506 in fine del Código Civil y del artículo 824 del Código de Comercio[1]. Por lo demás, esta tesis no enfrentó la forma de liquidar las prestaciones recíprocas que pudieran resultar de la pretendida resciliación tácita.

Con todo, en nuestra opinión, el problema merece una revisión, por cuanto, si se ha pretendido salvar solo el derecho de la parte cumplida o dispuesta a cumplir, por otra parte, resulta irrazonable mantener sin solución un vínculo jurídico que no permite ninguna clase de acceso a la justicia. De alguna manera, por este camino se está incurriendo en el mismo problema que la doctrina anota respecto de las llamadas obligaciones naturales, que carecen de acción para exigir su cumplimiento. El régimen jurídico no puede reconocer la existencia de relaciones obligacionales que no permitan una solución jurisdiccional, en tanto es esta la última ratio, cuando las partes mismas no encuentran los caminos para resolver sus diferencias, caminos estos que son los más sensatos, pese a lo cual deben existir soluciones heterocompuestas, cuandoquiera que no se logran las autocompuestas.

El problema de mantener atadas a las partes se ve con mayor claridad a través del artículo 865 del Código de Comercio, nunca invocado curiosamente por la jurisprudencia, según el cual:

> El incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no es posible alcanzar el fin propuesto.

Esta norma debe contrastarse con la del artículo 1609 del Código Civil, que constituye un brillante agregado de don Andrés Bello a sus referentes en el Code Civil francés de 1803, para concluir que el incumplimiento no es liberatorio, sino que apenas autoriza a las demás partes para suspender la ejecución contractual mientras la justicia decide. Que el artículo 865 se trate de un precepto comercial no es óbice, en nuestro criterio, para su aplicación a las cuestiones civiles. Por décadas, hemos sostenido la remisión inversa a aquella del artículo 822 del Código de Comercio, en el entendimiento de que los vacíos o perplejidades de la legislación civil deben resolverse acudiendo a aquella mercantil, en tanto se trata de ordenamientos ambos de derecho privado, que regulan materias, no solo afines, sino generalmente idénticas.

No siendo, por tanto, liberatorio, si bien este incumplimiento autoriza a las demás partes para suspender la ejecución contractual a su cargo, por otra parte, mantiene los vínculos obligacionales y, en tanto estos existan, debe admitirse para ellos la posibilidad de exigirlos o de pedir su

---

1 Véanse Sents. de 18 diciembre 2008, exp. 1996-09616-01; de 17 febrero 2007, exp. 0492-01; de 1º diciembre 1993, expt. 4022; de 7 marzo 2000, exp. 5319; de 14 diciembre 2010, exp. 4101-31-03-001-2002-08463-01, y de 28 febrero 2012, exp. 05282-3103-001-2007-00131-01

liberación. Lo propio de una obligación es su exigibilidad, salvo el instituto anacrónico de las denominadas obligaciones naturales. De no ser así, carecería de sentido la disposición del artículo 865 del Código de Comercio antes citada. La presencia de la mora, en desarrollo de la previsión del artículo 1609, destruye sin duda alguna los efectos relativos al derecho de pedir perjuicios posteriores a dicha mora, pero no necesariamente la exigibilidad de lo pactado, ni la posibilidad de solicitar su liberación. El derecho de acción no está inescindiblemente atado a la mora. De lo contrario, no podría entenderse la posibilidad de impetrar una nulidad o de solicitar una revisión ante una excesiva onerosidad sobreviniente, etc., cuando no se hubiere dado el fenómeno moratorio.

Impedir que cualquiera de las partes acuda a solicitar una solución jurisdiccional, si no logra un acuerdo con las demás, a nuestro juicio es una solución contraria al artículo 229 de la Constitución Política, que autoriza a toda persona para acceder a la administración de justicia. Dentro de esta perspectiva, debe modularse el entendimiento del artículo 1546 Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio.

Por esta razón, nuestra posición personal consiste en sostener que, en el caso de incumplimiento recíproco, debe abrirse la puerta para que cualquiera de las partes pueda solicitar alguna de las dos posibilidades que derivan del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio, es decir, pedir la resolución o terminación de lo pactado, liquidando las respectivas prestaciones mutuas o, en subsidio, acudir a exigir el cumplimiento demorado. Sin embargo, está claro que el desentendimiento recíproco de lo convenido debe llevar a que, en tal caso, ninguna de las partes pueda exigir de la otra las consecuencias de la mora posterior al respectivo incumplimiento, en tanto ambas incumplieron. Por este camino, se evita que las partes queden en una suerte de limbo jurídico, no pudiendo exigirse nada, pero a la par manteniendo los lazos adquiridos.

La tesis que avanzamos, aceptada incidentalmente por la Sala de Casación Civil de la Corte[2], no es contraria a los textos legales, como se ha afirmado expresamente en varias decisiones de la Sala de Casación Civil, incluso en una de las más recientes[3], según adelante se verá. Esta última implica un importante giro jurisprudencial, pero con todo mantiene una interpretación excesivamente exegética del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio[4]. En la sentencia atrás mencionada, con toda razón, se expresó respecto de la doctrina tradicional:

> Tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales [...] Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución, ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito.

En efecto, si se repasa el artículo 1546 del Código Civil, se encuentra que, en caso de incumplimiento, puede "el otro contratante" (podemos leer los otros contratantes, ya que pueden ser varios) pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento, de idéntica manera como el artículo 870 del Código de Comercio contempla la misma solución, refiriéndose igualmente a la otra parte. Estas expresiones, el "otro contratante" o "la otra" parte, no nos llevan necesariamente a entender por tal a quien sí cumplió o estuvo dispuesto a cumplir, sino a una parte distinta de la que invoca un incumplimiento ajeno, sin por ello rechazar necesariamente el propio.

Concordamos con la jurisprudencia en el sentido de que un incumplimiento recíproco no implica necesariamente una voluntad contraria a lo pactado, sino muchas veces una dificultad para

---

2 Véase Sent. de 7 diciembre 1982, Gaceta Judicial, núm. CLXV.

3 Sentencia SC 1662 de 5 de agosto de 2019, Radicación 11001-31-03-031-1991-o5099-01.

4 Véase la reciente Sent. SC-1662-2019 de 5 agosto, rad. 11001-31-03-031-1991-05099-01.

atender el compromiso o, en no pocas ocasiones, un descuido o negligencia. En estas condiciones, partiendo de reconocer que las partes se habían convenido en algo que, es de suponer, les interesa por igual, porque llegaron al acuerdo respectivo, no puede acogerse la conclusión, sin suficientes asideros, de que no se desea perseverar en lo convenido, ni que el interés negocial se haya necesariamente perdido. Los vínculos negociales siguen siendo "Ley para las partes", en los términos del artículo 1602 del Código Civil, no pudiendo desatarse sino por "causas legales" o por un "consentimiento mutuo" que debe ser inequívoco, como lo quieren los textos de Ley[5]. Por tanto, a nuestro juicio, cualquiera de los contratantes debe ser habilitado para pedir la ejecución de lo debido o para optar por la liberación del vínculo. La administración de justicia no es un premio, una cucaña, para quien se haya comportado correctamente, sino que es un derecho de todo ciudadano, en forma tal que negar el acceso a ella puede ser tomado como una interpretación contraria al texto del artículo 229 de la Constitución Política.

Aquí podemos regresar sobre el tema tratado al comienzo, relativo a que, con todo, se haya presentado un cumplimiento parcial, ya sea por alguna de las partes, ya sea por varias de ellas o por todas, caso en el cual no podríamos predicar de quienes sí hayan satisfecho parcialmente sus compromisos la condición absoluta de incumplidos. En este caso, entendemos que se refuerza aún más nuestra posición, porque, ante la desatención ajena de lo pactado, quien reclame contra ella no sería necesariamente alguien en absoluto renuente a atender sus deberes contractuales.

Una objeción que puede proponerse a la tesis que sostenemos consiste en que quien demande cualquiera de las alternativas establecidas va a poder ser objeto de la denominada "*exceptio non adimpleti contractus*", derivada por la doctrina del ya mencionado artículo 1609 del Código Civil. A esta objeción respondemos sosteniendo que, para nosotros, no sería dable aceptar esta posición, porque ella implica hacer de quien haya incumplido una especie de "paria jurídico", a quien se le niega la posibilidad de defender sus derechos ante la existencia de su propia culpa. El fundamento de su pretensión no sería su culpa personal y exclusiva, sino una culpa compartida.

La reciente sentencia de la Sala de Casación Civil, citada bajo nota anterior N.° 7, implica una rectificación muy importante, al aceptar que una parte incumplida pueda, con todo, acudir a alguna de las alternativas del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio. Sin embargo, lamentamos que para esta conclusión la Corte se haya apoyado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, norma que ha sido jurisprudencialmente fuente de muchas conquistas importantísimas dentro de nuestro derecho privado. Es verdad que resulta altamente plausible echar mano de esta disposición cuando no exista otra normativa aplicable al caso, buscando solucionarlo a través de la analogía y, a falta de esta, de la doctrina constitucional y de las reglas generales de derecho. Importante nos parece que exista una ventana abierta para resolver cuestiones que no encuentren respuesta por otra vía, ya que el derecho debe ser completo, esto es, solucionar todos los problemas que se presenten, no cabiendo la posibilidad de denegar la justicia ante unos vacíos legales.

Sin embargo, en la materia que analizamos, no encontramos los hoyos negros que llevaron a la Corte a una importantísima rectificación jurisprudencial, con apoyo en el mencionado artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Reiteramos nuestra posición anterior en el sentido de que los textos del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio, rectamente estudiados, no cierran la puerta para que cualquiera de las partes, invocando el incumplimiento de otra u otras, pueda acudir a una de las alternativas planteadas por estas normas. Cuando ambas se refie-

5 C. C., arts. 1506 in fine, y C. de Co., art. 824.

ren al "otro contratante" o a "la otra" parte, ninguna de ellas está afirmando que debe tratarse de una parte que sí haya cumplido. Agregarle esta condición al texto, como lo había venido haciendo la jurisprudencia anterior, es cambiar la redacción de las normas respectivas.

Por lo demás, nos preocupa la circunstancia de que esta rectificación de la jurisprudencia tradicional se haya adoptado de una manera muy apretada, con el auxilio de un conjuez para dirimir un empate en las opiniones de los señores magistrados, lo cual hace temer que la nueva línea adoptada no resulte hacia adelante muy estable.

Igualmente, expresamos nuestra opinión contraria a lo afirmado en la sentencia últimamente aludida, en el sentido de que, si se admite la acción del contratante incumplido para pedir la resolución o terminación de lo pactado o su ejecución forzada, según el caso, no pueda ninguna de las dos partes pedir perjuicios. Esta, que ha sido la posición del doctor Oviedo Albán en el escrito ya citado y que, como conjuez de la decisión la introdujo en ella, nos parece desacertada. En efecto, cabe la posibilidad de que uno de los contratantes, a pesar de su incumplimiento posterior, haya satisfecho de manera importante las prestaciones a su cargo, mientras el otro u otros no lo hayan hecho o sí hayan cumplido, pero de manera muy parcial. En este caso, debe existir un camino para restablecer el equilibrio económico en los incumplimientos, permitiendo que la parte que haya cumplido más pueda solicitar perjuicios a aquella que haya cumplido menos.

Queda por considerar lo que puede suceder si alguna de las partes que no haya satisfecho enteramente su débito, con todo convoca a las demás, igualmente incumplidas, para hacer uso de uno de los extremos de la alternativa establecida en el artículo 1546 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio. En este caso, cualquiera que sea la posición escogida por la parte que asume la iniciativa, puede suceder que la otra u otras reconvengan, proponiendo una salida contraria. Si la primera solicitó la resolución o terminación, la otra u otras podrían pedir el cumplimiento de lo pactado, frente a un vínculo todavía vigente, puesto que no ha sido ni resuelto ni se le ha puesto fin. Este tema no fue abordado por la sentencia que venimos comentando últimamente[6], si bien se encuentra una referencia a él en uno de los salvamentos de voto.

En esta hipótesis, que podría ser tomada como un obstáculo insalvable para la posición que defendemos, caben a nuestro juicio dos soluciones, frente a las cuales optamos definidamente por la segunda de ellas: la primera, aplicar analógicamente, con un entendimiento amplio de él, el texto del último inciso del artículo 868 del Código de Comercio, aceptando la posibilidad de que el juez decida entre la continuidad de lo pactado o su resolución o terminación, según las circunstancias y cuanto pueda presumirse de la intención de las partes. La segunda, que no es enteramente distinta de la anterior, aplicar el principio de la "conservación del negocio jurídico" o del favor contractus, para optar, en la medida de lo posible, por el cumplimiento de lo pactado, partiendo de la base de que es este cumplimiento el que responde en mejor forma a la intención original de las partes y el que desarrolla de manera más adecuada textos como los de los artículos 1501 y 1620 del Código Civil y de los artículos 865, 902, 903 y, muy particularmente, del artículo 904 del Código de Comercio.

Obviamente, este favor contractus solo puede tener lugar cuando el examen de las circunstancias suscitadas con el incumplimiento recíproco no haga desaconsejable el mantenimiento de lo pactado, es decir, cuando no sea dable suponer (presunción de hombre) que las partes hayan perdido interés en su acuerdo de voluntades.

---

6 Sent. SC-1662 de 5 agosto 2019

Esperamos que el equilibrio precario que llevó a la decisión no sea posteriormente rectificado con nuevos pronunciamientos sobre la cuestión. Lamentablemente este temor se cumplió en sentencia poco posterior, que no registra salvamentos de voto, si bien varios de los magistrados que la suscriben habían igualmente estado de acuerdo con la decisión mayoritaria antes mencionada. En esta última ocasión se afirmó[7].

Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la resolución de un contrato, así como la que se entabla para que ordene su ejecución, exigen que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo. Por consiguiente, son tres los presupuestos de la acción resolutoria: a) que el contrato sea válido; b) **que el contratante que proponga la (negrilla y subraya fuera del texto) acción haya cumplido o allanado a cumplir las obligaciones que asumió**, y c) que el contratante demandado haya incumplido lo pactado (el subrayado y la negrilla son nuestros).

Por el camino de la sentencia citada se regresa a la posición anterior de la Corte, dejando de lado las consideraciones con las cuales hemos querido sostener nuestra posición sobre este tema. Afortunadamente, más adelante se regresó a la posición anterior[8], si bien dentro de un marco de consideraciones que no compartimos, pero a las cuales no podemos referirnos para no alargar exageradamente el presente escrito.

1.3. Referencias

Capitant, H. (1989). *De la cause des obligations*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 5 de agosto de 2019.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 7 de diciembre de 2020.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 5 noviembre de 1979.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 7 diciembre de 1982.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 18 diciembre de 2008.

Dupin, M. (1824). *Traité des obligations*.

Valencia, A. (1960). Derecho civil (tomo III). Temis.

7 Sentencia de 7 diciembre 2020, con radicación 11001-31031-019-1994-00765-0.

8 Véase la sentencia SC666 de 25 de agosto de 2021, Radicación 66001-3103-2012-00061-01.

II. El derecho del consumo y la protección al consumidor de seguros

Fernando Palacios Sánchez
Roberto Camilo Suárez Echeverry

1.1. Reseña

Se entiende por derecho de consumo el conjunto de normas que tienen por objeto la protección del consumidor como parte débil de la relación de consumo, para Villalba (2017), "el derecho del consumo es aquel que regula los intereses de los consumidores y las relaciones de consumo en general" (p. 25). El presente escrito es un ensayo de interpretación de las normas tuitivas de la legislación colombiana en la materia, pero circunscritas al contrato de seguro. En otras palabras, corresponde al objetivo del trabajo el estudio sobre cómo protege el derecho del consumo en la legislación colombiana al tomador, asegurado o beneficiario.

1.2. Introducción

Para resaltar la importancia del derecho de consumo, que mejor debería denominarse derecho del consumidor, es conveniente recordar que el hombre más poderoso del mundo, el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy, en su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos de marzo de 1962, dijo, "Consumidores somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía…y son afectados prácticamente por la totalidad de las decisiones económicas y privadas…".

Si bien es cierto que la expresión "consumidores somos todos" representa una realidad política, en derecho del consumo, no todos somos consumidores, pues, conforme las normas patrias que lo desarrollan, solo tienen tal calidad quienes adquieren un bien o servicio para "satisfacer una necesidad propia, personal, familiar o doméstica, es decir, que no haga parte de la cadena de producción" (Stiglitz, 2010, p. 69).

En igual sentido se pronuncia el profesor argentino Rubén Stiglitz (2010), al considerar como:

> Consumidor o usuario (…) a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social… O sea para satisfacer…sus necesidades de cobertura de riesgos. (p. 68)

Por su parte, la Ley 1480 de 2011 define al consumidor o usuario como:

> Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

No debemos, con todo, caer en el error de que solamente las recientes leyes de clara estirpe protectora de la parte débil del consumidor son las únicas que han servido para estos efectos de protección, (nos referimos a la Ley 1328 de 2009, que destina la primera parte a la protección del consumidor financiero y a la Ley 1480 de 2011, que lo hace en relación con el consumidor en general, incluyendo al consumidor de seguros), pues el artículo 1162 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), señala normas imperativas que no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, y otras que solamente se pueden modificar pero a favor del tomador, asegurado y beneficiario, amén de las que por su texto o por su naturaleza también sean inmodificables. Tal artículo es de clara naturaleza tuitiva para consumidor del seguro.

El otro error en el que no debemos caer, es en el de "satanizar" los contratos de adhesión y concretamente, el de seguros, recordemos que estos nacen con la revolución industrial, que generó una mayor producción de bienes por la irrupción de las máquinas en sustitución de la obra artesanal, imponiendo (impone ahora con mayor razón) la necesidad de unos contratos más ágiles para

la colocación del mayor volumen de inventarios, en cuya celebración no cabe la libre discusión como en los contratos individuales regidos por el Código Napoleón, anterior a tal revolución.

Pensemos lo que sería la libre discusión para celebrar contratos bancarios, de apertura de cuentas por ejemplo, donde cada persona pediría características propias que regularan su cuenta bancaria; o en los contratos referidos a la seguridad social, de suyo regidos por normas imperativas que dejan a un lado la autonomía de la voluntad privada, o en los contratos de seguros, en gran cantidad masivos por cuenta de la bancarización o venta por este medio, o por internet. La discusión de cada cláusula haría casi que imposible el manejo del mercadeo del seguro en la sociedad moderna y tendríamos tantos clausulados de pólizas como número de tomadores que quisieran discutir cada una de ellas.

Lo que debemos hacer es aprovechar las normas tuitivas del derecho del consumo para cumplirlas, no como una "obligación-obstáculo", sino aplicándolas en el entendido de que nuestro servicio estará dejando con plena satisfacción a nuestro cliente y que con este nos llegarán otros.

El derecho del consumo se expresa mediante normas que pueden estar contenidas en códigos de protección al consumidor, como es el caso de Francia, Italia y Brasil, en estatutos como en el caso colombiano, o en normas especiales de protección a los mismos, por ejemplo, la Ley 142 de 1994, que regula la prestación de servicios públicos.

El productor y el distribuidor tienen una posición dominante en la relación de consumo, porque son más fuertes económicamente que los consumidores y porque conocen a fondo el contrato, son profesionales en el mismo, al paso que el consumidor de seguros en general desconoce el contrato, los derechos y obligaciones que nacen del mismo, su terminología, su manejo: a lo sumo tiene una idea, pero nunca la experticia de quien como ya lo mencionamos es un profesional en el mismo.

En los contratos de consumo o de adhesión no existe, como quedó mencionado, la deliberación que campea en los contratos individuales y que conlleva al consentimiento que otorgan las partes para obligarse recíprocamente, bien distinta entonces, la compra venta de un bien inmueble usado, donde se discute el precio, las condiciones y cada cláusula, al de un inmueble en una urbanización nueva donde el comprador encuentra las cláusulas predispuestas por el constructor, pre elaboradas por el mismo a su medida, sin posibilidad de discutir el precio, ni las fechas previstas para el pago.

Desde principio del siglo pasado, Saleilles (citado en *Seguros: temas esenciales*, IV edición) denominó a los contratos con las preanotadas connotaciones "contratos de adhesión". El mencionado autor, lo definió como "una estipulación predeterminada en la cual la voluntad del oferente es predominante y las condiciones son dictadas para un número indeterminado de aceptantes y no para una parte individual" (p. 19).

Para Stiglitz (citado en *Seguros: temas esenciales*, IV edición), el contrato por adhesión:

> Es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponerte, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar. (p. 19)

Hoy, los contratos de adhesión o de consumo, están a la orden del día en la actividad cotidiana del ciudadano, en el que la única alternativa que tiene es "tomarlos o dejarlos." Entre otros contratos de adhesión, podemos citar los de suministros de servicios públicos (electricidad, agua y teléfonos), los bancarios, los de la seguridad social (pensiones, salud y riesgos laborales), los de compra de inmuebles nuevos, los que celebran los almacenes de cadena con sus consumidores, los de transportes, los de seguros y los que se celebran para acceder a espectáculos públicos.

En fin, sería más corto enumerar cuáles no son de adhesión en la sociedad moderna, por ello hay quienes anotan que hoy es más importante la división entre contratos de consumo y los que no lo son, que la clásica entre contratos civiles y comerciales.

1.3. El contrato de seguro como contrato de adhesión

Con el propósito de abordar el estudio del contrato de seguro como uno de adhesión, es importante precisar que el Estatuto de Protección al Consumidor Financiero contemplado en la Ley 1328 de 2009, define a los contratos de adhesión como aquellos "elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad" (art. 2° literal F de la Ley 1328 del año 2009).

Sobre este aspecto, en la exposición de motivos de la precitada Ley 1328 el legislador, resaltó que:

> 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.
>
> Resaltó el legislador que en esta modalidad contractual existe un notado desequilibrio entre los contratantes, en tanto que en "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.

Así mismo, nuestro legislador del año 2009, recalcó que, tratándose de relaciones de consumo, como lo es claramente los negocios aseguraticios, no se está frente a un esquema tradicional de suministro de información, publicidad, defectos o garantías, situación que necesariamente fortalece la necesidad de adoptar un régimen especial de protección, cuyo propósito será el de promover un:

> Régimen particular dirigido a la protección del consumidor (…) que procure el equilibrio contractual entre las partes intervinientes y que propenda, entre otras cosas, por:
>
> - Evitar la asimetría en la información.
> - Radicar obligaciones especiales en las entidades.
> - Diseñar figuras especiales de protección.
> - Establecer procedimientos de atención de solicitudes.

Posteriormente, más precisamente dos años después, mediante la Ley 1480 de 2011 se expidió el Estatuto de Protección al Consumidor, el cual aplica en general a las relaciones de consumo entre productores, proveedores y consumidores en todos los sectores de la economía, disposición que define el contrato de adhesión como "aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas" (art. 5°. Ley 1480 de 2011).

Tal definición debe analizarse armónicamente con el texto del artículo 37 de la misma Ley, el cual dispone que las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia 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 (…).
>
> Ahora, en materia de seguros el legislador fue un poco más allá, es decir, amplió la protección al consumidor, al punto que señaló que "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".

Y en caso de no cumplir dicha obligación, los contratos de seguro "serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo".

Así las cosas, en materia de seguros le corresponde a la compañía realizar la entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías, así como de todas las condiciones allí planteadas, cuyo incumplimiento, a cargo de la compañía aseguradora, le impone el deber de asumir que las cláusulas sean ineficaces, sumado a que se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.

Por lo tanto, en todo caso que la compañía de seguros no le hubiere entregado anticipadamente al tomador el clausulado, los periodos de gracia, las exclusiones, las garantías y demás, no solo serán inaplicables, sino que se tendrán por no escritas, situación que le afectaría gravemente a la aseguradora, en tanto que la objeción dada a la reclamación presentada por el tomador carecerá de sustento, en la medida que el cliente, podrá en todo caso y en cualquier escenario, judicial o extrajudicial, alegar que dichas razones no le son aplicables, en la medida que, siendo un contrato de adhesión, previamente a su celebración no se le entregó el clausulado, lo que impone a la compañía, no solo pagar la indemnización, los intereses moratorios que la Ley prevé, y los gastos judiciales, así como la afectación patrimonial por la existencia de reservas judiciales.

Sobre este punto, La Superintendencia de Industria y Comercio, conceptuó que:

> Por lo general, la celebración de un contrato, cualquiera que este sea, implica una discusión previa de las partes en relación con las cláusulas que lo integran, sin embargo, existen contratos en los que dicha discusión no se lleva a cabo, puesto que en este evento, es la empresa que ofrece el bien o el servicio quien determina las condiciones sin que el usuario tenga lugar a discutirlas, estos son los denominados contratos de adhesión. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la discusión del contenido contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016)

Para complementar lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SC-129 del año 2018, reiterando la regla o posición patrocinada por ese mismo órgano Jurisdiccional en el año 2001 (Exp. 5670), señaló que en los contratos de seguro:

> 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.

Lo abusivo (o despótico) de este tipo de cláusulas (que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo), se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones (de naturaleza volitiva y por tanto negocial) a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio (por regla general) para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropiamente un esquema válido (y hoy muy socorrido) de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que "el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio", en cualquier caso, "no puede discutirse que existe voluntad contractual", o que ese acto no revista "el carácter de contrato", sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador (consumidor, *lato sensu*) deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle (figuradamente) un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando este muda su condición ontológica (*in potencia a in actus*), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su "expectativa objetivamente razonable", como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro (CSJ SC de 2 feb. 2001, rad. nº. 5670, Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018).

En palabras de la Corte Suprema, para el comercio es muy provechoso, que las cláusulas que proporcionan ventajas egoístas al productor sean excluidas de los negocios, pues atentan contra el equilibrio contractual, y contra la buena fe, generando desconfianza en el sector asegurador, afectando gravemente la inclusión financiera que pretende el derecho del consumo, de la mano con el derecho de los seguros.

Con ocasión de lo anterior, la misma Ley 1480 de 2011, con el artículo 37 orientó que ante la existencia validad de los contratos de adhesión, al momento de su celebración se debe tener en cuenta lo siguiente:

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.

Ahora, para efectos de definir la expresión contrato de adhesión, el Profesor Camilo Posada Torres (2014) en su obra *El equilibrio contractual en los contratos de adhesión*, después de realizar una extensa disertación de los contratos negociados y los no negociados, llegó a la conclusión que:

> El contrato de adhesión es una categoría que agrupa todos los supuestos en los cuales el contenido del contrato es elaborado previa y homogéneamente por el empresario o por un tercero con el propósito de regular grandes cantidades de relaciones jurídicas idénticas entre el empresario y su clientela, y para ser impuesto a todos los adherentes sin la mínima posibilidad de negociarlo o de sugerir modificaciones restándoles únicamente la posibilidad de decidir si contratan bajo las condiciones impuestas por el empresario predisponente. (p. 94)

Se caracterizan estos contratos porque, como se mencionó antes, un extremo de la relación contractual ostenta la parte económicamente fuerte y además es un profesional en el mismo que lo administra, al paso que la otra está en desventaja frente a estos tres elementos, la aseguradora en el contrato de seguro ostenta la posición dominante del contrato y la otra, el tomador, la de la parte débil, aun cuando en algunos casos excepcionales puede ocurrir que el tomador sea una persona jurídica con igual o mayor capacidad económica que la propia aseguradora.

En nuestra opinión solamente en casos excepcionales el contrato de seguro no es de adhesión, por ejemplo, cuando el tomador debidamente asesorado por el intermediario de seguro que es otro experto en el contrato, delibera en torno a las condiciones particulares y generales, pide distintas cotizaciones, en fin se coloca en un plano de igualdad con el profesional del contrato que es la aseguradora.

La importancia práctica de que un contrato sea de adhesión radica en que siéndolos se les aplica el artículo 1624 del Código Civil en el sentido de que si una de sus cláusulas es ambigua se interpretará contra quien la escribió, es decir se interpretaría contra las aseguradoras quienes redactan las pólizas de seguros. Pero está claro que la aplicación de tal artículo depende de si la cláusula es ambigua, de lo contrario no cabe su aplicación, es decir, si la cláusula es clara e inequívoca mal haría el interesado en invocar el citado artículo 1624. Al respecto se pronunció la CSJ en sentencia de 29 de agosto de 1980, así:

> Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto, es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal sentido esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes.

Sobre este punto, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Concepto 2012006058-001 del 6 de marzo de 2012, señaló que:

> En los contratos de adhesión las cláusulas y condiciones que los rigen no están sujetas a la discusión de las partes, sino que las mismas son unilateralmente establecidas por una de ellas y la contraparte se limita a expresar su aceptación o negativa a contratar.

La superintendencia fundamenta su posición en lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela T-467 del 7 de julio de 2004 cuando expresó que esta modalidad contractual es aquella según la cual:

> Las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone 'la Ley del contrato' a la otra.

1.3.1. La teoría general del contrato es insuficiente para la regulación de los contratos de adhesión

De acuerdo con la teoría general del contrato, para que el contrato sea válido, basta con que tenga objeto y causa lícita, consentimiento exento de vicios y que las partes tengan capacidad para celebrarlos, con lo cual se facilita la libertad contractual, campea el postulado de la autonomía de la voluntad privada y alcanza realidad plena el principio elevado a norma jurídica de que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes. La autonomía de la voluntad privada permite a los ciudadanos hacer todo lo que no les esté prohibido por la ley, ni por la moral, ni por las buenas costumbres, inclusive llegando a crear derecho frente a vacíos legales.

En los contratos de adhesión también es menester cumplir con los requisitos para su validez, en ellos también opera el principio de que todo contrato legalmente celebrado es válido para las partes, pero el postulado de la voluntad privada se encuentra limitado en cuanto que una parte se adhiere a las condiciones preestablecidas por el *operatori* dominante, sin discutirlas, solo afrontando la disyuntiva de si los acepta o rechaza en bloque, es decir, sin discusión o modificación.

Es por ello que puede afirmarse que la teoría general del contrato no es suficiente para la regulación de los contratos de adhesión, de manera que la ley impone restricciones a quien ostenta la posición

dominante (por ejemplo, prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión) y obligaciones especiales frente al consumidor o parte débil de la relación contractual (por ejemplo, información calificada sobre el contrato al que se va adherir y educación sobre el mismo).

1.3.2. Ventajas y desventajas de los contratos de adhesión

Las características de los contratos de adhesión antes comentadas no deben utilizarse para catalogarlos como de naturaleza nociva para la sociedad, su razón de ser ya vista, es concordante con la dinámica y desarrollo de las sociedades en sus sectores productivos, mercantiles, financieros y de servicios. Antes hicimos la reflexión: ¿podríamos imaginar lo que sería discutir sobre cada cuenta bancaria que se abra, cada servicio público que se tome, o sobre cada seguro que se otorgue, entre los cientos que se celebran diariamente?

En cuanto a seguros, tendríamos tantas pólizas como asegurados, cada uno solicitando determinadas cláusulas de acuerdo con sus respectivos pareceres, y por lo mismo se incrementaría el valor de las primas, además en detrimento de la agilidad en la expedición de las pólizas.

Son entonces fortaleza de los contratos de adhesión la respuesta ágil que ofrecen a un mundo cada vez más competitivo en el que acrecen los ciudadanos con capacidad de consumir más en bienes y servicios. La homogeneidad de las cláusulas de los contratos de adhesión militan en favor del tomador, pues son garantía de un trato igualitario que es un principio universal del derecho del consumo.

Su crítica deviene precisamente de su razón de ser: la dinámica social en las distintas áreas torna imposible discutir cada contrato.

Otra desventaja, a la cual está atento el legislador para evitarla, es que, precisamente por la falta de discusión sobre las condiciones generales del contrato, los contratos de adhesión constituyen "terreno abonado" para que en ellas se incorporen cláusulas abusivas, por lo cual se prohíbe expresamente en la Ley la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Entonces la pregunta que surge es, vistas las ventajas y desventajas ¿quién gana con los contratos de adhesión, quizás la parte fuerte que tiene la posibilidad de disponer el clausulado a su medida, o la débil que se encuentra protegida con normas especiales?

En nuestro concepto, mediando el derecho del consumo que nivela el poder contractual de las partes, ganan las dos, porque la nivelación o equilibrio contractual hace que el consumidor tenga más confianza en los contratos de seguros y por tanto mayor propensión a su utilización.

1.4. Disposiciones de los estatutos de protección al consumidor de particular incidencia para el contrato de seguro

De todas las normas de las dos leyes, muchas de ellas repetitivas, lo que hace recomendable que en un futuro se consoliden en un solo cuerpo mediante la expedición de un Código de Protección al Consumidor, podemos seleccionar algunas de particular interés para el sector asegurador en cuanto que son a nuestro juicio las que mayor incidencia tienen en el contrato de seguro.

1.4.1. El derecho del consumidor de seguros de recibir información cierta, suficiente y oportuna que le permita conocer adecuadamente sus derechos y obligaciones

Dice Villalba (2009) que:

> El productor (compañía de seguros) detenta la información y los medios de divulgación de esta, lo cual le da un poder frente al consumidor, el cual en la mayoría queda sujeto a información brindada como factor para la manifestación del consentimiento en las relaciones contractuales con el productor o distribuidor. (paréntesis por fuera del texto original, p. 83)

La información debe ser brindada al consumidor por las entidades vigiladas (Ley 1328 de 2009, art. 3, concordante con la Ley 1480 de 2011, art. 1, numeral 2 y art.3, numeral 1.3) y es vigilada en lo que incumbe al seguro las Compañías de seguros, los corredores de seguros y las agencias asimiladas a corredores.

Llevado a la práctica, esto debe generar por parte de las aseguradoras, la redacción de unas pólizas claras que permitan su entendimiento por personas que no son profesionales en el seguro. Igualmente, mucho esmero por parte de los intermediarios en la información a los tomadores sobre los productos (pólizas) que colocan.

Esta información es particularmente importante, pues no debe olvidarse que el consentimiento de la parte débil del contrato apenas sirve para acogerse, o no, a las condiciones predispuestas por la parte que ostenta la posición dominante. Se trata en síntesis, de que no haya un solo sujeto informado, sino que el otro pueda tomar una decisión con conocimiento, que es justamente uno de los pilares del derecho de consumo.

La Ley 1328, también crea el deber a los consumidores financieros (asegurados) de informarse, cerciorarse sobre los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto y al servicio (art. 6, literal b), pero es importante precisar que, conforme con el parágrafo 1- de dicho artículo "el no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas".

En síntesis, de lo que se trata es de arreglar el desequilibrio contractual tantas veces mencionado, que se produce por el nivel de información de que disponen el productor (aseguradora) y el proveedor (intermediario de seguros), con información calificada propia de quienes son profesionales en el contrato y de la otra (el tomador) quien, por lo general, carece de tal información especializada, o con información mediana sobre el tema. Analizada la situación, puede entenderse el alcance o importancia de lo que pretende el legislador al conceder este derecho al consumidor (asegurado) de recibir una información calificada. La Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2013 se pronunció así:

> El acceso completo, veraz y oportuno a la información —que es una condición elemental, inherente a toda actividad de consumo— adquiere especial trascendencia en el marco del sistema financiero, en razón a los contratos de adhesión que suelen ofrecerse en el mercado, a la complejidad de los términos contractuales que se manejan y al estado de indefensión en que se encuentran los usuarios, siendo así, la información es una de las herramientas clave para el empoderamiento al ciudadano en su ejercicio contractual, tanto antes de la celebración de un contrato como durante su ejecución y aún después de la terminación del mismo, con el fin de precaver que la libertad contractual se emplee abusivamente en detrimento de otros derechos fundamentales. Es por ello que cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva.

En otro aparte, la sentencia da relevancia a la obligación de entregar la póliza al asegurado, precisamente como un instrumento para alcanzar la información que busca el legislador para el asegurado:

> Por expresa disposición legal, la sociedad aseguradora está obligada a entregar al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, denominado póliza. Así mismo, autoriza al tomador, asegurado o beneficiario a solicitar en cualquier momento una copia o duplicado del mismo, el cual debe ser entregado sin más obstáculos que el pago previo de los costos de impresión. Dicha obligación, pese a su simpleza y sentido común, adquiere una importancia mayúscula cuando de la protección efectiva del consumidor se trata.

La circular básica jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera reglamenta lo relativo a la información que debe suministrársele al consumidor financiero:

> Desde el art. 97 del EOSF se establece como una obligación de las entidades vigiladas el proveer información cierta, suficiente, clara y oportuna a los consumidores financieros de suerte que con ello se facilite la adopción de decisiones informadas y se permita que estos escojan las mejores opciones del mercado de acuerdo con sus necesidades.

Señala igualmente que los requisitos de la información que divulguen o suministren las entidades vigiladas a los consumidores financieros, debe ser cierta, suficiente y corresponder a lo ofrecido o previamente solicitado; ser clara y comprensible; ser divulgada o suministrada oportunamente; encontrarse vigente al momento en que se suministre o divulgue, indicándose el tiempo de vigencia y la fecha de la última actualización; así como ser entregada o estar permanentemente disponible para los consumidores financieros, como mínimo en los sitios web de las entidades vigiladas y en su red de oficinas.

Así las cosas, el consumidor debe recibir información cierta, veraz y oportuna, a fin de menguar el desequilibrio existente entre las entidades financieras y aseguradoras con el consumidor financiero. En palabras de la Corte Constitucional:

> **Derecho de información en el sistema financiero y asegurador** - Prohibición de cláusulas y prácticas abusivas (…). El acceso completo, veraz y oportuno a la información —que es una condición elemental, inherente a toda actividad de consumo— adquiere especial trascendencia en el marco del sistema financiero, en razón a los contratos de adhesión que suelen ofrecer las entidades vigiladas en el mercado, a la complejidad de los términos contractuales que se manejan y al estado de indefensión en que se encuentran los usuarios. Siendo así, la información es una de las herramientas clave para empoderar al ciudadano en su ejercicio contractual, tanto antes de la celebración de un contrato, como durante su ejecución y aún después de la terminación del mismo, con el fin de precaver que la libertad contractual se emplee abusivamente en detrimento de otros derechos fundamentales. Es por ello que cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva, propiciada por el poder dominante del que gozan las entidades aseguradoras y bancarias. (Sentencia T-136/13)

1.5. Prohibición de publicidad engañosa

Debe tenerse en cuenta que, en relaciones de consumo que surgen, tanto de esta clase de negocio jurídico de seguros, como de cualquier otro, el derecho de recibir información oportuna, clara, precisa e idónea es un derecho del consumidor, cuya prevalencia tiene sus cimientos desde la Constitución misma, cuando en su artículo 78 estatuyó que "la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización", postulado que se desarrolló en el título primero de la Ley 1328 de 2009, específicamente estableciendo un régimen de protección al consumidor financiero, en el que se destaca, dentro de la contratación financiera, la obligación según la cual la información debe ser "cierta, suficiente y oportuna" para que "el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio", al punto que el incumplimiento de la obligación da derecho al consumidor financiero "de finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones que según el mismo contrato deba cumplir" (artículos 9 y 10).

Esta protección se encuentra ligada al deber de información que se abocó en el numeral inmediatamente anterior, los dos buscan un adecuado nivel de información por parte del consumidor para que pueda tomar su decisión debidamente informado, es obvio que si se lleva al tomador del seguro a tomar su decisión con base en publicidad que no corresponda a la realidad, que sea engañosa, el tomador suscribirá el seguro inducido al error, la información desde el momento en que el consumidor es motivado a la compra por publicidad engañosa carecería de la transparencia que la ley demanda, viciaría el contrato y la aseguradora se haría acreedora a sanciones administrativas.

Villalba (2017), al referirse a la publicidad engañosa dice: "en el ejercicio de la actividad publicitaria puede suceder que la información que se brinda induzca a error o confusión al consumidor, este tipo de conducta configura una forma de ilicitud publicitaria denominada publicidad engañosa".

La Ley 1480 de 2011 define la publicidad engañosa como "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión".

La Ley 256 de 1996 dispone que los mensajes publicitarios no pueden ser contrarios a la buena fe comercial, ni pueden tender a establecer competencia desleal. La Circular Básica Jurídica 029 de 2014, regula lo relativo a programas publicitarios, entre otros aspectos, vale la pena resaltar los siguientes:

1. Establece como prácticas prohibidas en materia de publicidad, entre otras, las siguientes:
   - Ponderar un producto de manera tal que sus bondades o características sean contrarias a la realidad.
   - Ofrecer condiciones o coberturas de seguros más allá de las contenidas expresamente en las pólizas respectivas o en los títulos de capitalización.
   - Utilizar o insinuar, ponderaciones o superlativos abstractos que no reflejen una situación exacta, como sucedería con expresiones tales como "somos los primeros", "los mejores", "el indicado", entre otras, sin decir en qué, en relación con qué o con quiénes.

En cuanto a la publicidad de los intermediarios de seguros y reaseguros señala que sin perjuicio del cumplimiento de los anteriores requisitos, los intermediarios de seguros y reaseguros deben obtener previamente la autorización de la entidad aseguradora o capitalizadora cuando se adelante la publicidad de los productos que estas ofrezcan.

1.5.1. El asegurado debe recibir educación sobre los productos y servicios financieros

Con el propósito de corregir la asimetría en los contratos de adhesión, se exige a las entidades vigiladas no solamente una información calificada hacia la parte débil, sino educación sobre el contrato, sobre los derechos y obligaciones derivados del mismo (Ley 1328 de 2009, artículo 5, literal f).

Las entidades vigiladas y el mismo órgano supervisor deberán desplegar la imaginación y gran actividad, para cumplir a cabalidad con la misión de educar al asegurado y este debe poner de su parte para que no se frustre la misión de aquellas, por ejemplo estudiando las cartillas o las páginas de la red que dispongan para el estudio del seguro.

En este orden, y con el propósito de eliminar las asimetrías en el mercado financiero, la Ley 1328, consagra la educación financiera como: I) un principio orientador que rige las relaciones entre consumidores financieros y entidades vigiladas (artículo 3°, literal f); II) un derecho del consumidor financiero (artículo 5°, literal d); III) una práctica de protección (artículo 6°); IV) una obligación especial de las entidades vigiladas (artículo 7°, literal t); V) un objetivo (artículo 23 literal o), y como VI) un instrumento de la intervención del Estado (artículo 24 literal s).

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia en reiteradas oportunidades ha señalado que:

> La educación financiera a la que se refiere el régimen de protección al consumidor financiero es única y hace relación a los programas y campañas que faciliten a los consumidores financieros la adopción de decisiones informadas, tras la comprensión de las características de los productos, sus derechos, obligaciones y mecanismos de protección. (Concepto 2014023357-001 del 18 de marzo de 2014)

Bajo las anteriores directrices, se observa que la educación financiera busca brindar un conocimiento general y en abstracto, con un componente pedagógico que permite a los consumidores financieros tomar decisiones informadas y de manera responsable.

1.5.2. Prohibición de incorporar en las pólizas cláusulas abusivas

Hoy por hoy, se considera al contrato de seguro como sastre hecho a la medida de las partes, pues se confecciona por el asegurador, atendiendo sus exigencias técnicas, y las necesidades, gustos y solicitudes del consumidor; modelo contractual o clausulado tipo, prestablecido, que nace para ser comercializado en masa, cuyo destinatario final es indeterminado.

Por lo tanto, en la legislación colombiana, se ha protegido al consumidor de las excesivas creatividades del modista, con la inclusión de la prohibición de incorporar cláusulas abusivas y, en caso de que en el prototipo erigido por la compañía se llegue a incluir, colar, esconder o refinar una cláusula con tal propósito, se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor (Ley 1328 de 2009, art. 11).

Sin embargo, esa es tan solo, una de las precauciones adoptadas por el legislador. Nótese cómo el Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011) en su canon 42, establece que las cláusulas lesivas son:

> Aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Sin embargo, aquí se plantea una segunda protección al consumidor, la cual ya no es que lo lesivo se entienda por no escrito o sin efectos para el consumidor, sino que, lo abusivo produce efectos de ineficacia de pleno derecho.

Definición justificada en la exposición de motivos dada por el legislador del año 2011, quien indicó que el espirito o inspiración del axioma de abusivo es la existencia de "un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor como las que limitan la responsabilidad del productor o proveedor, invierten la carga de la prueba, trasladan al consumidor o a un tercero la responsabilidad o las que impidan al consumidor resolver el contrato, entre otras". Así mismo, definió que "las cláusulas abusivas son ineficaces de pleno derecho, pero la nulidad de una cláusula no afecta la totalidad del contrato".

Sobre tal punto, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, ente que tiene el atributo de resolver las controversias contractuales entre las compañías de seguros y los consumidores, en la Sentencia proferida en el expediente 2014-0209, señaló que:

> Las disposiciones legales en materia de seguros consagran, como regla general, la facultad de las entidades aseguradoras de seleccionar y asumir, salvo que se trate de seguros obligatorios, los riesgos puestos a su consideración, siempre que los mismos resulten legal, técnica y económicamente operaciones factibles.
>
> Y es precisamente en la aplicación de dicha prerrogativa de índole legal, que las compañías de seguros son autónomas de asumir los riesgos que consideren viables para su actividad social, y es bien sabido que el contrato de seguro se caracteriza por la voluntariedad y que siempre está sujeto a las normas del Código de Comercio y demás concordantes. Sin embargo, no puede perderse de vista que quien determina su contenido y fija previamente las condiciones generales es la aseguradora, para que sus clientes a su elección las acepten o las rechacen, esto por tratarse de relaciones contractuales en masa, que deben desarrollarse de manera estandarizada en su ejecución y operación y que se suscriben siempre entre el mismo contrayente y un gran número de personas.

En tal sentido, y acorde con las normas en materia de protección al consumidor en materia de seguros, como las condiciones generales y especiales las fija previamente la aseguradora, su confección debe ser adecuada y su redacción clara y entendible, siendo de vital importancia la claridad de las cláusulas particulares contenidas en la póliza, y que estas sean conocidas por el asegurado y tomador, para que manifieste libremente su consentimiento en señal de aceptación, máxime, tratándose de un clausulado elaborado por la aseguradora, que en últimas supera los límites de la consensualidad del contrato de seguro, sin que ello conlleve la convalidación de cláusula abusivas expresamente prohibidas por el legislador al punto que se tendrán por no escritas, como expresamente lo establece el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

Ahora, en lo que respecta a la letra y a los caracteres tipográficos "deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por lo tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles", tal y como lo ordena el literal b del numeral 2° del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

En atención a lo expuesto, al momento de elaborarse el clausulado de las pólizas, las compañías de seguros deben ser redactarlos de manera legible, es decir, que su lectura sea sencilla y adecuada para el consumidor, regla que adopta bajo la lente de la instrucción contenida en el título sexto, Capítulo Segundo, subnumeral 1.2.1 de la Circular Básica Jurídica, la cual destaca que:

> Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2 EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado.

Con fundamento en lo anterior es que en estos contratos se prohíbe la conclusión de cláusulas abusivas al igual que la prohibición de publicidad engañosa, las cuales tienen rango constitucional, pues no de otra forma puede interpretarse el canon 333 de la Carta cuando dispone que el Estado "por mandato de la ley, evitará 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".

No puede aseverarse que las cláusulas leoninas, también denominadas vejatorias o exonerativas, se den exclusivamente en los contratos de adhesión, sin embargo, como en estos no hay discusión en relación con las condiciones generales, se convierten en un terreno propicio para que afloren, por ello, tanto la Ley 1328 de 2009, artículos 11 y 12, como la Ley 1480 en su artículo 42, prohíben la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La ley señala a veces de manera taxativa cuales son cláusulas abusivas, a esta numeración expresa la denomina la doctrina "listas negras", es ejemplo de una lista negra el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

La CSJ en sentencia de 2 de febrero de 2001 rad. 5670 dijo que:

> La Corte ha sido enfática en señalar que es deber del juez delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata en perjuicio del adherente, porque lo contrario traduciría causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa, además es desmedro del objeto bien intencionado que posee el contrato.

En cuanto al control de las cláusulas abusivas, nos permitimos transcribir lo manifestado por la autora Verónica María Echeverri Salazar (2010, citada en Seguros: temas esenciales, IV edición):

> El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es inter partes, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes al ser "la mejor guardiana de sus propios intereses" no acepta la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato. Pero como ello no siempre es posible, puesto que en buena parte de los contratos de adhesión el consumidor está interesado

en el producto y/o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del clausulado como se le presenta predispuesto, o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita, se hace indispensable el control "desde afuera" por parte del Estado.

Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como "posterior", cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas.

A su vez, el control legislativo es, por naturaleza, previo. La forma en que dicho control se realiza en la legislación comparada es a través de la implementación de a) listados de cláusulas negras, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán "con un manto de sospecha" al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o c) con la inclusión de una cláusula abierta que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. Asimismo, se presentan casos en los cuales se mezclan los diferentes tipos de controles. (p. 30)

1.5.2.1. Normas de prohibición de cláusulas abusivas

- Art. 333 CN: el Estado evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
- Art. 95, núm. 1 son deberes de la persona y del ciudadano:

  1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.
- Art. 78 CN la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.
- Art. 830 C. de Co: el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.
- Art. 831 C. de Co: nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

1.5.2.2. Objetivos que persiguen la prohibición de incorporar cláusulas abusivas

Evitar las siguientes conductas por la parte dominante:

- Restricción de los derechos de los consumidores.
- Exoneración de las obligaciones del productor.
- Desequilibrio entre las partes contratantes.
- Abuso de la posición dominante, por parte del *operatori* dominante.
- Cláusulas sorpresivas permitiendo que se cumplan las expectativas razonables del adherente.

1.5.2.3. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas

Como obligación especial y de las más importantes, las compañías de seguros tienen el deber de evitar incluir en sus clausulados, condiciones abusivas para el consumidor financiero. Sin embargo, para entender que significa una cláusula abusiva, a la luz de la legislación Colombiana, es necesario indicar que el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 ha enmarcado a las "cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho", las que, en todo caso, y en cualquier escenario no producen efectos por ser ineficaces de pleno derecho y no requieren declaración judicial, tal y como lo prevé el artículo 897 del Código de Comercio, es decir, son carentes de efectos sin que sea menester el pronunciamiento del Juez, a quien a lo sumo le corresponderá reconocer sus presupuestos y las secuelas del negocio de seguro.

El artículo 43 en estudio, sin ser taxativo, resalta que serán cláusulas abusivas las 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.
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. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012> 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.

En virtud de lo anterior, la compañía de seguros debe evitar abordar los terrenos antes descritos, y procurar, antes de la firma del contrato, ofrecer al consumidor información veraz y verificable, cierta, oportuna, fácilmente comprensible, en castellano, evitando los anglicismos, con caracteres legibles, sin inducir a error al cliente, evitando los términos oscuros que permitan diferentes interpretaciones, o condiciones que afecten el equilibrio contractual en perjuicio del consumidor, eliminado aquellas que le permitan modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones, o que por su contenido no sean transparentes, erradicando las que afecten el tiempo, modo o lugar en que el tomador pueda ejercer sus derechos.

El cumplimiento de las anteriores previsiones, mitiga la posibilidad de que las aseguradoras se hagan merecedoras de las sanciones previstas en el artículo 61 del Estatuto del Consumidor, norma que de manera clara y sin rodeos señala que:

> En el evento en que se incluyan cláusulas consideradas como abusivas, el consumidor podrá acudir, acorde con lo dispuestos por el artículo 56 de la Ley 1480, ante los jueces de la República o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, presentando demanda para hacer valer sus derechos.

Ahora, en caso de que la compañía insista en incluir cláusulas abusivas podrán hacerse acreedores de multas hasta de 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, o también podría acarrear el cierre temporal de la compañía de seguros hasta por 180 días, y en caso de reincidencia el cierre definitivo o la clausura de la página de internet o del portal electrónico a través se socializa el clausulado, por ejemplo, el cierre del app a través se comercializan las pólizas; también trae la prohibición de comercializar los seguros, sumado a que, la rebeldía a la compañía le podría arrastrar una multa adicional de 1.000 salarios mínimos, y en caso de que la inclusión de las cláusulas abusivas sean por instrucción o por conductas de los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales, se les podrán imponer multas hasta por 300 salarios mínimos, y la prohibición de ejercer el comercio hasta por 5 años.

En atención a lo anterior, se advierte que la inclusión de condiciones lesivas, bajo la lente de la Ley 1480 de 2011, no es un buen negocio para la compañía de seguros, por lo tanto, es necesario realizar una revisión de sus condicionados, para actualizarlos y rastrear aquellas que deben ser eliminadas por estar prohibidas y cuya permanencia transporta consecuencia negativas para la entidad aseguradora, tarea que se ha efectuado y se expondrá a continuación, no sin antes realizar el estudio de las previsiones que con igual norte ha previsto la Ley 1328 de 2009.

1.5.2.4. Jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusivas

En sentencia de diciembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera:

- Señala que hay posición dominante cuando; 1. una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y 2. Cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.
- Advierte además la Corte que el hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quien la detenta, un mayor miramiento con los usuarios, de tal manera la buena fe no le permite abusar de su posición de privilegio.
- Si lo hace, introduciendo cláusulas abusivas, estas deberán ser invalidadas por el juez, a la luz del artículo 13 de la C. N.

Específicamente en cuanto a cláusulas abusivas en materia de seguros, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de febrero de 2001 (exp. 5670), cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Ignacio Jaramillo, es medular en cuanto a Jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas. Dijo la Corte:

> La Sala estima que no se equivocó el sentenciador en el juicio que hizo, pues de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aun antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la Ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía —y puede— según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece —ni establecía— una restricción probatoria, la que no era —ni es— posible fijar *ex contractu*, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial —por lo menos de cara a una

determinada tipología de riesgos: de más— el contenido del referido artículo 1080 solo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

Si ello es así, no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios…, bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura… calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas -eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1 del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del artículo 184 del decreto 663 de 1993…

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…

Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. de Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones de naturaleza volitiva y por tanto negocial a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual…

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas "listas negras" contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias—, aquella cláusula que "favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente" entre las cuales se encuentra" la limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable", restricción objetiva que en el caso sometido a escrutinio de la Sala, se "acordó" en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado, lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida —y cuestionada— cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (Const. Pol., art. 95, inc. 2, num.1); que el Estado debe evitar o controlar "cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional" (art. 333, inc4, ib) e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art.78).

1.5.3. Listas negras en seguros

Por su parte, la reforma financiera que trae consigo el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor Financiero, Bursátil y Asegurador en su artículo 11° establece la prohibición de utilización e inclusión de cláusulas desmedidas en contratos de seguro, así:

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.

En desarrollo de lo anterior, todas las entidades vigiladas deben abstenerse de incurrir en sus contratos cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato, que puedan dar lugar a un abuso de posición dominante, o que conlleven abusos contractuales, lo cual está expresamente prohibido, sin incurrir en las conductas previstas en los literales del a al d del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

Ahora, es importante profundizar en la facultad que le fuera conferida a la Superintendencia Financiera de Colombia en el literal y del precitado artículo, atributo respecto del cual, en su oportunidad presentó inquietudes o dudas, las cuales fueron resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C-909 del 2012, declarándolo exequible, indicando que:

> Las facultades concedidas a la Superintendencia Financiera de Colombia para determinar las cláusulas… que, por abusivas, es prohibido incorporar en contratos de adhesión, adicionales a las dispuestas por el legislador, reflejan en debida forma el ejercicio compartido de competencias que el Constituyente de 1991 quiso disponer en esta materia, razón para afirmar su conformidad con la carta política, además de avenirse a las condiciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF.

En desarrollo de todo lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia, atendiendo el mandato legal contenido en la Ley 1328 de 2009 y con el propósito de garantizar una adecuada protección a los consumidores financieros, ha expuesto, a manera de ejemplo algunas cláusulas, estipulaciones que se consideran abusivas, incorporadas recientemente en la Circular 018 de 2016, en las que se contemplan diferentes especímenes, y que para el presente estudio, tan solo haremos alusión a las que afectan o se relacionan con el contrato de seguro, compiladas en la parte i título iii capítulo i numeral 6.1. de la Circular Básica Jurídica (029 de 2014) así:

> Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. Son ejemplo de estas cláusulas las siguientes:
>
> - Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar seguros, obligatorios o no, por cuenta del deudor, sin que se le haya dado información en relación con las características del producto tales como coberturas, exclusiones, tarifas y que no se le haya dado la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.
> - Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá ejercer el derecho de defensa y contradicción, limitan los medios probatorios, imponen medios de prueba, exigen solemnidades no previstas en la Ley, o cualquier otra que limite el ejercicio del derecho de defensa.
> - Las que restrinjan el derecho de los consumidores financieros a acudir al defensor del consumidor financiero o a la SFC para la resolución de las controversias, cuando se ha pactado un mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolverlas.
> - Las que limitan contractualmente el alcance de la garantía legal que se debe otorgar respecto de los servicios prestados, cuando la indemnización del siniestro amparado por una entidad aseguradora se realiza mediante reposición, reparación o reconstrucción del bien asegurado, salvo que el asegurado, tomador o beneficiario sea quien selecciona el proveedor del servicio o el bien objeto de reposición.
> - Las que autorizan a las entidades vigiladas a compartir los datos personales del consumidor financiero sin que haya autorización, previa y expresa, por parte de la Ley o del consumidor financiero.
> - Las que para la terminación del contrato o cancelación de un producto o servicio, impongan al consumidor financiero el cumplimiento de requisitos mayores a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas o costos a los legalmente establecidos.
> - Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
>
> Las que exoneren o atenúen los deberes y responsabilidades propios del objeto social de las entidades vigiladas. Son ejemplos de estas cláusulas las siguientes:
>
> - Las que establecen que la entidad no será responsable por las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la página web.
> - Las que exoneran de responsabilidad a la entidad aseguradora por demora o incumplimiento en los procesos de reposición, reparación o reconstrucción del bien asegurado efectuados a título de indemnización, cuando las causas de la demora son atribuibles a la entidad aseguradora o a la red mediante la cual presta sus servicios.