



**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL**

**“CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO”**

**POR: NELLY RUBIELA BUITRAGO LOPEZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE**

**SEGUROS 2018**

Nota de Advertencia. "La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia"

## **Introducción**

Con el presente análisis jurisprudencial se pretende desarrollar conceptualmente el tema asignado por la Coordinación de la especialización de Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, basado en un análisis crítico, en doctrina y jurisprudencia, apoyándonos en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que han analizado y estudiado la teoría de las prácticas y las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, que surgen como un instrumento para mantener el equilibrio jurídico, existiendo diferentes criterios para su aplicación en el derecho colombiano.

A continuación, se expone el método de análisis aplicado Método de Análisis

1. Reseña
  - a. Relación de los hechos
  - b. Planteamiento del problema jurídico
  - c. Reseña de los fallos de instancia
  - d. Fundamentos del fallo de segunda instancia

e. Recurso de casación

f. Consideraciones de la Corte

2. Evaluación Crítica, Posición Doctrinaria, Jurisprudencial y Análisis Crítico

Sentencia No.1

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil

Expediente 11001310304120010102301

30 de agosto de 2010.

Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Demandante: Luis José Londoño Arango

Demandado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

a. Relación de los hechos

- 1- El recurrente trabajó para el Banco del Estado como gerente de la oficina de Manizales y de la Regional Bogotá entre el 9 de noviembre de 1995 y el 15 de mayo de 1997.
- 2- El 29 de marzo de 1999 la Previsora Compañía de seguros S.A, expidió póliza de directores y administradores mediante con vigencia desde el 8 de marzo de 1999 al 8 de marzo de 2000, en la cual el Banco del Estado y otras entidades eran las tomadoras y a su vez beneficiarias y se amparaba principalmente la responsabilidad civil en que puedan

incurrir los directores y administradores de las entidades aseguradas de acuerdo a las condiciones pactadas dentro de la que se encontraba la cobertura de gastos de defensa.

- 3- El 12 de octubre de 1999 la Fiscalía informa al demandante que en su contra se profirió resolución de apertura de instrucción, por las irregularidades acaecidas en el otorgamiento de créditos por parte del Banco del Estado a la sociedad Altt Foods que él aprobó.
- 4- El señor Luis José Londoño Arango fue investigado y declarado culpable por el delito de peculado culposo, dentro en la investigación que adelantaba la Unidad Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación que formó parte del proceso penal que curso en el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá.
- 5- desde que fue vinculado a la investigación contrató un abogado y pactó honorarios por \$60.000.000, al que ha pagado por adelantado \$ 25.000.000 y debe \$ 35.000.000.
- 6- Consecuencia de lo anterior, presentó reclamación a la compañía el 01 de agosto de 2001 alegando que hasta septiembre de 2000 conoció de la existencia de la póliza, no obstante, la aseguradora mediante comunicación de agosto 31 del mismo año la objeta.
- 7- Una vez negada la reclamación, el actor demanda a La Previsora S.A quien a su vez contesta la demanda y propone excepciones de; nulidad del citado convenio por reticencia y/o exactitud del asegurado, falta de notificación oportuna sobre la modificación del estado del riesgo, ausencia de cobertura, aplicación de la exclusión 4-X y de la 4- IV, ausencia de amparo por el incumplimiento del protegido de su deber de contar con el consentimiento escrito del asegurador antes de acordar los honorarios de defensa y por último, la prescripción.

b. Planteamiento de los problemas jurídicos.

¿Pueden considerarse abusivas cláusulas de un seguro de responsabilidad de directores y administradores cuando de acuerdo con la fecha de vigencia de la póliza el reclamante no ostentó el cargo de director y/o administrador del asegurado?

¿existe cobertura del seguro si después de haber ejercido el cargo director y/o administrador ante la entidad este se entera de la existencia de la póliza?

¿puede la expresión quien “ha sido” director y /o administrador dar a entender que se encuentran cubiertos los gastos legales del proceso de cualquier persona que haya ostentado dicho cargo independientemente de la vigencia de la póliza?

c. reseña de los fallos de instancia.

El 29 de marzo de 2007 el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá absuelve a la demandada y declara próspera la excepción de ausencia de cobertura y se revela de estudiar los demás medios de defensa.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 21 de abril de 2009 confirma en su integridad el fallo de primera instancia.

d. Fundamentos del fallo de segunda instancia

- El Tribunal tuvo por demostrado que el Banco contrató con la demandada seguro de directores y administradores y que la vigencia de esa póliza fue del periodo de marzo 8 de 1999 a marzo 8 de 2000.
- Que la cobertura principal de la misma era amparar la responsabilidad civil en que pudieran incurrir los directores y administradores de las entidades aseguradas según las condiciones adjuntas, así mismo, se tuvo probado que dicho seguro también amparaba los gastos de defensa de los asegurados.
- Que, de acuerdo con las definiciones contenidas en este documento, era claro para las partes, que los funcionarios de que hablaba el contrato eran aquellos que tuvieron, tienen y tendrán calidad de directores y/o administradores en el tiempo de vigencia de la póliza.
- De la lectura del contrato se extrae que las expresiones: haya sido, es o será – cuando habla de los directores y/o administradores- se refiere a partir de la vigencia de la póliza por ello es por lo que allí está plasmado la palabra “ahora en adelante” lo que se entiende sin duda alguna, que es a partir de su expedición.
- La vinculación laboral del actor terminó 21 meses antes de que comenzara la fecha de inicio de vigencia del seguro.
- La declaración de responsabilidad en la comisión del delito de peculado culposo no permite reclamar de la aseguradora el éxito en la defensa técnica, porque como se demostró, el actuar del accionante fue indebido.



#### e. Recurso de Casación

Formula el demandante un cargo único por violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria y falta de aplicación de los artículos 1494,1495,1602,1618,1620,1622,1738 y 2349 del Código Civil; 830, 871, 1045, 1046, 1047, 1054, 1056, 1072, 1080, 1083,1127, 1128 y 1131 del Estatuto Mercantil; 4° de la Ley 389 de 1997; 1 , 2 y 3 de la 44 de 1980; 1, 2 y 4 de la 54 de 1990; artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y 83 de la Constitución Política.

Apoya su demanda de casación en que el ad quem desacertó en la interpretación del contrato de seguro en los siguientes aspectos: i) mala interpretación del literal a) del numeral (i) de la cláusula 3 de la póliza porque según el real entendido de administrador y/o director, él tenía derecho a la cobertura por haber trabajado con el asegurado y la aseguradora debía asumir sus actuaciones como actos propios del Banco por ser el asegurado- beneficiario y por ende, responder por esos actos con ocasión a las funciones que desempeñó por ser sus decisiones de alto riesgo siendo este el interés asegurable a pesar de haber terminado la relación laboral antes de que se expidiera la póliza, así entonces, cualquier reclamo que se hiciera por primera vez durante la vigencia del seguro estaba cubierto por lo que el Tribunal se equivocó en la interpretación de las cláusulas y ello conllevó a declarar probada la excepción y ii) la inobservancia de la cláusula cuarta literal b) numeral iv) que establece el pago de honorarios de abogados por el trámite del proceso en donde se determine que el director o administrador es legalmente responsable respecto a un acto indebido que no dependa de la existencia de un propósito o intento deshonesto. Ello en concordancia con el artículo 1620 del Código Civil porque la interpretación del contrato debió ser armónica dado que existía cobertura de gastos y costos de defensa cuando la responsabilidad penal se genera por un acto indebido a título culposo.

#### f. Consideraciones de la Corte

Inicia la Sala con observar los pedimentos de la demanda, que como pretensión principal solicitó indemnizar o reconocer las sumas que pagó y tendría que pagar a sus abogados con ocasión a su defensa dentro del proceso penal junto con intereses moratorios, también decretar la nulidad absoluta de las cláusulas 2 literal a), parágrafo primero literal g), literal d) de la cláusula 6) y clausula 8 numeral 2 ítem a) con el literal b) y de manera subsidiaria i) intereses de mora a partir de la notificación de la demanda a la aseguradora; como segunda subsidiaria: pérdidas que puede llegar a ser condenado en el proceso penal, en caso de producirse una defensa exitosa se reconozca la evitación en la extensión o propagación del siniestro, pago de honorarios más intereses moratorios desde la preclusión de la investigación, desvinculación del procesado o archivo del expediente y tercera subsidiaria: honorarios y gastos desde el día siguiente a la fecha en que queda ejecutoriado el auto que lo declara inocente, desvincula de la actuación, archiva el caso o precluye la investigación.

Igualmente expone que, frente a los contratos de seguros, dando alcance a lo señalado por la jurisprudencia el seguro es un acuerdo de voluntades que busca la protección del asegurado ante determinados riesgos y por ende si estos ocurren nace el pago de una indemnización, que ese ajusta a las preceptivas legales con aceptación del tomador respetando el equilibrio jurídico contractual en lo relacionado con derechos u obligaciones de los contratantes para no estar en el plano de las cláusulas abusivas.

Una vez trasladadas a las consideraciones las cláusulas que el censor plantea como abusivas y por las cuales demanda la nulidad absoluta, encuentra la Sala que están merecen toda la aplicación al caso y por lo tanto, las razones en las que se fundó el Tribunal para exonerar a la compañía son acordes al clausulado contrapuestas a los hechos acaecidos.

Significa lo anterior, que la excepción de ausencia de cobertura se haya plenamente demostrada si se confronta el periodo de vigencia con la vinculación y posterior retiro del demandante, aun así, también explica la Sala que de no dársele vía libre a esta excepción, de cara a la cláusula 3 literal g) tampoco prosperaría la demanda dado que si se olvidara que no estaba amparado por el periodo de vigencia, lo convenido en esta cláusula indica que para que se pague los costos y gastos debe haberse contado con el consentimiento escrito de los aseguradores y también lo enmarcado en la estipulación 6 literal d) y e) que exige que el director o administrador no incurrirá en gastos sin el consentimiento escrito de la aseguradora o que no pueden contestar ningún proceso legal previa consulta, lo cual en este caso no ocurrió sino que además el actor lo reconoció en su escrito de demanda disculpándose en que conoció de la existencia de la póliza solo hasta septiembre de 2000 lo que jamás constituye tampoco un caso de fuerza mayor o caso fortuito.

Y, en consecuencia, finaliza diciendo que los errores planeados en la casación no tienen entidad o relevancia para revocar la sentencia del Tribunal y el Juzgado y por lo tanto, el cargo formulado no prospera.

## **2. Evaluación Crítica, Posición Doctrinaria, Jurisprudencial y Análisis Crítico**

### **Posición doctrinaria**

La doctrina nacional en aspectos de la cobertura que contiene la póliza por los gastos legales de manera general indica que:

De lo anterior se evidencia que al asegurador le asiste un especial interés en el proceso que la víctima inicie en contra del asegurado y, por supuesto, en la conducta que este despliegue, por lo cual es usual que en el seguro de responsabilidad existan cargas y deberes que otorgan al asegurador la dirección del proceso y restringen la conducta del asegurado (1). En este contexto, el asegurador responde por los gastos del proceso que la víctima inicie contra él y contra el asegurado (2) Diaz- Granados Ortiz. 2012. Pág. 205

Y en este mismo tema es válido sintetizar como el mismo auto lo ha expuesto en esta misma obra al decir:

En algunos ordenamientos legales estas cargas encuentran un específico reflejo en la ley del contrato, la cual las contempla expresamente en mayor o menor grado (Francia, España y Argentina, por ejemplo), mientras que en otras legislaciones las mismas se deducen de las reglas generales, como acontece en el caso italiano y en el colombiano.

En el derecho comparado buena parte de las legislaciones establecen expresamente restricciones a la conducta del asegurado impidiéndole reconocer responsabilidad, tal como ocurre en Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Francia, Guatemala, Honduras, México y Paraguay. Diaz- Granados Ortiz. 2012. Pág. 206

Por lo que, en punto a sentencia analizada, el demandante sustentaba que la reclamación la hizo tan pronto conoció de la existencia del seguro porque ya no trabajaba en el Banco, así mismo que contrató a sus abogados con quienes planeó su estrategia de defensa sin contar con la aceptación o conocimiento de la compañía dado que haberla informado le permitía después

reclamar los gastos legales, pero asumió su defensa de manera autónoma, pero también el doctrinante antes reseñado expuso:

La facultad de dirección del proceso en su más amplia extensión permitirá al asegurador definir la estrategia legal de la defensa aprobar o incluso designar apoderados. Si el asegurador decide ejercer tal facultad deberá hacerlo con diligencia y procurando la defensa de los intereses comunes pág. 208

Por lo que las justificaciones presentadas por el demandante no tienen respaldo ni legal, contractual, doctrinario y jurisprudencial como lo sostuvo la Corte.

Está claro que, uno de los amparos o coberturas más importantes del seguro de directores y administradores son los gastos de abogados por haber nacido el riesgo cargo del director de tener que indemnizar por actividades relacionadas con su profesión o funciones desempeñadas según su relación laboral con la tomadora, así lo sintetiza en su obra el doctor Nicolás Uribe:

Como sería de esperarse, el seguro de D&O otorga también una importante cobertura y amparo de los gastos u honorarios de los abogados que el asegurado requiera para ejercitar su derecho de defensa y, en este caso, por tratarse de un seguro especializado diseñado para cubrir los riesgos inherentes a la gestión como administrador, es decir a las decisiones de negocios y funciones administrativas que han sido estudiadas anteriormente en este escrito, no se extiende a dar cobertura a otra serie de eventos en los cuales los sujetos administradores podrían comprometer su responsabilidad civil mediante actuaciones ajenas al ejercicio de su cargo (...) Uribe Lozada, 2013. Pag. 306 - 307

Naturalmente la calidad de la persona que afecte el patrimonio del asegurado causante del daño que debe ser o debió ser el director o administrador de dicha entidad o sociedad, porque esa es la finalidad, que las decisiones u omisiones en cabeza de esta persona son las que puedan ser amparadas por el seguro teniendo en cuenta las previsiones legales frente a los riesgos inasegurables o el interés asegurable entre otros que estipula el Código de Comercio, lo que nos lleva a concluir que, en palabras del mismo autor que:

Siendo el seguro de D&O un seguro de responsabilidad civil, será igualmente considerado como un seguro de daños y deberá ceñirse cabalmente al denominado principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1089 del Código de Comercio por virtud del cual el seguro no se encuentra diseñado para enriquecer al asegurado y/o beneficiario del mismo, sino únicamente a reparar y recomponer su patrimonio que se ha visto afectado con ocasión del acaecimiento del siniestro, es decir de la verificación o materialización del riesgo asegurado. Pag. 214 – 315.

Y esto es importante precizarlo porque según los hechos jurídicamente relevantes, la decisión que tomo el demandante frente a la concesión irregular de los préstamos que aprobó a la sociedad Alttta Foods en los que decidió directamente, lo cual significa que, acreditada la póliza y el detrimento patrimonial que sufrió el Banco del Estado de entrada operaba el amparo que demandaba el actor, empero, aunque se tuvieran estas dos condiciones, operaban como acertadamente lo acreditó la Corte causales de exclusión previstas en la póliza además de la falta de cobertura por el periodo en que Londoño se desempeñó en el cargo sumado a la

premeditación y su declaratoria de responsabilidad en la comisión de la conducta punible enrostrada, por eso en el punto que interesa, basta solo con decir que las irregularidades de orden legal que cometió el demandante sustentaban además la no prosperidad de las pretensiones de su demanda porque se demostró su responsabilidad en tales actos, para reafirmar esta situación podemos leer a Uribe Lozada cuando cita:

Las pólizas usualmente califican como acto incorrecto aquellas conductas que implican el incumplimiento de obligaciones, negligencia- incluida culpa grave-, declaraciones erróneas, infracción de disposiciones legales o estatutarias, incumplimiento de deberes y otras acciones u omisiones contrarias a la diligencia y demás normas de conducta que los estatutos y las leyes imponen a los Administradores. En otras palabras, el acto incorrecto deberá entenderse cualquier conducta activa o pasiva del administrador que implique un fallo en sus deberes fiduciarios de buena fe, lealtad y diligencia y cuidado, que conforme el ordenamiento jurídico pudieran llevarlo a ver comprometida su responsabilidad civil bien sea ante la sociedad, los asociados o terceros pag. 432.

Por ello el mismo autor indica en su obra que este fallo constituye “una de las tres únicas providencias que se han encontrado sobre la materia” Pag. 427. Así las cosas, resulta de transcendencia el sentido mismo de la protección que ofrece este seguro de cara a quien realiza la conducta o la omite, para el caso que se estudió, por suerte no fue relevante su estudio pues como ya se dijo, no tenía cobertura porque ostento tal cargo antes de la entrada en vigencia de la póliza.

Sin embargo, la Corte entró a exponer que contar con el permiso o autorización para los gastos de defensa es de vital importancia por ejemplo al mencionar en las consideraciones de la sentencia que fue el mismo actor quien tratando de excusarse por haber incumplido esta obligación abiertamente dijo que conoció de la existencia de la póliza en septiembre de 2000 y la contratación de sus abogados debía hacerla prontamente, y en palabras de la Corte “ no representa este hecho una causa con la potencialidad de liberarlo de su cumplimiento, pues no constituye, *verbi gratia*, un evento de fuerza mayor o caso fortuito (...)”, y bajo esta misma línea es que el autor varias veces citado resume al decir.

El no aviso de la ocurrencia del siniestro al asegurador o la omisión de solicitar su aprobación para la definición del monto de honorarios a favor del abogado que llevará la defensa del asegurado como mucho implicaran el incumplimiento de una obligación a su cargo posterior a la ocurrencia del siniestro, que conforme a la norma especial del artículo, 1078 del Código de Comercio, norma que por cierto solo puede ser modificada a favor del asegurado, se sanciona con la deducción en el importe de la indemnización de aquellos perjuicios que hubiere efectivamente sufrido el asegurador, que en estos casos normalmente consistirá en la deducción del mayor costo pagado por el asegurado cuando los honorarios pactados con su representante no hubiesen sido razonables. Pág. 441.

En el asunto que se examina, es claro que el demandante confundía la definición de director y administrador contenida en el contrato con su vinculación laboral, porque según su dicho con solo haber tenido esa calidad en el Banco ya debía ser amparado por la póliza, sin tener en cuenta, como oportunamente lo señaló la Corporación que estas definiciones aplicaban



obviamente durante el tiempo de cobertura de esta, en otras palabras, entre el marzo 8 de 1999 a marzo 8 de 2000.

### Posición jurisprudencial

En este fallo concreto el aspecto giró en torno a la cobertura de la póliza que fue la razón primordial para no acceder a las suplicas de la demanda ni encontrar probados los cargos formulados en casación, ahora, la jurisprudencia ha definido en este tipo de pólizas cuando hay lugar al pago de los gastos de honorarios y de manera loable ha dado plena validez a las cláusulas contractuales, por lo que vale la pena exponer este tema del que se reitera, no fue la razón primordial para absolver a la demanda pero si se analizó en el fallo y su importancia merece comentarios.

Dice la Corte que aun considerando otro ataque de la censura en cuanto a que debía contratar a un abogado para su defensa esta estaría llamada al fracaso porque hubiese prosperado la excepción denominada: ausencia de amparo por el incumplimiento del asegurado de su deber de contar con el consentimiento escrito del asegurador antes de acordar los honorarios para su defensa como quiera que el mismo actor así lo reconoció en el proceso que no concertó su defensa con la aseguradora, pero en últimas al no haber cobertura por la vigencia de la misma, las resultas serían las mismas. Frente a este asunto la Corte ha indicado:

Precisamente esos “actos de defensa técnica a través de abogados, apuntan necesariamente a disminuir los daños y costos fallados en contra de los Directores y Administradores (Pérdidas) y a desvirtuar o atenuar la existencia de actos erróneos a su cargo. Todo lo cual se traduce en que efectivamente la defensa de un Director y

Administrador por conducto de abogados especializados -como fue lo ocurrido en el caso de Henry Ávila con los profesionales de la firma Gamboa & Gamboa-, implique el cumplimiento de la obligación a su cargo en el sentido de evitar la extensión y propagación del siniestro”, como bien lo ha entendido la doctrina. (Sala Civil- Corte Suprema de Justicia, 2013. Pág. 82)

Y en ese mismo fallo, en caso similar al estudiado sintetizó:

En su contexto ninguna relevancia tiene para los resultados del pleito el que el respectivo aviso se hubiera presentado por fuera del tiempo convenido, puesto que ese no fue el fundamento que esgrimió el Tribunal para desestimar los requerimientos del accionante. Tal manifestación se hizo con el fin de desvirtuar uno de los supuestos por los cuales se objetó el reclamo, dejando esbozado, a título de ejemplo, lo que hubiera sucedido si no existieran otros que derivaban en su improsperidad (ibidem, pág.. 90)

Pero de manera casi exacta con el fallo que se analiza, la Alta Corporación expuso que al no haber cobertura no Valia la pena demostrar los gastos de defensa como se expuso, así lo manifiesta:

Para el caso concreto, al quedar consignado que son costos y gastos “todos aquellos honorarios y gastos necesarios y razonables incurridos por o en nombre de los Directores y Funcionarios con autorización escrita (...) de los Aseguradores”, quiere decir que los que carecen de ella quedan por fuera del amparo, como lo dedujo el sentenciador y sin que tal estipulación sea contraria a las normas que rigen los seguros (ibidem. Pág. 92)

## Análisis crítico

Sintetizados los argumentos de la Corte Suprema que no casó el fallo impugnado, consideramos que este resulta acertado cuando de entrada avala la interpretación del Tribunal que dio vía libre a la excepción de ausencia de cobertura, porque es notorio que en tratándose de una póliza de responsabilidad de directores y administradores como mínimo la vinculación que este haya tenido tenga o llegare a tener con el tomador – asegurado debe ser en la vigencia del contrato. En este caso, se escudaba el demandante en decir que se amparaba su reclamación porque i) había sido director del Banco y ii) se había presentado una única vez la reclamación a la aseguradora por su siniestro, estos dos aspectos fueron bien valorados en el fallo que se estudió, frente al primero, se observa una mala interpretación del contrato porque sería ilógico pensar que se expide una póliza de esta naturaleza que ampara de manera indefinida a todos y cada uno de los funcionarios, es decir, que a partir de la vigencia del seguro de forma retroactiva se cubren todos los siniestros de los empleados señalados además porque en caso de pactarse de la manera que lo pretendía hacer ver el censor la Ley 389 de 1997 en su artículo 4 no lo permitiría porque dicha norma señala que se puede definir la cobertura de los riesgos que ampara esta póliza según el termino estipulado el cual no puede ser inferior a dos años, situación que no se presentó.

En igual sentido, el fallo fue resuelto teniendo en cuenta o mejor, haciendo una lectura del clausulado para amparar el contrato conforme a todas las reglas aplicables, de ahí que no solo se impartió legalidad a las cláusulas demandadas en nulidad, sino que se analizó el asunto dentro del margen de lo pactado por las partes lo cual es muy acertado, a diferencia de otro fallo, como el que se analizará a continuación.

En nuestro criterio, también la Corte analiza las cláusulas que concretamente tienen relación con los gastos de defensa que demanda el actor claro está partiendo de la hipótesis que su reclamo estuviera amparado lo cual conocemos no lo está, que si pretendía le fuera reembolsado lo que sufragó y tiene pendiente por concepto de honorarios a los abogados que tramitaron sus procesos ante la fiscalía y Juzgado Penal, cuando se enteró que se había proferido resolución de instrucción en su contra o cualquier actuación que acreditara una investigación, ha debido comunicar a la compañía para que procediera a aprobar o determinar cuál sería su defensa técnica, sin embargo, con argumentos que no aceptó el Tribunal ni la Corte el demandante decía que si no aviso fue porque desconocía de la existencia de la póliza, pero en síntesis y recordando que según la vigencia del contrato sus pedimentos no tenía cobertura, había pasado por alto la obligación que traía consigo el contrato, como otro punto más que también reforzaba la absolución de la aseguradora como causal de exclusión y este aspecto tiene especial atención por ser esta la cobertura más utilizada en este tipo de seguros que en últimas busca indemnizar los perjuicios de las víctimas, por lo que los gastos de honorarios, costas y expensas que se causen en un proceso de cualquier tipo, siempre y cuando sean razonables y necesarios, que busquen defender al asegurado debe obligatoriamente contar con el consentimiento previo y prácticamente por escrito de la Compañía de seguros tan pronto se presente la reclamación, en otras palabras:

(...) quiere decir que, aunque la reclamación se formule a título de dolo, solo se tendrá en cuenta la definición del juez para resolver si se reconocen o no de manera definitiva los gastos de defensa. Antes de que se produzca dicha calificación por parte del órgano

competente, cualquier pago de honorarios de abogado que haga la asegurado será a título de anticipo (...) Uribe Lozada. 2013. Pag. 436.

SENTENCIA N° 2

CORTE CONSTITUCIONAL -SALA SEPTIMA DE REVISION

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Expedientes: T- 5.283.342 y T- 5.335.030

16 de mayo de 2016

Accionantes: Hamid Aljure Gaviria Y Brayan Alexander Yusti Mellizo

Accionados: Liberty Seguros S.A y Banco Colpatría Multibanca –

Seccional Cali, Cardif Colombia Seguros Generales S.A y

AXA Colpatría Seguros de Vida S.A

a. Relación de los Hechos

Expediente T- 5.283.342

1. El señor Hamid Aljure Gaviria adquirió con Liberty Seguros S.A, una póliza de seguro de vida colectiva con vigencia a partir del 1 de abril de 2012 la cual amparaba los riesgos de i) muerte- cualquier causa; ii) incapacidad total y permanente- cualquier causa; iii) muerte accidental y iv) enfermedades graves como infarto de miocardio, cáncer, accidente cerebro vascular, insuficiencia renal y esclerosis múltiple.
2. En febrero de 2014, dos años después de contratado el seguro y a la edad de 56 años, fue operado en el cerebro por un derrame que le sobrevino, que posteriormente le dejó como secuelas la pérdida de periferia izquierda en ambos ojos, sordera, problemas locomotores, tendencia a sufrir de epilepsia y trastornos mentales.

3. En consecuencia, el 9 de abril de 2014 presentó reclamación a la aseguradora para que le fuera pagado el 50% del valor asegurado por enfermedad profesional, la que fue negada con carta del 27 de mayo del mismo año, arguyendo la compañía que al momento de contratar el seguro no manifestó la hipertensión arterial sufrida, no obstante dicha respuesta, el accionante reclama nuevamente el 4 de diciembre con el fin de obtener el pago de incapacidad total y permanente luego que se encontrara en firme dictamen practicado por su fondo de pensiones en el cual se le asignó como pérdida de capacidad laboral un 53.11 % y fecha de estructuración el 25 de agosto de 2014, dado que los médicos que atendieron su caso indicaron que el derrame sufrido lo ocasiono la angiopatía amiloidea patología distinta a la hipertensión arterial.
4. Rechazada nuevamente la indemnización, acude por tercera vez en reclamación el 12 de febrero de 2015 apoyándose en las certificaciones médicas expedidas, a lo cual la Compañía le manifestó que reconsiderarían su petición y darían respuesta dentro del término que señala el artículo 1080 del código de comercio, el cual venció en silencio.
5. Por último, indicó que el valor de la mesada pensional por invalidez que le reconocerían sería del salario mínimo por lo cual quedará en la pobreza, sin poder pagar la deuda que contrajo para para pagar la vivienda familiar a pesar del subsidio que le dio su caja de compensación, como quiera que ganaba \$ 1.088.393 al momento del accidente y siendo su esposa desempleada y su hijo universitario quedará desprotegido para suplir su sostenimiento.
6. La aseguradora al contestar la acción dijo que el actor no declaró sus antecedentes médicos

cuando contrató la póliza, lo que origina la sanción del artículo 1058 del C. de Co., asunto que tiene respaldo en el concepto de su departamento médico cuando indicó que la ocurrencia del accidente cerebro vascular tuvo relación con su hipertensión porque la degeneración amiloide no registra en su historia clínica, en consecuencia, el contrato es nulo por reticencia.

Expediente T- 5.335.030

1. El señor Brayan Alexander Yusti Mellizo adquirió el 14 de agosto de 2014 seguro de vida grupo deudor con AXA Colpatria Seguros de Vida S.A, para respaldar un crédito de consumo, póliza que señalaba haber firmado cuando se encontraba internado en el Hospital Militar de Bogotá a raíz de un cáncer de testículo que había hecho metástasis en diferentes órganos de su cuerpo, situación que estaba al descubierto por el asesor de la compañía cuando este acudió al hospital.
2. El 10 de septiembre de 2014 fue calificado por la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con un 100 % de pérdida de capacidad laboral aunado al hecho de que requiere en un 25% de la ayuda de terceros para realizar sus actividades cotidianas.
3. Razón por la que presentó reclamación a la aseguradora, quien con oficio de diciembre 30 del mismo año negó su petición por considerar que existió reticencia cuando declaró su estado del riesgo.
4. Con oficio de 9 de enero de 2015 Colpatria Multibanca le informa al accionante que



la póliza inicialmente contratada con Axa Colpatria ahora había sido contratada con Cardif Colombia Seguros Generales S.A con vigencia desde el 14 de enero de 2015.

5. Acorde con lo anterior, radica nueva reclamación ante esta última compañía la que manifestó el 19 de mayo de 2015 que no tenía la obligación de indemnizar porque no había iniciado su vigencia de acuerdo a la fecha de ocurrencia del siniestro, petición reiterada el 28 de Julio del mismo año.
6. AXA Colpatria Seguros de Vida S.A, indicó que su actuación está enmarcada en el artículo 1044 del C. de Co, además de tener la disputa una vía ordinaria de la cual el accionante no había hecho uso.
7. El banco Colpatria Multibanca S.A, expreso que debía ser desvinculada proponiendo como excepción de mérito la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque en su objeto social no expide pólizas de seguro, asi también, la violación al principio de subsidiariedad y ser su petición de índole económico.
8. BNP Paribas Cardif- Cardif Colombia Seguros Generales S.A, expuso que no se cumplen las causales de procedencia de la tutela, se contraría el principio de subsidiariedad y se configure la falta de legitimación en la causa por pasiva.

b. Planteamiento de los problemas jurídicos

¿En condiciones de debilidad manifiesta del asegurado que adquirió un seguro de vida puede aplicarse la reticencia o inexactitud al momento la reclamación?

¿Deben las compañías de seguros en virtud de las condiciones especiales de salud que sufran sus asegurados en un seguro de vida, ser comprensivas e interpretar las cláusulas contractuales a su favor en preminencia de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos?

¿La tutela es el mecanismo judicial idóneo para hacer efectiva la cobertura de un seguro de vida pasando por alto la vía ordinaria respecto de la aplicación del artículo 1058 del Código de Comercio para considerar abusiva la cláusula que por mandato legal se refiere a la reticencia e inexactitud al momento de la declaración del estado del riesgo, porque este seguro siempre va a recaer en la vida o salud del asegurado?

c. Reseña de los Fallos de Instancia.

Expediente T- 5.283.342

Mediante fallo del 22 de Julio de 2015, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva declaró improcedente la tutela por contar el actor con otro medio judicial y no ser cierto que se encuentre ante un perjuicio irremediable y grave porque cuenta con una pensión y no ha perdido el crédito de vivienda otorgado.

No obstante, una vez fue impugnado el fallo el juzgado de segunda instancia declaró la nulidad de todo lo actuado para vincular al INPEC, Cafesalud EPS y Colpensiones, quienes contestaron la acción y con decisión del 18 de agosto de 2015 el Despacho profirió la misma sentencia antes mencionada.

Expediente T- 5.335.030

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Santiago de Cali en sentencia del 13 de octubre de 2015 declaró improcedente la acción de tutela porque el demandante no cumplió con el requisito de subsidiariedad, al considerar que no agotó los mecanismos ordinarios ni probó la vulneración al derecho a la igualdad.

d. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia.

expediente T- 5.283.342

Con sentencia del 24 de septiembre de 2015 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva confirmó íntegramente la decisión a quo estimando que el actor no demostró estar ante un perjuicio grave e irremediable para obviar los medios que establece el ordenamiento jurídico.

Expediente T- 5.335.030

No fue impugnado fallo de primera instancia.

e. Recurso de casación

Por ser este fallo revisión de tutela, no se presenta demanda de casación como tal, sin embargo, se sintetizan los argumentos esbozados por los accionantes ante la Corte Constitucional.

#### Expediente T- 5.283.342

Manifiesta el actor que Liberty Seguros S.A, vulneró sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la educación, la vivienda digna, la igualdad, la vida digna, el mínimo vital y de petición por negarse a pagar la póliza argumentando preexistencia y reticencia el momento de perfeccionamiento del contrato.

#### Expediente T- 5.335.030

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad por parte de la entidad financiera Colpatria Multibanca – Seccional Cali, al haber negado la ejecución de la póliza bajo el argumento de preexistencia y reticencia al momento de perfeccionar el contrato de seguro.

#### f. Consideraciones de la Corte

- La alta Corporación hace un extenso análisis de las características constitucionales asignadas a la acción de tutela, pasando por la procedencia de esta frente a compañías aseguradoras y temas precisos como el contrato de seguro.
- Para empezar, indica que la tutela es un mecanismo residual del Sistema jurídico luego de agotadas las acciones propias que otorga la Ley para hacer efectivo o proteger un derecho o situación jurídica en específico por lo que desconocer este aspecto origina la declaratoria de improcedencia del mecanismo, ahora bien, que a partir de la sentencia SU 599 de 1999 la Corte dispuso que no se puede presentar una tutela cuando: i) no se acudió a las herramientas que otorga la Ley en cada caso concreto; ii) se presentaron recursos de forma extemporánea o

iii) buscando celeridad judicial.

- Acorde al artículo 86 de la Constitución Política existe una excepción a la obligación de subsidiariedad y residualidad, la cual busca evitar que en un caso concreto se configure un perjuicio grave e irremediable para el individuo y por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 tiene establecido que esta procede cuando el mecanismo de defensa ordinario no resulta idóneo para proteger los derechos, sumado al hecho de que la inmediatez en la presentación de la referida acción debe ser dentro de un plazo razonable contado desde la acción u omisión que lesiona los derechos hasta su interposición, ello para evitar afectar los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, de ahí que esta herramienta sea un trámite preferente y sumario.

- Frente al punto de su procedencia contra entidades aseguradoras, la Corte indicó que en términos generales es necesario agotar la vía ordinaria por estar dentro de aspectos procesales civiles y comerciales, y de manera excepcional podrá admitirse cuando se encuentre demostrado: (i) que los mecanismos ordinarios no son idóneos o eficaces y (ii) evitarle al accionante un perjuicio irremediable. No obstante, la jurisprudencia de la Corporación ha decantado que la relación contractual entre los usuarios y la compañía de seguros puede tener un desbalance configurando un estado de indefensión que da cabida a la tutela, por lo tanto, corresponde al juez examinar cada caso en concreto si se está frente a una amenaza o vulneración de los derechos fundamental a la vida, a la salud o al mínimo vital.

- También se encargó la Corte de explicar el enfoque constitucional del contrato de seguro definiendo que “este contrato es una figura jurídica concebida como un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada tomador- en algunas ocasiones también beneficiario- se obliga al pago de una prima a favor de otra llamada asegurador, con el fin de que esta última cubra los daños causados por la ocurrencia de riesgo- siniestro- que afecta la integridad física o el

patrimonio del primero”, pero también realizó una contextualización de este contrato en Colombia y llegó a definir las partes, así como sus elementos esenciales y los riesgos no asegurables, para finalizar con el significado o trascendencia de la *uberrimae fidae* o lo que es lo mismo, considerar que para su eficacia este contrato debe estar investido por la buena fe de las partes.

- Indicó que vía jurisprudencial se ha establecido que la actividad financiera, bursátil y aseguradora es un servicio de interés público, y desde la sentencia C- 232 de 1997 se habló de la obligación a cargo del tomador en declarar su estado del riesgo al momento de perfeccionarse en contrato, y de no ser así, el contrato se funda en error y en consecuencia, se puede pedir la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa porque se rompe el equilibrio contractual aclarando también en que hay momentos en los que el tomador sin culpa de su parte es reticente o inexacto en tal momento, lo que permite aplicar el inciso 3 del artículo 1058 del C. de Co, que faculta a la aseguradora de cancelar un porcentaje del amparo.

- A este respecto también cito la sentencia C- 269 de 1999 la cual dijo que se rompe la buena fe contractual cuando el tomador conscientemente falta a este principio al momento de declarar su estado de riesgo y que con su actuar rompe los principios de diligencia, equilibrio e igualdad contractual por lo que resulta legal y constitucionalmente justificable, que el asegurador termine el contrato siempre y cuando se dé dentro de los postulados de protección a los derechos de los consumidores y de manera especial los que están en debilidad manifiesta.

- Respecto de las cláusulas abusivas, se indicó que la aseguradora tiene ventaja sobre el tomador dado que pone las condiciones contractuales y que el otro extremo no tiene la posibilidad de conciliar, controvertir o decidir las cláusulas del mismo, por lo que el único camino que le queda es aceptar la forma en la cual la compañía asume el riesgo, lo que a la

postre podría generar abuso de la posición contractual y que para prevenir esta situación se expidió la Ley 1328 de 2009 reforzada por la Circular Externa N° 039 del 6 de septiembre de 2011 que adiciono el numeral 10 del capítulo 6 del Título I de la Circular Externa 007 de 1996 que aumentó el margen de cláusulas y prácticas abusivas en los contratos con las compañías vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Significa que es necesaria la intervención del Estado para interpretar y aplicar las cláusulas contractuales cuando deba protegerse los derechos fundamentales de las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta.
- Frente al seguro de vida consagrado a partir del artículo 1151 hasta el artículo 1161 del C. de Co, quedan claros los elementos de tal contrato cuando se establece: i) el interés asegurable; ii) riesgo asegurable que es el siniestro a cubrir por la póliza ya sea accidente o muerte; iii) prima siendo la suma o importe a pagar por el tomador y iv) la obligación condicional del asegurador que no es otra que la ejecución de la póliza cuando acontezca el riesgo estipulado en el contrato, todos estos dentro del plano de la buena fe, siendo la declaratoria de la voluntad libre de vicios para que no se pierda el equilibrio contractual.
- Acorde a ello, se tienen dos aspectos que quiebran esa buena fe, el primero la reticencia o inexactitud que significa que al momento de suscribir el contrato omite declarar su estado del riesgo tal y como se encuentra en la realidad o se diga la verdad a medias, lo que conlleva a que la aseguradora de haber conocido no hubiese contratado, pactara una prima superior a la recibida lo que generaría nulidad relativa del contrato o también se puede presentar cuando por error inculpable del tomador el contrato solo tendrá validez con aspectos asegurados que guardan el equilibrio contractual así que tendría que aplicarse el contenido del artículo 1058, 1160 y/o 1161 del Código de Comercio conforme a lo que se dijo en sentencias T- 171 de 2003,

T- 196 de 2007 T- 902 de 2013, esta última que plasmó que los seguros ubican a la compañía en una posición dominante por lo que debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos

i) no estipular condiciones indeterminadas, ambiguas o vagas en contra de los intereses del asegurado y en caso de incluirlas ii) la interpretación se hace a favor del tomador o asegurado, el segundo aspecto es la preexistencia lo que significa que antes de la contratación estaban presentes y eran un factor decisivo en el acaecimiento del riesgo. Citó la sentencia dentro del radicado 11001310302320070060002 en la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo que no basta la simple preexistencia del hecho para que la compañía no ejecute la póliza, sino que debe existir el nexo causal entre la preexistencia y la muerte del tomador.

- Todo lo anterior para la Corte debe estudiarse bajo el derecho fundamental al mínimo vital en el entendido de que son aquellos elementos básicos con los que el hombre subsiste, el valor material de su trabajo, los aspectos propios de cada hombre respeto por sus condiciones de vida, el cual va conectado con los derechos a la vida, integridad personal, la salud, el medio ambiente sano y la igualdad para que no se disminuyan sus condiciones mínimas de vida asunto del cual debe ser responsable el Estado y en donde también debe examinarse si el que alega la vulneración a este derecho es un sujeto de especial protección constitucional como las mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad, los inválidos, los enfermos sin cobertura a salud y otros, pero que para el caso concreto, debe tenerse en cuenta también si el tomador o asegurado se halla en estado de debilidad manifiesta por el siniestro que ocurre después de celebrado el contrato .

- Por ultimo y relacionando todo lo antes expuesto por la Corte, indica que las compañías de seguros deben – por perspectiva constitucional –considerar que los tomadores necesitan adquirir créditos para satisfacer necesidades básicas como vivienda y educación, y que ocurrido el siniestro está en una condición de incapacidad productiva y por ende, se afecta el ejercicio de



sus derechos constitucionales, así que deben ser solidarias y tener en cuenta la situación que puede estar afrontando el tomador para asistir y considerar las condiciones especiales que atraviesan sus clientes y usuarios.

- Tomando como base todos los aspectos anteriores, la Corte ampara los derechos en ambos casos porque para ellos acudir a las acciones ordinarias o ejecutivas civiles implican unos términos procesales más extensos por lo tanto los tuvo como sujetos de especial protección constitucional por su delicado estado de salud que les impide desempeñarse laboralmente y los deja en un estado de indefensión dado que la calificación de la pérdida de capacidad laboral -en ambos casos- se hizo con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, y precisamente la inmediatez se acredita pues no transcurrieron más de tres meses desde la negativa de la compañía pero que esta respuesta si ocasiono un perjuicio irremediable a sus condiciones de vida que los obligó a acudir a créditos con entidades financieras asunto que tiene estrecha relación con la vida digna.

- La Corte no realizó estudio sobre las cláusulas abusivas en ambos seguros, sino que se encargó de resolver los casos bajo premisas constitucionales como la inmediatez, subsidiariedad, perjuicio irremediable, deber de solidaridad de compañías aseguradoras frente a personas en estado de debilidad manifiesta, derecho fundamental al mínimo vital, estado de indefensión y procedencia de la acción de tutela contra entidades aseguradoras tal y como se puede leer en la sentencia.

- En el caso del señor Aljure Gaviria se tuvo en cuenta: i) el accidente es de los descritos en la póliza y por lo tanto se encuentra amparado; ii) una vez indagado sobre el accidente cerebrovascular en la Organización Mundial de la Salud, la Biblioteca Nacional de Medicina de los E.E.U.U y los conceptos de los médicos del actor, se concluyó que la angiopatía amiloide

cerebral es un padecimiento silencioso y progresivo; iii) por lo que, Liberty al no haberle practicado exámenes que desvirtuaran el nexo causal entre lo ocurrido y la angiopatía para demostrar que la hipertensión arterial fue la causa que generó el accidente cerebral, no demostró que le asistía razón y se limitó alegar los factores de riesgo como medio de defensa sin ningún respaldo probatorio; iv) en la segunda reclamación la compañía respondió indicando que reconsideraría su solicitud, lo que daba a entender que se procedería a la ejecución del amparo por lo que si esta no era la intención de la compañía, debió ser clara y no realizar un oficio que daba lugar a ambigüedades y v) el accionante no tiene vivienda propia por lo que el necesitaba garantizar el pago del crédito para garantizar a su núcleo familiar la posibilidad de tener casa.

- Y en el caso del señor Yusti Mellizo la Corte tuvo en cuenta para conceder el amparo: i) que el cáncer que padece había invadido otras partes de su cuerpo; ii) la calificación de PCL hecha el 14 de septiembre de 2014 que le da un 100% de incapacidad laboral absoluta y por ende no puede trabajar para pagar el crédito; iii) su pensión de invalidez es de \$ 994.748 - una vez hechos descuentos legales – no es suficiente para asegurar su mínimo vital y desarrollo de su vida digna lo que hace latente su estado de vulneración y debilidad manifiesta que afecta sus capacidades para cumplir con los parámetros del contrato; iv) el actor sabía su estado de salud pero no lo ocultó a la compañía porque cuando diligencio los formularios, el asesor se los llevó hasta el Hospital Militar Central y en ese sentido, se demuestra que la aseguradora no cumplió con la carga de realizar los exámenes médicos sobre el riesgo que iba a asegurar, por lo cual lo aceptó y este subsanado.

- Así las cosas, revoca los fallos de instancia y ordena a Liberty Seguros S.A, que en

término de 48 horas desde la notificación de la sentencia proceda a realizar trámites para hacer efectivo el amparo de la póliza y a Colpatria Multibanca- seccional Cali y Compañía Cardif Colombia Seguros Generales S.A, que en 5 días hábiles igualmente desde la notificación del fallo, haga efectiva la póliza.

#### Aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva

Presenta aclaración en el caso T- 5.283.342 del señor Aljure Gaviria, para exponer a la Sala que no era necesario realizar un análisis técnico sobre el accidente sufrido ya que era deber de la aseguradora desvirtuar lo dicho en la reclamación y como no lo hizo procedía conceder la tutela, por lo que la preexistencia no era oponible al asegurado porque la compañía tuvo a su alcance los mecanismos para conocerla por medio de exámenes médicos, y al no hacerlo su pago era inmediato lo que hacía innecesarias las explicaciones medicas plasmadas en la sentencia.

#### 2- análisis critico

##### Posición doctrinaria

Como ampliamente se ha tratado, la buena fe constituye uno de los principales si no la única base sobre la cual nace el contrato de seguro, y por tal razón, los fallos adoptados se alejan de este acto jurídico y del cumplimiento de las clausulas pactadas para dar cabida a principios constitucionales que rechazan cualquier aplicación de la Ley y desconocer así la obligación que les asistía a los actores de declarar su verdadero estado del riesgo, para refrendar este aspecto el doctor Santos Ballesteros ha dicho:

En este sentido ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que del contrato de seguro se predica, como atributo que le pertenece, la uberrimae bona fidei, no simplemente para significar que debe celebrarse de buena fe, desde luego que tal exigencia la reclaman específicos mandatos constitucionales ( Const. Pol., art. 83) y legales ( C. de Co., art. 863; C.C., art. 1603, entre otros), respecto de cualquier negocio jurídico, y en general, como regla de comportamiento a seguir en toda relación intersubjetiva con relevancia jurídica; sino para enfatizar que la misma – la buena fe- adquiere, dentro de la estructura de dicho contrato, una especial importancia, al paso de las repercusiones de la misma, examinadas siempre de manera rigurosa, se ofrecen en una muy variada gama de aplicaciones. Una de esas nítidas manifestaciones del aludido principio reluce, para decirlo claramente, en lo concerniente con el deber del asegurado de hacerle saber al asegurador todas aquellas circunstancias que influyan en la apreciación del riesgo, para cuya determinación, dada su complejidad y onerosidad, se confía el segurador, por regla general, en las informaciones suministradas por aquel, a quien, por consiguiente se le exige en el punto una conducta “ intachablemente diligente”, ya que toda reticencia o inexactitud en la información de cualquier incidencia que pueda hacer ver como más o menos probable la realización del hecho condicionante de la obligación del asegurador es suficiente para enturbiar de tal forma la igualdad de condiciones entre las partes que, inclusive, puede llegar a afectar la licitud de la negociación. Así lo prevé el artículo 1058 del Código de Comercio (...). Santos Ballesteros, 2012, pág. 50

## Posición de la Jurisprudencia

Frente a este tema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha definido y dejado claro cuál es la relevancia de la declaración del estado del riesgo en los seguros de vida, cualquiera sea sus clases, aunque bien este tema merece que se aclare en que lo que expone la jurisprudencia constitucional como se vio en el fallo estudiado y el órgano de cierre de la jurisdicción civil son acepciones diferentes.

Para nuestra legislación civil es claro que el contrato de seguro es otro contrato revestido de unas particularidades y que encuentra su reglamentación en norma expresa como lo es el Código de Comercio, pero en cuanto a causales o aspectos contractuales se debe acudir a la norma civil, siendo ello así, en los casos que resolvió la Corte Constitucional se vio que no era claro el estado el riesgo que fue asumido por ambas compañías de seguros, en uno no conocía la hipertensión arterial del actor y en el otro, se perfecciono el contrato cuando este ya tenía cáncer.

Es así, que vale la pena mostrar lo que la Sala Civil ha interpretado cuando señala:

2. Ahora, como potencialmente la persona se encuentra en posibilidad de sufrir o causar perjuicio y por tanto, quedar expuesta a enfrentar los efectos pecuniarios que esa circunstancia puede conllevar, ya como víctima, ora como autor del suceso, en aras de brindar tranquilidad frente a ese riesgo, se presenta el contrato de seguro como proyección de la confianza consistente en que de ocurrir un siniestro, la indemnización total o parcial, o la constitución de un capital o renta será asumida por el asegurador.

El indicado negocio, emerge entonces con el esencial objetivo de brindar protección a los intereses personales, frente al detrimento derivado de asuntos inesperados.

Al respecto, esta Corporación en CSJ SC 27 ago. 2008, rad. 1997-14171-01, dijo:

*A dicho propósito, la utilidad de la relación jurídica aseguraticia, ab initio, se proyecta abstractamente en la confianza suministrada por el asegurador al asegurado mediante el pago de una contraprestación respecto del acontecimiento potencial del siniestro y, ulteriormente, en la certidumbre de la reparación de sus efectos.*

*En la autorizada opinión de Emilio BETTI, la utilitas de la prestación, en efecto, puede remitirse a la asunción de determinados riesgos, en cuyo caso, ‘consiste en una garantía, en una seguridad, que desde el momento de la celebración del contrato el asegurador da al asegurado en el sentido de que al ocurrir el evento temido por éste, el asegurador le pagará la indemnización o, en general, una compensación que lo mantendrá indemne, al menos parcialmente, del daño que haya sufrido. Por ello, aún antes de que ocurra el evento temido, existe la atribución de una utilidad por parte del asegurador al asegurado, consistente en la asunción del riesgo temido por parte de aquél’ (Teoría generale delle obbligazioni, I Giuffré, Milano 1958, pp. 41 ss.). Sala Civil- Corte Suprema de Justicia, 2015, p. 16*

Lo que quiere decir que si debieron los accionantes ser claros cuando contrataron las pólizas, porque de haberlo hecho de seguro no se hubiera contratado por parte de la Compañía, peor aún como estos asuntos no se ventilaron en la jurisdicción ordinaria sino en la constitucional, desde luego que esa Corporación no aplicó las reglas para estos casos, cuál era

la prosperidad de la excepción de nulidad por reticencia, porque las compañías de haber conocido la verdad del estado del riesgo no celebrarían el contrato o habrían cambiado las condiciones del mismo, por ejemplo en el caso del señor Aljure Gaviria, este aspecto fue desarrollado ampliamente desde el fallo del 19 de mayo de 1999 que indicó:

Respecto al error en la apreciación de la póliza, primero en la acusación, dable resulta considerar que las conclusiones fácticas que acerca de este aspecto coligió el Tribunal, desde ningún punto de vista resultan arbitrarias o absurdas, lo cual descarta el error en la interpretación del contrato.

El ad quem al adoptar su decisión aplicó la figura de la reticencia, consagrada por el artículo 1058 del C. de Comercio, porque el tomador diligenció una solicitud de seguro, y porque en la cláusula 45 de la póliza se estableció como facultad de la compañía abstenerse de pagar la indemnización cuando existiera "reticencias, declaraciones falsas o erróneas y tales circunstancias hubieren influido en la apreciación del riesgo". Igualmente, el error se desecha si se tiene en cuenta que lo previsto por el artículo 1058 en sus incisos 1, 2 y 4, es indisponible por virtud de lo consagrado por el artículo 1162 ibídem, lo cual implica que las partes en el contrato de seguro no pueden pactar en contravía de las causales de nulidad relativa por la reticencia o inexactitud culposa del tomador. Así mismo, debe acotarse como premisa fundamental, que el rigor financiero es deber tanto de las aseguradoras que otorgan la póliza, como del acreedor asegurado. Sala Civil- Corte Suprema de Justicia, 1999, p. 22

Por esta razón, resulta trascendente comprender lo que el profesor Carlos Ignacio Jaramillo explica al dar esa máxima importancia al momento precontractual en la cual las partes y de manera especial el tomador hace la declaración de su estado del riesgo misma que naturalmente debe estar investida de excelentísima buena fe cuando indica:

En efecto, en relación con el apellidado estado del riesgo, *ab initio*, es necesario distinguir dos fases claramente identificadas en el derecho comparado y también en la legislación comercial patria:

a) La primera, vinculada a la formación del contrato, durante la cual el tomador tiene “la obligación” –preferiblemente carga, según concepto precisado en sentencia de 30 de septiembre de 2004, exp. 7142- de declarar sinceramente la situación en que se encuentra el riesgo que se pretende amparar (art. 1058 C. de Co.), pues sólo una declaración franca, límpida y completa, le permite al asegurador expresar su asentimiento y, lo que también es medular, cuantificar la prima o precio del seguro; por eso su infracción, en línea de principio, provoca la nulidad relativa del contrato, en un todo de acuerdo con lo explicitado por la propia ley y la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En torno a esta última, ha puntualizado la Corte que la carga de información que tiene el tomador –*in potentia*- en relación con el estado del riesgo, no se agota en un solo momento, pues “esta carga informativa es considerada como una prototípica ‘carga de duración’”, motivo por el cual, “los hechos o circunstancias –relevantes- sobrevinientes a la declaración del estado del riesgo,..., deben ser comunicados sin demora o dilación.” Ese



“deber de información a su cargo – *agregó la Sala*-... en rigor comprende, a su turno, el deber de aclaración –o actualización- de la misma, pues de muy poco sirve informar durante la floración del período precontractual, preludio del contrato, unos hechos que en breve cambian o se alteran radicalmente, sin que éste se haya aún agotado, lo que se traduce en que su divulgación se tornaría oportuna y conducente, lo que corrobora la pertinencia del prenotado deber jurídico –o carga-.” cas. civ. de 2 de agosto de 2001; exp.: 6146

b)La segunda de las fases ya aludidas, relativa al desenvolvimiento del negocio aseguraticio, previamente concertado o perfeccionado, ello es basilar, le impone al tomador y, dado el caso, al asegurado, la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que se aseguró primigeniamente, hipótesis en la cual deberán notificarse al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que de una u otra manera alteren el mencionado estado del riesgo (art. 1060, ib.). De allí que justamente, por tratarse de un deber de prestación que concierne al desarrollo del contrato (etapa de ejecución negocial), su quebrantamiento genera la terminación del seguro, como efecto propio de los negocios jurídicos de duración y, más concretamente, de tracto sucesivo (art. 1036 C. de Co). Sala Civil- Corte Suprema de Justicia, 1999, p. 9

No obstante, estaría ajustado al caso del señor Yusti Mellizo lo que se interpretó en sentencia de 2007 en ponencia del Doctor Manuel Isidro Ardila Velasquez, por su especial situación cuando suscribe la póliza permite que estemos en lo que la norma señala como “debido conocer” cuando dijo:

Lo del cariz profesional inherente a la actividad aseguradora es cosa que no admite discusiones. Mas, el trasunto de todo está en que al ponderar los alcances del concepto “debido conocer” de que da cuenta la norma, es indispensable comprender que si el asegurador, teniendo a su alcance la posibilidad de hacer las averiguaciones que lo lleven a establecer el genuino estado del riesgo, omite adelantarlas, no obstante que cuenta con elementos que invitan a pensar que existen discrepancias entre la información del tomador y la realidad, queda irremisiblemente vinculado a la relación aseguraticia sin que al efecto pueda invocar la nulidad para enervarla, pues en entredicho su diligencia y el cardinal principio de la prudencia –en últimas su profesionalismo-, es claro que en tales condiciones emerge un conocimiento presunto de “*los hechos y circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración*”, por lo que la nulidad ya no obra, desde luego, insístase, que el enteramiento anterior se yergue como una de las excepciones concebidas por el legislador para que la nulidad no opere fatalmente (sublíneas intencionales). (Sala Civil- Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 22)

Y también lo refutado en el salvamento del voto que hace el H. Magistrado Alvaro Fernando Garcia Restrepo en el fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema del año 2015 referenciado anteriormente en donde no se casó la sentencia y fue absuelta la compañía de seguros, porque explicó que:

Es innegable, entonces, que, aunque el objeto del seguro es la vida del deudor y el riesgo es el evento incierto de su muerte o incapacidad total, este seguro participa de un evidente contenido patrimonial e indemnizatorio; siendo el titular del interés asegurado el banco tomador, lo que técnicamente lo convierte en el principal asegurado, aunque un amplio sector de la doctrina tenga establecido que esta posición la asume el deudor de manera exclusiva.

Existen, sin embargo, tratadistas que asumen una postura mucho más radical y sostienen que en el seguro de vida de deudores el riesgo asegurado no es tanto la persona del deudor como la imposibilidad de pago de la deuda:

*No cabe desconocer por otra parte que en esa clase de seguros el riesgo efectivamente asegurado no es tanto la muerte o invalidez del asegurado, cuanto la subsiguiente imposibilidad para generar ingresos que permitan seguir amortizando el préstamo; con lo que también puede resultar de interés para el prestatario –y sobre todo para sus herederos– esa garantía adicional. (Abel VEIGA COPO. Contrato de Seguro. En: Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ. Tratado de contratos. Tomo V. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. P. 5715)*

No hay ninguna razón para seguir sosteniendo que el interés directo lo tiene el deudor sobre su vida, mientras el banco posee un interés indirecto en la recuperación de su acreencia, pues la función económico-social de este contrato indica sin ningún asomo de duda que lo que ocurre es todo lo contrario, porque el interés principal que hace posible el surgimiento de este convenio y su imposición al deudor es la garantía del pago de la deuda más que la preocupación por la integridad personal del cliente.

En las pólizas colectivas de vida de deudores, la edad máxima de éstos suele ser una condición para el ingreso al grupo y para su permanencia en el mismo. No obstante, cuando a pesar de la edad máxima fijada por el asegurador para ingresar o permanecer en el grupo, el

banco toma la póliza y el asegurador, por descuido o a sabiendas de tal circunstancia, ingresa a personas mayores de esa edad o les continúa cobrando las primas respectivas, se entiende que todas las partes consintieron en celebrar el contrato de seguro y se obligaron a cumplir las prestaciones derivadas del mismo.

La buena fe que se impone a los contratantes como mandato legal, da origen a una obligación de colaborar con el sostenimiento de la coligación de negocios. El principio de coordinación surge, entonces, como otro de los deberes normativos derivados del postulado legal de la buena fe contractual (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio), y consiste en *«la existencia de obligaciones de colaboración en el funcionamiento del sistema para todos sus integrantes, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Estas obligaciones también alcanzan al organizador del sistema, quien no puede adoptar conductas o imponer medidas que lleven a la destrucción»*. (RICARDO LUIS LORENZETTI. Contratos, Parte especial, Tomo I. Buenos Aires, 2004. Pág. 38)

Ello porque para Corte Constitucional fue aspecto relevante que, aunque ambos accionantes estaban pensionados necesitaban de la indemnización para poder sobrevivir, asunto que desdibujó las normas aplicables a los contratos de seguros.

### Análisis Crítico

Para realizar un análisis de esta sentencia, primero debe decirse que no solo es claro la tendencia de la Corte Constitucional la que amparada en derechos constitucionalmente protegidos

busca extender y pasar por alto lo que el ordenamiento jurídico establece, nos llama mucho la atención como la sentencia a pesar de resolver dos asuntos diferentes, intenta tratar el tema de las cláusulas abusivas en los contratos de seguros, pero termina fallando aplicando postulados como la vida digna y debilidad manifiesta que ninguna relación guardan con el tema, fundamento de ello es que de manera somera y precaria en el caso del señor Aljure Gaviria dice que la respuesta que le dio la compañía de seguros en la tercera carta de reclamación cuando plasmó que reconsideraría la solicitud y daría respuesta era ambigua y en ese sentido debió haber precisado que en realidad quería era dar respuesta al derecho de petición, esta consideración con el debido respeto de la Sala, es una adecuación para conceder el amparo por dos razones: i) lo manifestado en la respuesta de la Compañía a la reclamación jamás es una cláusula contractual, quiere decir, que es un simple escrito que le indica al reclamante que su solicitud de indemnización será estudiada, y por ende, no puede dársele el trato de una estipulación del contrato y menos aún el tratamiento de una cláusula ambigua y ii) en este caso no existían cláusulas abusivas porque era claro que el asunto debía resolverse estableciendo el nexo causal del accidente cerebrovascular y la hipertensión alegada como preexistencia, por eso a pesar que en el fallo se expuso sobre este tema no fue posible ajustarlo a la razones que concedieron el amparo porque esta no aplicaba.

Otra razón por la cual no debían prosperar las acciones era que no se demostró el perjuicio irremediable al que presuntamente estaban expuestos los actores, aunque ambos a la luz de las normas laborales perdieron su capacidad para trabajar con una pérdida superior al 50%, estaban disfrutando de una pensión de invalidez en caso dos salarios mínimos mensuales legales vigentes y los créditos adquiridos no se habían incumplido de acuerdo a los hechos de las demandas, por lo que sustentar una tutela en que no podrían hacerse cargo del sostenimientos de sus hogares por los padecimientos sufridos resulta desproporcional a lo probado en el proceso

que era una mesada que financiaba las cuotas de los créditos y su mínimo vital porque sus obligaciones económicas eran las mismas, cosa distinta es que la Corte con una visión proteccionista los situó en sujetos de especial protección, la que no se desconoce pero como se ha dicho, les había sido reconocida y pagada la pensión que protegía su mínimo vital y calidad de vida digna por lo que debió haberse declarado su improcedencia y que los asuntos debatidos los conociera la jurisdicción civil.

Impuso también la sentencia- como ya lo ha sostenido la misma Corporación- que las compañías aseguradora deben tener en cuenta las necesidades de sus tomadores y diferenciar si son personas en estado de vulneración o indefensión , porque allí nace la obligación constitucional de ser solidarios, porque en ocasiones a esos consumidores les toca recurrir a los créditos para satisfacer necesidades básicas como educación y vivienda digna y por lo tanto la ocurrencia del siniestro los deja en incapacidad productiva.

SENTENCIA No.3

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A

Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Referencia: conciliación judicial. Acción de reparación directa

Radicado interno: 46482

Fecha de auto: 29 de enero de 2014.

Actor: Robinson Giraldo Mavesoy y otros

Demandados: La Nación- Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa- Ejercito  
Nacional

a. Relación de los Hechos

1. El 3 de junio de 2003, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía de Bogotá, dicto medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de la señora Flor Albenis Cuchimba Amaya por la presunta comisión del delito de rebelión.
2. Por lo cual estuvo detenida desde el 22 de mayo de 2003 hasta el 18 de enero de 2006.

3. Mediante sentencia del 17 de enero de 2006 el Juzgado de primera instancia resolvió absolver a la inculpad, considerando que los fundamentos de la acusación de la fiscalía carencia de respaldo probatorio y se sustentaba en el parentesco de la investigada con personas que afirmaban ser de la guerrilla, sin que se pudiera identificar el hecho o hechos cometidos, por lo que se absolvió conforme a la presunción de inocencia.
4. La Segunda instancia confirmo el fallo bajo los mismos presupuestos con decisión del 6 de noviembre de 2007.
5. Iniciado el proceso de reparación directa, dentro de la oportunidad procesal que ofrece la Ley, las partes realizaron un acuerdo conciliatorio el cual fue examinado en la presente decisión.

b. Planteamiento del Problema Jurídico

¿Puede considerarse violatoria a las normas de protección a los derechos del consumidor y los principios generales del derecho, la propuesta conciliatoria planteada en conciliación judicial por una entidad que ostenta posición dominante y entenderse esta como la cláusula abusiva?

¿Se considera una cláusula abusiva la propuesta realizada por un comité de conciliación de una entidad para hacerla efectiva en una conciliación judicial, por ser el monto dinerario inferior al ordenado en la sentencia que declaro patrimonialmente responsable al Estado Colombiano?

c. Reseña de los Fallos de Instancia



En este análisis, existen dos procesos de los que se hará mención, el primero corresponde al proceso penal en donde se declaró la inocencia de los investigados y que originó el proceso administrativo en el cual se declaró la responsabilidad de La Nación- Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad por la que demandaron las víctimas de las investigadas.

Proceso penal:

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Florencia- Caquetá con sentencia del 17 de enero de 2006 absolvió a la actora y a otros.

Con sentencia del 6 de noviembre de 2007 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia confirmó el fallo.

c. fundamentos del fallo de segunda instancia

Proceso administrativo:

Mediante sentencia del 21 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo del Caquetá que conoció en primera instancia, resolvió declarar administrativamente a La Nación – Fiscalía General de La Nación responsable por los perjuicios causados a los actores entre ellos Flor Albenis Cuchimba Amaya, por la privación injusta a la libertad de la que fue víctima ella y que soportaron sus familiares.

En el Tribunal se acreditó la condición de víctima de la madre- María Elsa Amaya; su hijo - Herlinson Frandey Giraldo Cuchimba; sus hermanos – Yaqueline y Hermides Cuchimba Amaya y su compañero permanente – Robinson Giraldo Mavesoy.

Por lo que, determinadas las víctimas, el Tribunal condenó a la accionada a pagar perjuicios morales dado que en una situación de privación injusta de la libertad basados en la experiencia, está demostrado el dolor moral, angustia y aflicción a quien la sufre y sus seres queridos más cercanos.

Frente a los perjuicios materiales se comprobó el cargo que desempeñaba la señora Cuchimba y estos se liquidaron con el salario mínimo vigente para la época en que fue privada de la libertad.

En lo relacionado al perjuicio del daño a la vida de relación, la Sala partió desde los cambios jurisprudenciales que ha tenido este perjuicio - sentencia del 19 de julio de 2000, 15 de agosto de 2007, 23 de junio de 2011 y 14 de septiembre de 2011. Así las cosas, determinó que al ser este un perjuicio que altera las condiciones de existencia jurídicamente relevantes de una persona y se pueda valorar su calidad de vida también se puede determinar la modificación sufrida y valoración del perjuicio se realiza de manera autónoma, es decir, que estos perjuicios tengan significado, sentido y afectación de la víctima.

En consecuencia, a la víctima y a sus familiares se les reconoció el perjuicio de daño a la vida de relación por el sometimiento a una privación injusta de su libertad, así mismo a la madre de su compañero permanente quien debió asumir el papel de madre del menor Herlinson

Giraldo, al no haberse desvirtuado la responsabilidad de la entidad demandada por ser los medios de convicción suficientes para determinar la responsabilidad de la Nación.

#### e. Recurso de Apelación

Las partes inconformes con la decisión interpusieron sendos recursos de apelación, los cuales fueron admitidos por el Honorable Consejo de Estado, mediante proveído del 22 de abril de 2013.

Es así que según lo establecido en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

#### f. Consideraciones del Consejo de Estado.

De entrada, se observó si aplicaba la caducidad en la respectiva acción, al respecto se acreditó que el 6 de noviembre de 2007 quedó ejecutoriada la sentencia penal y la demanda se instauró el 13 de noviembre del mismo año sin que venciera el término de los dos años que establece la Ley.

Inicio su análisis dejando claro que la conciliación como mecanismo alternativo y de autocomposición de conflictos, se fundamenta principalmente en el acuerdo, en la gestión

voluntaria y libre de resolver una controversia en atención a las expectativas de cada uno de los intervinientes, de manera que a través del consenso, la autorregulación de los intereses, el dialogo, el intercambio de ideas y propuestas se evite acudir a la jurisdicción o una vez se ha iniciado una disputa judicial se acuerde darla por finalizada a través del aludido mecanismo y en este caso, es significativo decir que a pesar de ser la condenada la Nación, también tiene la potestad de conciliar en virtud a lo establecido en y a partir de la Ley 23 de 1991 ya sea de manera total o parcial en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Ahora bien, una vez realizada la conciliación judicial por mandato legal debe someterse a que el juez ejerza sobre lo allí estipulado un control de legalidad verificando que lo acordado este ajustado a derecho y se halle respaldado en pruebas pertinentes, con fundamento en valores, principio y reglas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico, en síntesis, debe verificar que el acuerdo cuente con las pruebas que lo soporten, no viole la Ley y menos aún, sea lesivo para el patrimonio público, pues de ser así, el Juez tiene la obligación de improbarla y en consecuencia, esta no produce efectos jurídicos como ocurrió en este caso.

También resalto que desde el punto de vista constitucional fomenta la superación del conflicto de manera pacífica ya sea extraprocésal, preprocesal y procesal, porque la voluntad de las partes es su característica principal la cual se encuentra apoyada en la intervención de un tercero que sirve de mediador entre las partes en donde se obligan a lo cumplir lo acordado.

En relación con la voluntariedad la concepción clásica y finalista de la doctrina la interpreta como la capacidad de decidir si se contrata o no, establecer con quién se contrata,

escoger la figura iuris, obrar personalmente o valiéndose de un intermediario, escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio.

Prosigue considerando que, a raíz de la economía de escala, las empresas contratan mediante condiciones generales y en una relación de adherentes, en donde al final no puede negociar o discutir las condiciones del acuerdo, así las cosas, se genera el abuso de la posición de dominio que genera abusos en las condiciones del acuerdo y causa desequilibrio entre las partes con una desproporción excesiva y sin justificación entre las obligaciones contractuales.

Lo anterior concibe las cláusulas abusivas que exoneran, limitan o extienden la responsabilidad, en nuestro país podemos ver en los códigos civiles y comerciales artículos que limitan el alcance de la autonomía de la voluntad propendiendo por el equilibrio entre las partes, como ejemplo vemos; la figura de lesión enorme, la prohibición de condenar el dolo futuro y la exigencia de la buena fe – artículos 1946, 1522 y 1603 del código civil- el precio irrisorio, la prohibición en los contratos de transporte terrestre, aéreo o marítimo de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad, el establecimiento de numerosas normas imperativas en el contrato de seguro, la obligación de indemnizar los perjuicios que causen las personas que abusen del derecho y la buena fe exenta de culpa-artículos 920, 992, 830, 835 y 871 entre otros del código de comercio.

Igualmente, se crearon las Leyes 142 de 1994, 1328 de 2009 y 1480 de 2011, ley de servicios públicos, régimen de protección al consumidor financiero y estatuto del consumidor respectivamente que protegen al consumidor de las condiciones del contrato que son abusivas conforme a la Ley, y que para su protección el Estado ha dado a las superintendencias las funciones de inspección, control y vigilancia.

Así entonces, la Sala llegó al tema de las cláusulas abusivas en donde dijo que de acuerdo a la jurisprudencia, en los contratos de adhesión no deben existir estas estipulaciones ni la configuración de la posición de dominio que sirvan de ventaja al contratante que rompen el equilibrio prestacional y obligan al beneficiario o asegurado a probar sus derechos, teniendo en cuenta que, el contrato de seguro es oneroso porque los beneficios que da la compañía son por haberse pagado este, y pactar una cláusula que sea abusiva restringe los derechos de asegurado quien creyó haber adquirido algo diferente.

Todo lo anterior, una vez ocurrido el daño antijurídico – como en este caso la privación de la libertad - si la víctima pretende obtener un acuerdo justo y equilibrado debe aceptar una conciliación por no poder negociar con la entidad pública, se encuentra en el plano de la necesidad y urgencia sin igualdad alguna, lo que imposibilita que la conciliación repare el daño causado.

Por lo que una vez desarrollados todos los aspectos tanto doctrinarios como jurisprudenciales la Sala concluye que la Fiscalía ejerció una posición dominante cuando permitió de manera unilateral la fórmula de conciliación que consistía en pagar hasta el 50% del monto de la condena impuesta a favor de los demandantes en donde no solo es grave que pretenda cumplir solo con este ese porcentaje, sino además como quedó demostrado, la expresión utilizada en la propuesta conciliatoria fue hasta, es decir, que ese porcentaje era el límite propuesto y hacia abajo dependía de lo que se debatiera con las víctimas lo cual fue considerado como exagerado, abusivo, inaceptable y objetivamente desproporcionado poniéndolas en la única opción posible cual era aceptar o rechazar sin posibilidad de negociar.

La Fiscalía General se basó en que el fallo del Tribunal Administrativo condenó al límite máximo interpretado por la Jurisprudencia Administrativa, no obstante, la Sala

apoyándose en una sentencia indicó que los topes era una directriz de interpretación, pero no era un parámetro inmodificable y acto seguido improbo el acuerdo.

## 2. Evaluación Crítica.

### Posición Doctrinaria

Como más adelante se sustentará, revisaremos lo que la doctrina ha interpretado sobre las cláusulas abusivas y el contrato de adhesión, no obstante, consideramos que esta decisión si bien aborda entre otros aspectos los dos temas descritos, no es el eje central de su decisión según las circunstancias fácticas del mismo, sin perjuicio de ello es importante resaltar que se ha entendido sobre los dos puntos y los podemos citas así:

37.como contrato caracterizado tradicionalmente como formado por adhesión a condiciones generales, podemos afirmar que el de seguro, o mejor dicho su instrumento, la póliza, es modelo que generalmente se suministra como ejemplo del negocio que concentra cuantitativamente mayor cantidad de cláusulas abusivas.

Si se bucea sobre las razones de semejante afirmación, podríamos señalar que son plurales:

- a) En primer lugar, se trata de un contrato por adhesión más antiguo, lo que presupone que el tiempo ha servido para que se desarrolle como tal, para que el mercado que opera con el mismo lo conozca, unifique sus textos, se pre redacten su contenido, se sirvan del mismo para fututos contratos sobre los mismos riesgos, etcétera.

- b) En segundo lugar, se trata de un contrato que se instrumenta en pólizas cuyo contenido se halla integrado por una extensa enunciación de condiciones generales (su apariencia adopta la forma de cuadernillo), lo que facilita disimular entre ellas a las abusivas.
- c) En tercer lugar, se hallan redactadas e impresas de tal manera que aparecen como de dificultosa legibilidad y, cuando se remueve el obstáculo y se alcanza (en ocasiones con medios mecánicos) la posibilidad de leerlas aparece otro impedimento: poder comprenderlas. Lo expuesto desalienta la lectura y ello, del conocimiento del empresario, le facilita (ve favorecida) la introducción de cláusulas que potencian aún más su posición dominante en el contrato. Stiglitz, Pag. 81 y 82

Y en la misma línea manifiesta el mismo autor que:

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes ( predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra ( adherente, consumidor, no profesional, etc.), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. Stiglitz, Pag 25

#### Posición Jurisprudencial

A pesar de que como se indicó con antelación, la Sala tomó como abusivo y estimable de posición dominante la cuantía del pago de la conciliación, es importante también enfocarlo concretamente al contrato de seguro- contrario a los hechos de este asunto- como lo ha



decantado la jurisprudencia, por ejemplo, reconoce que existe en algunos eventos un desequilibrio contractual que se da o nace más fácilmente en los contratos de adhesión y concretamente en los aspectos como se indicaba en las consideraciones de la decisión, cuando por factores económicos o comerciales los contratos no se hacen de manera puntual o pormenorizada sino por negocios, en los que indicó era la economía de escala, y concretamente se ha interpretado así:

2.1 Pese a los cuestionamientos que, en lo relativo a la autonomía de la voluntad y al equilibrio negocial, entre otros aspectos, pueda suscitar la contratación ajustada mediante la adhesión a estipulaciones predispuestas, es innegable que irreductibles factores de índole económico la han consolidado como una modalidad característica de las operaciones jurídicas contemporáneas. En efecto, el inusitado incremento de la producción derivado del tránsito de la manufacturación artesanal a la industrial trajo consigo la necesidad de ofrecer, con la mayor eficacia y al menor costo posible, los bienes y servicios producidos, de manera que la distribución a grandes escalas impuso la negociación en masa, al punto que los modelos de mercado prescindieron de los tratos individuales y de la intervención de personas con poder de negociación del contenido del acto jurídico y, en su lugar, surgió el contrato de adhesión caracterizado porque el empresario predisponerte somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación. Pag 17.

Explicaba la Sala que las víctimas al no tener capacidad de negociar el monto de la conciliación pues esta le era impuesta por la Fiscalía, le otorgaba a esta última la posición dominante sobre ellas, aprovechándose de su necesidad porque una vez hecha la propuesta no

tenían oportunidad de manifestarse sino indicar si aceptaban o no, y como muchas veces lo hemos dicho, no son asuntos concretos frente a los seguros, es trascendental enmarcarlo a este tema por ser objeto del presente trabajo, y es así como lo dice la jurisprudencia:

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente 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 numeral. 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 éste 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. Pag 45

## Análisis Crítico

En este caso se estudió no un fallo sino un auto que resolvió y examinó si el acuerdo de conciliación que hicieron las victimas hoy demandantes y la Fiscalía General de Nación a raíz de la iniciación de un proceso de reparación directa, en el que la Sala realizó un estudio amplio sobre la posición dominante y las cláusulas abusivas y explicó el real alcance de una conciliación como tema central en el que concluyó que lo sometido a control jurisdiccional no se hallaba justo y estaba alejado del postulado jurisprudencial.

Si bien explicó el contenido de la conciliación para reparar un daño por tratarse el tema en litigio de la reparación por la privación injusta de la libertad, también indicó que la Fiscalía en su ofrecimiento se había aprovechado de su posición dominante según el valor por el que estaba dispuesta a pagar, a pesar de tener unas consideraciones bien soportadas no solo por lo que ha dicho los autores respetados sobre los varios temas enunciados sino los fallos de nuestras Cortes, consideramos que improbar el acuerdo dándole un sentido genérico como era el de la posición dominante y las cláusulas abusivas no guardaba relación con lo que se demostró, esto quiere decir, que si leemos las razones que expuso la representante del Ministerio Público comprenderemos que la cifra que ofreció la Fiscalía no fue por la dominio en la relación comercial sino que acataban las instrucciones del comité de conciliación de la entidad que realiza antes de la audiencia un estudio del caso para determinar la cifra que puede pagar y también, era un porcentaje que estaba acorde a lo que la jurisprudencia Administrativa desde hace años había establecido, así que resultaba más fácil, de un lado, hacer unas operaciones matemáticas por cada víctima y de otro lado, delimitar este bajo

porcentaje al principio de proporcionalidad, igualdad, buena fe, legalidad o derechos construccionalmente protegidos entre otros.

Prueba de ello, es que en el concepto rendido por este organismo indicó que al estar acreditado el daño antijurídico causando a los demandantes resulta apropiado considerar la conciliación para resarcir perjuicios, empero, no estaba de acuerdo con el ofrecimiento por estar mal liquidados los valores a pagar por concepto de perjuicios morales por ser excesivos de lo que tenía establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que significa que aceptar que se pague solo el 50% del valor total de la condena, desconocería sus derechos y dejaría mal pagados los perjuicios materiales que estaban bien liquidados.

Y es que en este mismo sentido, la Sala resolvió el asunto cuando expuso que lo ofrecido por la Fiscalía tuvo fundamento en que el Tribunal ordenó pagar un valor que superaba lo que la interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado había accedido tal como quedó en el acta de comité de conciliación, pero también se contradice porque con el tema de perjuicios morales dice que los topes máximos solo son un estimado que no obliga a llegar hasta esa cifra cuando se reconocen por parte de un juez, pero después dice que los demás perjuicios se hallan liquidados y reconocidos se ajustan a los parámetros sugeridos y aplicados por el Consejo de Estado, así entonces, las razones que componen la obiter dicta del auto no se ajustan de manera exacta al caso en controversia, porque una entidad pública que depende de un comité para presentar una formula conciliatoria dentro del marco de un proceso se encuentra atada a dicha orden la cual se estudia y enmarca en considerar que se pretende el pago de una indemnización con recursos del erario público lo cual es distinto a la posición dominante al momento de contratar o cumplir las cláusulas de un contrato, que en este asunto no existe, porque la reparación

directa deviene de la Constitución Política y el presupuesto para procesos judiciales de las entidades estatales del presupuesto nacional y las Leyes que lo regulen, y ello es distinto a la libertad contractual que en este asunto jamás se dio o tuvo relación con el origen del proceso o pago de la conciliación.

Lo anterior quiere decir, que es un auto que amplía lo que tiene relación con la posición dominante y las cláusulas abusivas, pero formalmente la fiscalía no guarda relación alguna con las compañías de seguros si nos ceñimos a la naturaleza de ambas, más aun cuando existe la participación activa del Estado pues debemos recordar que la Fiscalía forma parte de la Nación, distinto a la aseguradora- salvo una excepción como lo es Positiva Compañía de Seguros S.A- tienen capital privado y son unas sociedades anónimas sometidas a la vigilancia y supervisión del Estado por intermedio de la Superintendencia Financiera de Colombia, de otro lado, si quisiéremos aplicar las mismas consideraciones del Consejo de Estado, cuando hablamos del seguro es claramente un contrato de adhesión en donde las partes están sometidas a lo pactado en sus cláusulas y que en caso de controversia se dirima ya sea via ordinaria o por tribunal de arbitramento si fuere el caso, y en donde la Ley ha dado protección especial al promulgar leyes que protegen los derechos de los consumidores financieros y ellas son la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011, contrato según nuestro parecer, a lo que se estudió porque como se ha repetido, la propuesta o planteamiento de la Fiscalía tuvo fundamento en lo que dijo el comité de conciliación de la entidad que a su vez se basó en la regla general como se liquidan ese tipo de perjuicios para ofrecer la suma allí establecida, que finalmente por ser una propuesta podía la parte demandante aceptarla o no, y como en este asunto ocurrió, ser improbada por el juez competente.

## Referencias

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de Casación Civil M.P. Jesús Vall De Rutén  
Ruiz sentencia de 28 de mayo de 2015. radicación n° 11001-31-03-031-2000-  
00253-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala De Casación Civil Y Agraria. M. P. Jose  
Fernando Ramirez Gomez. Sentencia de 19 de mayo de 1999. Expediente No.  
4923

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Sala De Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio  
Jaramillo Jaramillo sentencia de 6 de julio de 2007 radicado 05001 31 03 002  
1999 00359 01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de Casación Civil. M. P. Manuel Isidro  
Ardila Velásquez. Sentencia de 26 de abril de 2007. Radicado 11001-31-03-  
022-1997-04528-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P. Fernando  
Giraldo Gutiérrez. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Radicado  
1100131030412000-01098-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Sala De Casación Civil. M. P. PEDRO Octavio

Munar Cadena sentencia del 4 de noviembre de 2009 radicado: 11001 3103 024

1998 4175 01. Pag. 17 y 18

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala De Casación Civil. M.P. CARLOS Ignacio

Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670

Díaz- Granados Ortiz Juan Manuel (2012) El seguro de responsabilidad Segunda

Edición, pág. 205, 206 y 208.

Normas APA a Chegg service. (2013) formato APA para la presentación de trabajos

escritos. Recuperado de <http://normasapa.com/formato-apa-presentacion-trabajos-escritos/>

Pontificia universidad javeriana - Centro de escritura javeriano normas APA sexta

edición recuperado de <file:///D:/Normas%20apa.pdf>

Santos Ballesteros Jorge (2012). De la Responsabilidad Civil Tomo I parte general

tercera edición. Pag. 50

Stiglitz Rubén S. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro, pag. , 25, 81 y

Uribe Lozada Nicolas, (2013). El régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su aseguramiento (monografía de grado de Maestría en Derecho de seguros- mención de honor) Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.