

La protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas*

PATRICIA JARAMILLO SALGADO**

SUMARIO

Introducción

1. Antecedentes
 - 1.1. La Constitución Política de 1991
 - 1.2. La Ley 45 de 1990
 - 1.3. La Ley 35 de 1993
 - 1.4. La Ley 795 de 2003
2. La normatividad reciente
 - 2.1. La Ley 1328 de 2009

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2012
Fecha de aceptación: 19 de noviembre de 2012

* El presente artículo fue elaborado con el fin de ser presentado en la Jornada Académica organizada por la Universidad de los Andes de Chile y la Sección Chilena de la AIDA, el 7 de junio de 2012.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de París II, con maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Lyon 3, Francia. Profesora en las especializaciones de seguros de las universidades Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro de ACOLDESE. Funcionaria en diversos cargos y representante legal durante varios años de las Compañías Suramericana de Seguros S.A. y Seguros de Vida S.A., ejercicio independiente del derecho, especialmente en seguros, Vicepresidente Jurídica de la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA y actualmente Gerente de Regulación de la AFP Protección S.A. ppjaramillos@gmail.com; patricia.jaramillo@proteccion.com.co

- 2.2. Las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia
 - 2.2.1. El Sistema de Atención al Cliente SAC y la Circular 015 de 2010
 - 2.2.2. Los deberes de información y la Circular 038 de 2011
 - 2.2.3. Las cláusulas y prácticas abusivas y la Circular 039 de 2011
 - 2.3. El nuevo Estatuto del Consumidor, la Ley 1480 de 2011
 - 2.3.1. Campo de aplicación
 - 2.3.2. Normas específicas para el sector asegurador
 - 2.3.3. Discusión sobre la aplicación de determinadas normas
 - 2.4. La jurisprudencia
 - 3. Los retos que enfrenta la industria aseguradora en Colombia
- Conclusiones

RESUMEN

Con ocasión de la expedición del reciente Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, el tema de la protección del consumidor cobra especial vigencia en el entorno colombiano. Nos remontamos a los antecedentes constitucionales y legales, hasta llegar a la última reforma al sector financiero, Ley 1328 de 2009 y plantear los retos futuros derivados de la implementación de las nuevas normas.

Con fundamento en esta última ley, la autoridad de control expidió en el año 2011 las Circulares 038 y 039 sobre información al consumidor y cláusulas abusivas, respectivamente, normas de carácter general para todo el sector financiero, con algunas especificidades de seguros.

Por su parte, el nuevo Estatuto del Consumidor trae importantes reformas que impactan directamente el sector asegurador, entre ellas las facultades jurisdiccionales que se atribuye a la Superintendencia Financiera de Colombia, tema que ha generado dificultades de interpretación y de delimitación de la competencia con la Superintendencia de Industria y Comercio y que ha obligado al organismo de control a crear una nueva delegatura y adaptarse a su nueva función de juez.

Otras modificaciones sustanciales importantes introducidas por la citada Ley 1480 son la consagración de la interpretación más favorable al consumidor y los deberes de información y de explicación al consumidor de que trata el artículo 37. Son muchos los retos de la industria ante el universo de normas en curso.

Palabras clave: protección, consumidor, cláusulas, facultades.

Palabras claves descriptor: protección del consumidor, cláusulas abusivas, facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

ABSTRACT

At the time of the expedition of the recent, Consumer Statute, Law 1480 of 2011, the issue regarding the protection of the consumer gathers special worthiness in the Colombian environment. We go back to the constitutional and legal precedents to reach the last reform of the financial sector, Law 1328 of 2009 and propound future challenges arising from the implementation of the new rules.

Based on this latest law the control authority, issued in the year 2011, Regulations, 038, 039, on consumer information and abusive clauses respectively, and general rules for the entire financial sector, with some specificity on insurance.

For its part, the new Consumer Statute, brings important reforms that directly impact the insurance sector, including the

Jurisdictional powers attributed to The Colombia Superintendence of Industry and Commerce, theme that has produced difficulties of interpretation and delimitation of competition with the Superintendence of Industry and Commerce, and has forced the control body, to create a new delegation and adapt its self to its new role as judge.

Other important substantial modifications introduced by the above quoted Law 1480, are the consecration of the interpretation of increased favorability to the consumer and the duties of information and explanation to the consumer regarding article 37. There are many challenges for the industry due to the vast universe of rules in process.

Key words: protection, consumer, faculties.

Key words plus: consumer, protection, abusive, Finance Superintendent jurisdictional faculties.

INTRODUCCIÓN

La protección del consumidor de seguros es uno de los temas prioritarios en la agenda del sector asegurador colombiano durante el año 2012. Se trata de un concepto muy amplio, que abarca, no solamente aspectos como los deberes de información, las cláusulas y prácticas abusivas, sino también las normas de protección de datos personales, el derecho de la competencia y las normas prudenciales, entre otros.

El mundo globalizado hacia el cual seguimos caminando, exige permanentes ajustes normativos, lo que ha llevado al legislador y al supervisor colombianos a la implementación de leyes y circulares que se armonicen con los estándares internacionales, para efectos de ser competitivos.

La expedición del reciente Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, norma que impacta todos los sectores de la economía, sin ser la excepción el mercado asegurador, ha traído importantes cambios que han requerido y seguirán necesitando una adaptación a las nuevas normas por parte de todos los actores de dicho sector. Esta ley, que entró en vigencia el pasado 12 de abril, ha sido objeto de grandes críticas: *“Lamentablemente, el nuevo estatuto adolece de graves falencias de técnica legislativa que a veces perjudican al productor y que la mayoría de las veces, por ignorancia del legislador o por la influencia de algunos grupos económicos perjudican al consumidor. La confusión de las normas sólo arrojará dificultades que al final terminarán por proteger a la parte más débil”*¹.

1 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, La Responsabilidad Civil en el Nuevo Estatuto del Consumidor. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasescolda, 2012.

1. ANTECEDENTES

1.1 Constitución Política de 1991

A nivel constitucional, el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia señala:

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”

La carta política establece el marco de la protección del consumidor de bienes y servicios. Se destaca en el inciso primero de la norma citada, la importancia de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, así como la información que debe suministrarse al público, temas que serán desarrollados legalmente.

Consagra igualmente un régimen de responsabilidad en cabeza de los productores y distribuidores que atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores.

1.2 La Ley 45 de 1990

Desde el punto de vista legal podríamos señalar como gran antecedente relativamente reciente de los derechos de los consumidores, la Ley 45 de 1990. Uno de los principios orientadores de esta norma, establecido en el artículo 29 consiste en procurar *“tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador, así como una sana competencia de las instituciones que participan en él.”*

Esta norma dio un giro importante en materia de contrato de seguro, tanto desde el punto de vista del derecho privado, como del derecho público. A nivel del contrato de seguro, antes de la entrada en vigencia de esta ley, el asegurador contaba un plazo de sesenta días para objetar o pagar la indemnización, en caso de mora la sanción aplicable era el pago de intereses moratorios del 18% anual. A partir de la Ley 45 de 1990, el plazo para el pago de la indemnización o la objeción por parte del asegurador se reduce a un mes, pasado el cual, la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador; los intereses moratorios pasan a ser el equivalente a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento del pago, se impone la obligación de redactar las coberturas y las exclusiones de las pólizas en *“caracteres destacados”* y en la primera página de la póliza, de fácil comprensión para el asegurado y en idioma castellano.

Establece igualmente la libertad del tomador o asegurado para elegir a la aseguradora y al intermediario, así como la libertad de pólizas, de tarifas, de comisiones.

También contiene normas de carácter prudencial más exigentes en desarrollo de su objetivo de proteger al consumidor.

1.3 La Ley 35 de 1993

De alguna manera, esta ley dio un paso atrás en relación con los cambios radicales consagrados por la Ley 45 de 1990 y constituye un punto intermedio con la anterior legislación, más favorable a los aseguradores.

Establece, de manera acertada, a nuestro modo de ver, la categoría de los “grandes riesgos”, referida a los seguros de daños en los cuales el asegurado sea una persona jurídica y la suma asegurada en la respectiva póliza sea superior al equivalente a quince mil salarios mínimos legales vigentes, aproximadamente al momento de su suscripción.

En estos casos, el plazo para el pago de la indemnización por el asegurador podrá extenderse, mediante convenio expreso entre las partes, hasta un término no mayor a sesenta (60) días hábiles y las partes también podrán convenir la tasa de interés de mora en el pago del siniestro.

Es prácticamente la única norma en nuestra legislación que hace referencia a esta clase especial de riesgos.

1.4 La Ley 795 de 2003

En el año 2003, la Ley 793 introdujo nuevas reformas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con impacto en materia de protección al consumidor, tema que sintetiza el Doctor JUAN MANUEL DÍAZ GRANADOS:

“En primer lugar, estatuyó que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tienen un deber de suministrar información a los consumidores², norma que es aplicable a las compañías de seguros.

En segundo lugar, dispuso que las entidades vigiladas tienen un deber de debida diligencia y se consagró la prohibición de utilizar cláusulas abusivas³. Sin embargo, la ley no contiene una definición de cláusula abusiva ni tampoco una lista indicativa.

La norma en cuestión también creó la figura del defensor del cliente⁴, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institu-

2 Artículo 97, núm. 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3 Artículo 98, núm. 4.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

4 Artículo 98, núm. 4.2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ción, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios.”⁵

Una de las principales características de esta figura es que debe ser independiente de los organismos de administración de dichas entidades, tema que ha sido objeto de críticas, entre otros aspectos, por cuanto su remuneración es asumida por las aseguradoras.

El decreto 690 de 2003 en desarrollo de las facultades otorgadas por la Ley 795 reglamenta la figura del defensor del cliente, la cual ha tenido un mayor desarrollo con la reforma financiera del año 2009 a la que nos referiremos a continuación.

2. LA NORMATIVIDAD RECIENTE

2.1 La Ley 1328 de 2009

Durante el año 2009, entró en vigencia en Colombia la reforma financiera contenida en la Ley 1328 de 2009, la cual dedicó todo su primer título a la protección del consumidor financiero, legislando de manera particular los temas referentes a los derechos y obligaciones de los consumidores y de las aseguradoras, el sistema de atención al consumidor (SAC), la información, las cláusulas y prácticas abusivas y el defensor del cliente.

Esta reforma financiera elimina cualquier distinción entre los diferentes tipos de consumidores, tema que había sido abordado por la Ley 35 de 1993 al establecer unas normas especiales para los denominados grandes riesgos, acorde con su capacidad de negociación.

La Ley 1328 consagra la siguiente definición:

*“d) **Consumidor financiero:** Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”⁶*

Acoge una definición muy amplia de consumidor financiero, pretendiendo abarcar todas las posibilidades de nexos con las entidades vigiladas.

Actualmente cursa en la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra esta norma que define al consumidor financiero, la cual fue admitida el 7 de mayo de 2012⁷.

5 DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL, El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguros. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda, 2012.

6 Artículo 2, Ley 1328 de 2009.

7 Corte Constitucional, expediente 9075.

Determina como principios orientadores para la protección del consumidor financiero, la debida diligencia, la libertad de elección, la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, la responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas, el manejo adecuado de los conflictos de interés y la educación para el consumidor financiero.

Vale la pena mencionar que además de los derechos, la norma establece unas obligaciones a cargo de los consumidores, tales como cerciorarse que la entidad se encuentre debidamente autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, el conocimiento de los productos y servicios, la revisión de los contratos⁸.

Las obligaciones especiales de las aseguradoras, están orientadas principalmente al suministro de información respecto al defensor del consumidor, la cual debe ser comprensible y la publicidad transparente, clara, veraz y oportuna, obliga a las aseguradoras a contar con un sistema de información al consumidor (SAC), reglamentado en el año 2010 en la Circular 035⁹.

Con respecto a la información que se debe suministrar al consumidor financiero y en virtud del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben indicar:

- Las características de los productos o servicios.
- Los derechos y obligaciones.
- Las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos.
- Las medidas para el manejo seguro del producto o servicio.
- Las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato.
- La información adicional que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.
- Los cargos o costos por utilización de los servicios o productos.
- Los demás aspectos que puedan implicar un costo para el consumidor financiero.
- Los canales a través de los cuales puede conocer y es publicada cualquier modificación de las tarifas o costos¹⁰.

Establece la prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, refiriéndose específicamente a cuatro clases:

“a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

8 Artículo 6, Ley 1328 de 2009.

9 Artículo 7, Ley 1328 de 2009.

10 Artículo 9, Ley 1328 de 2009.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.”

Adicionalmente otorga facultades a la Superintendencia Financiera de Colombia para reglamentar el tema de las cláusulas abusivas, lo que en efecto se dio con la Circular 039 de 2011.

La consecuencia de la incorporación de este tipo de cláusulas consiste en que se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero.

Con respecto a las prácticas abusivas, prohíbe las siguientes:

“a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que éste acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.”¹¹

Este tema fue desarrollado igualmente por la Circular externa 039 de 2011, con base en las facultades otorgadas a la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el mismo sentido la reforma financiera reglamenta, la figura del Defensor del consumidor financiero, existente desde el año 2003, con el objeto de fortalecerlo. Reitera la autonomía e independencia del Defensor. Sus decisiones tienen un carácter obligatorio cuando las partes así lo acuerden o cuando la entidad lo estipule en su reglamento.

Finalmente, le Ley 1328 crea el Registro Único de Seguros, RUS, cuya finalidad es que el público pueda acceder a la información relativa al tomador, asegurado y

11 Artículo 12, Ley 1328 de 2009.

beneficiario en los seguros de responsabilidad civil automóviles, vida e incendio. El propósito consiste principalmente en que los beneficiarios conozcan la existencia de estos seguros y su posibilidad de reclamación. La reglamentación inicial contempla los tres ramos indicados.

2.2 Las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia

En desarrollo de la mencionada reforma, la Superintendencia Financiera de Colombia ha expedido hasta la fecha las siguientes tres circulares:

2.2.1 El Sistema de Atención al cliente SAC y la Circular 015 de 2010

Mediante esta circular se crea el Sistema de Atención al Consumidor SAC, que obliga a las entidades a tener políticas, procedimientos y otras disposiciones que permitan a los consumidores remitir sus quejas para que sean atendidas ágil y eficazmente.

2.2.2 Los deberes de información y la circular 038 de 2011

Esta circular contiene unas reglas generales para todas las entidades vigiladas y un capítulo específico para compañías de seguros.

La parte general, aclara que la obligación de información por parte de las vigiladas cobija tres etapas:

- Precontractual.
- Contractual y
- Poscontractual.

La información debe ser entregada o estar disponible permanentemente como mínimo en los sitios web de las entidades y en sus oficinas. Las compañías deben implementar en la página de inicio vínculo denominado "*información sobre productos y servicios*".

Con respecto a las reglas especiales para entidades aseguradoras, vale la pena destacar la obligación de publicación en un vínculo destacado del sitio web de una serie de informaciones, tales como:

- Coberturas, exclusiones, deducibles, revocación unilateral, coaseguro, subrogación, transmisión del interés asegurado.
- Trámites para el pago de la indemnización.
- Obligación de declarar el verdadero estado del riesgo.

Estos temas son considerados por el supervisor los de mayor complejidad para el entendimiento del consumidor. Así mismo, fueron los que presentaron el mayor número de quejas en las estadísticas recaudadas por la entidad.

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT es objeto de una reglamentación especial, se establece a cargo de las aseguradoras la obligación de indicar que la reclamación no requiere de intermediarios o apoderados, que fueron los temas recurrentes en las quejas presentadas en este ramo.

Con respecto a los productos comercializados a través del mercadeo masivo, las aseguradoras deben asegurarse que se le suministre la información de que trata esta circular al consumidor, o indicarle que la misma está disponible en el sitio web.

2.2.3 Las cláusulas y prácticas abusivas y la Circular 039 de 2011

En desarrollo de la facultad otorgada a la Superintendencia Financiera de Colombia, consagrada en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, se expide la Circular 039 del 6 de septiembre de 2011.

Consagró la obligación para los defensores de los consumidores de revisar todos los contratos de sus compañías y determinar la existencia o no de cláusulas abusivas, análisis que debía ser plasmado en un informe dirigido a la Junta Directiva de la entidad, con copia a la Superintendencia Financiera. Para ello les otorgó un plazo de cuatro. Estos fueron entregados los primeros días de enero de 2012, las observaciones más relevantes giraron en torno a tres tipos de cláusulas esencialmente:

- La renovación automática del contrato de seguro.
- La tarifa legal probatoria en materia de responsabilidad civil, consistente en una sentencia judicial.
- La inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos de seguros.

La coincidencia de algunos de los defensores en el señalamiento de este tipo de cláusulas conllevó al estudio particular de las mismas, previa consideración que tan solo el juez tiene la facultad para determinar el carácter abusivo o no de las mismas y que ello dependerá del caso en particular.

Así por ejemplo, la renovación automática, que podría considerarse abusiva en algún caso, dada la estructura del contrato de seguro, puede implicar la protección y la consecuente cobertura para un asegurado que olvide renovar su póliza.

En cambio las cláusulas tendientes a establecer una tarifa legal probatoria de la ocurrencia y la cuantía del siniestro, consistentes en una sentencia judicial en el ramo de responsabilidad civil, tienden a ser eliminadas totalmente de los clausulados del mercado colombiano.

Mayor discusión suscita la cláusula compromisoria; sin embargo, dados los costos de los tribunales de arbitramento, la tendencia es pactarla solamente en aquellos contratos con importantes sumas de valor asegurado y con el acuerdo expreso del tomador. Por lo general, no están presentes en los clausulados generales de los contratos masivos.

2.3 El nuevo Estatuto del Consumidor, la Ley 1480 de 2011

El nuevo estatuto del consumidor, contenido en la Ley 1480 de 2011 entró en vigencia el 12 de abril de 2012.

2.3.1 Campo de aplicación

La primera norma de este estatuto que ocupa nuestra atención es el artículo segundo, sobre el campo de aplicación de esta ley. Fue una de las mayores preocupaciones del sector asegurador durante el trámite en el Congreso de la República, pues parecía inconcebible que el legislador pretendiera borrar con esta ley, la reciente reforma financiera del año 2009, orientada específicamente a dicho sector de la economía, con un estatuto diseñado y redactado en esencia para otros sectores, como lo puso de presente en el último debate una de las senadoras que trabajó intensamente en la mencionada reforma del año 2009.

El siguiente es el texto aprobado en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes:

“Artículo 2°. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores, tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará esta última.” (Subrayado fuera de texto original).

Este artículo nos dejaba relativamente tranquilos pues el sector financiero y asegurador tiene una regulación especial contenida en la Ley 1328 de 2009 y demás normas, por lo cual esta debía ser la normatividad aplicable y no el estatuto del consumidor.

Posteriormente, el texto aprobado en la sesión plenaria del congreso, proyecto de Ley 252 de 2011 Senado, 89 de Cámara de Representantes, señalaba:

“Artículo 2°. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores, tanto sustancial como procesalmente.

*Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará **la regulación especial en lo que no contraríe las normas establecidas en esta ley.*** (Subrayado fuera de texto original).

Con este nuevo texto, la situación para el sector financiero y asegurador cambiaba radicalmente; la reforma financiera pasaba a un segundo plano, pues solo era aplicable en la medida en que no fuere contraria al estatuto del consumidor.

Sin que se hubiere logrado el mejor de los mundos, el siguiente es el texto definitivo de la norma, que por lo menos de manera contraria al texto transcrito conlleva la aplicación prioritaria de la Ley 1328 de 2009 y adicional el estatuto del consumidor, pues es la forma en que se viene interpretando el anglicismo “Suplementariamente”.

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

*Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los **sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.*** (Subrayado fuera de texto original).

La redacción de esta norma, bastante particular ya empieza a generar dificultades de interpretación, en detrimento del consumidor.

2.3.2 Normas específicas para el sector asegurador

- La interpretación más favorable al consumidor

Una gran novedad del nuevo Estatuto, es la consagración de la interpretación más favorable al consumidor, en el artículo 34, en los siguientes términos:

“Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.”

Las reglas de interpretación de los contratos aplicables en Colombia antes de este nuevo estatuto eran las contenidas en el Código Civil, que apuntaban en primer lugar a desentrañar la voluntad de las partes en desarrollo del principio de autonomía.

Respecto de las cláusulas ambiguas, señala el artículo 1624 del Código Civil que las mismas debían interpretarse a favor del deudor y contra la parte que las redactó.

Esta nueva norma constituye una razón de más para que la redacción de las cláusulas sea clara y comprensible. Actualmente, en todos los casos, las cláusulas deben interpretarse en favor del consumidor.

- La modificación del valor asegurado de que trata el artículo 23

Otra norma del actual Estatuto del Consumidor aplicable al sector asegurador es el artículo 23, cuyo texto indica:

“Artículo 23. ... Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.” (Subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con las reuniones sostenidas con los ponentes del proyecto de ley antecedente, el interés del legislador era solucionar las inconformidades de los asegurados en materia de seguro de automóviles, quienes se encuentran con un valor asegurado en su póliza que ven fuertemente disminuido al momento de la indemnización, en los casos de afectación del amparo de destrucción total.

Esta norma establece que el asegurador deberá informar la modificación unilateral que lleve a cabo del valor asegurado y deberá reajustar la prima dentro de los treinta días siguientes. Previamente a la expedición de la norma en comento, el asegurador no estaba facultado para hacer esta modificación unilateral. La deficiente redacción del artículo produjo un resultado diferente del propuesto y por el momento es muy escasa su aplicación.

- Los deberes de información y de explicación al consumidor de que trata el artículo 37

El artículo 37 es otra de las normas del Estatuto del Consumidor que hace mención expresa al contrato de seguro. A diferencia del artículo 23, los meses subsiguientes a la expedición de la ley dieron lugar a un amplio debate sobre la forma de implementarla, a partir del 12 de abril de 2012.

Con el objeto de contextualizar el desarrollo del tema en el Congreso, el texto aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes, no hacía mención alguna del contrato de seguro. Sorprendentemente, el siguiente texto, aprobado definitivamente, fue incluido durante el trámite del Proyecto en el Senado:

“Artículo 37. Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

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

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

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

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.” (Negrilla fuera de texto original).

Las principales inquietudes que se suscitan en relación con la aplicación de esta norma se derivan de la exigencia de la entrega anticipada del clausulado al tomador y la explicación del contenido de la cobertura, las exclusiones y las garantías. ¿Qué se entiende por entrega anticipada del clausulado? Consideramos que debe ser previamente a la celebración del contrato de seguro. En nuestro concepto no significa que la entrega deba ser física, puede ser virtual e incluso poner la información a disposición del consumidor en la página Web. Con respecto al clausulado, interpretamos que se refiere a las condiciones generales del contrato de seguro, las que han sido depositadas en la Superintendencia Financiera y publicadas en la página Web.

Lo que resulta más inquietante es la explicación de la cobertura, las exclusiones y las garantías. ¿Cómo podría darse cumplimiento literal a la norma en las televentas, el mercadeo masivo y los microseguros? En este punto recurrimos a las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros, consagradas en la Ley 1328 de 2009, que incluyen el deber de revisar los términos y condiciones de los contratos y de informarse sobre los productos que piensa adquirir, todo ello aunado a la simplicidad en la redacción de las cláusulas de los contratos de seguro y a la educación financiera.

El tema de la prueba del cumplimiento de dicha obligación es el que más dificultad ofrece para las compañías en estos últimos seguros mencionados, de comercialización masiva.

- Las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia

Con anterioridad al actual Estatuto del Consumidor, el artículo 51 de la Ley 510 de 1999 atribuyó facultades jurisdiccionales a la autoridad de supervisión del momento, Superintendencia Bancaria. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1641/00, con fundamento en que debido a las funciones de control, vigilancia y supervisión que tiene la Superintendencia Bancaria

“...instruye a las instituciones sujetas a control, sobre la manera como se debe asegurar el cumplimiento de la actividad, fija criterios técnicos y jurídicos, practica inspecciones, establece los parámetros para asegurar el cumplimiento de las normas, todo lo cual, sin lugar a dudas, la obliga a tomar una posición frente a las entidades, que a la postre condiciona el ejercicio imparcial de sus atribuciones jurisdiccionales en estos puntos.

Considera la Corte que la función de inspección, control y vigilancia permite a las superintendencias dar instrucciones que comprometen un criterio de imparcialidad para juzgar posteriormente los asuntos previstos en el artículo 51 de la Ley 510 de 1999 porque, como bien lo señala el demandante, su actuación estará sujeta a esos pronunciamientos anteriores, lo cual sin duda vulnera los artículos 228 y 229 de la Constitución, en consonancia con el artículo 29 ídem.”¹²

Al respecto, dice el Doctor JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS: *“La introducción de facultades sancionatorias a cargo del juez del contrato de seguro, se traduce en una mezcla que resulta además de incompatible, inconveniente y, posiblemente, inconstitucional. La función jurisdiccional está orientada a dirimir los conflictos derivados del contrato. La imposición de sanciones es propia de la esfera administrativa que es una función diferente e incompatible con la función jurisdiccional y que se constituye en amenaza y mecanismo de coacción en contra de las entidades vigiladas. Por regla general, los jueces ordinarios cuando solucionan conflictos limitan su actuación al examen de los hechos y al reconocimiento del derecho, ámbito en el cual la facultad sancionadora es completamente extraña.”¹³*

Una de las recomendaciones del Ministerio de Justicia en el proyecto de reforma a la justicia, en su propósito de descongestión en Colombia, fue el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas como la Superintendencia Financiera de Colombia, propuesta que se concretó previamente con la expedición del Estatuto del Consumidor, cuyos artículos 56, 57 y 58 regulan lo referente a las funciones jurisdiccionales de las Superintendencias de Industria y Comercio y la Financiera de Colombia.

Ahora bien las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto del consumidor, se caracterizan por:

- El consumidor *“podrá”* acudir a la Superintendencia Financiera. Es una facultad que se otorga al consumidor, quien puede elegir entre la rama judicial o la Superintendencia.

12 Sentencia C-1641 de 2000, Corte Constitucional.

13 DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL, El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguros. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda, 2012.

- Competencia exclusiva para conocer asuntos relacionados con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales con ocasión de la actividad financiera. Están excluidos los de temas de carácter ejecutivo y laboral.
- No se establece un límite de cuantía. Con respecto a este punto, previamente a la expedición del mencionado Estatuto del Consumidor, un estudio estadístico al interior de la Superintendencia Financiera de Colombia fue desarrollado, con el objeto de determinar, basado en las quejas presentadas ante la misma, la cuantía que se sugeriría para determinar la competencia de esta entidad, pues ella estaría orientada a dirimir las pequeñas causas y no los conflictos entre beneficiarios con capacidad económica y compañías de seguros. El señalamiento de un límite de cuantía podía ser interpretado como una limitación de competencia para la Superintendencia Financiera. Ello significaba que los conflictos superiores a esta cuantía serían dirimidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que representaba el “peor de los mundos para las aseguradoras” y una pérdida de poder para la Superintendencia Financiera frente a esta otra entidad. La norma definitiva no establece límite de cuantía para los asuntos que deban ser conocidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo la obligación legal de atender también los procesos de mayor cuantía.
- No se requiere abogado.
- El procedimiento es verbal sumario.
- Las decisiones son en derecho.
- Prevé la imposición de multas hasta por 150 salarios mínimos legales mensuales.
- Las multas que se impongan hacen parte del presupuesto de la Superintendencia.

En desarrollo de estas facultades, se expide el decreto 710 de 2012, el cual modifica la estructura del supervisor y crea la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, así como el instructivo en el cual la Superintendencia Financiera de Colombia da a conocer al público los aspectos más relevantes del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

El sector asegurador viene enfrentando desde la vigencia de la Ley 1480 de 2011, las quejas tanto de carácter contractual como no contractual que los consumidores vienen radicando, tanto en la Superintendencia Financiera como en la de Industria y Comercio. Esta última ha sido desde el año de 1998, la entidad encargada en Colombia de la protección de los derechos de los consumidores, de conformidad con las facultades otorgadas en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998.

La Superintendencia de Industria y Comercio actualmente atiende las quejas, reclamaciones y demandas de los consumidores financieros independientemente cuál sea el asunto. Por esta razón en la actualidad el sector asegurador se enfrenta a la vigilancia de dos entidades con facultades sancionatorias.

El texto aprobado en segundo debate en la plenaria de la cámara de representantes otorgaba la competencia para conocer de la acción de protección contractual a consumidores y usuarios exclusivamente a la Superintendencia de Industria y Comercio; sin embargo, el texto definitivo fue modificado y en nuestro sentir es claro que otorga la competencia a la Superintendencia Financiera en relación con sus vigiladas.

La conclusión en materia de facultades jurisdiccionales es la presencia de dos Superintendencias con amplias facultades jurisdiccionales y un particular fortalecimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.3.3 *Discusión sobre la aplicación de ciertas normas*

Retomando el análisis de la cláusula arbitral reseñada por los Defensores del consumidor en su informe elaborado en desarrollo de la Circular 039 de 2011, se discute si es aplicable a las entidades vigiladas el artículo 43 del Estatuto del Consumidor que trae un listado de cláusulas abusivas de pleno derecho y en su numeral doce establece aquellas que:

“12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.”

Nuestra opinión es que dicha norma en particular no es aplicable al sector financiero y asegurador, con independencia del análisis sobre el carácter abusivo o no de la cláusula arbitral.

Tras un análisis de los antecedentes constitucionales, legales y normativos sobre la protección al consumidor de seguros en Colombia, y ante la compleja situación que se deriva de la aplicación de la norma especial para el sector asegurador, Ley 1328 de 2009, frente al nuevo Estatuto del Consumidor, el Doctor JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ llega a las siguientes conclusiones, entre otras:

- “Avizoramos que la tendencia probable a nivel de reglas de interpretación sería aplicar la norma especial de derecho del consumidor de seguros contenida en la Ley 1328 de 2011, pero simultáneamente recurriendo, en lo no previsto en ella, al nuevo Estatuto del Consumidor y a cualquier otra norma que proteja los derechos de los consumidores (regla de analogía fijada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ya citada).
- Indudablemente el nuevo Estatuto del Consumidor modificó normas del Código de Comercio sobre el contrato de seguro, hecho que exige un nuevo entendimiento de las relaciones de aseguramiento, así como la adecuación en los clausulados y procedimientos de las entidades aseguradoras.
- Estos nuevos retos también se plantean en relación con los intermediarios de seguros, sean vigilados por la Superintendencia Financiera como los corredores de seguros o no lo sean, como las agencias y agentes. El conjunto de deberes en

materia de información, se surte en la práctica, a través del importante papel que estas entidades desarrollan”¹⁴.

2.4 La jurisprudencia

Desde la perspectiva de la Jurisprudencia, el Doctor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia hace referencia a la sentencia del alto tribunal de fecha 14 de diciembre de 2011, dictada antes de la entrada en vigencia del Estatuto del Consumidor, señalando:

“Se ocupa la corte del tema de la posición dominante en los contratos, marcando una nueva ruta de lo que debe hacerse judicialmente para procurar el equilibrio de estos.

En primer lugar insiste en que hay posición dominante cuando; 1. Una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y 2. Cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.

Advierte además la Corte que el hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quien la detenta, un mayor miramiento con los usuarios, de tal manera la buena fe no le permite abusar de su posición de privilegio.

Si lo hace, introduciendo cláusulas abusivas, éstas deberán ser invalidadas por el juez, a la luz del artículo 13 de la C.N.”¹⁵

Citamos algunos apartes de la mencionada sentencia, dictada en una controversia entre unos consumidores y un banco, pero con conclusiones para todas las entidades vigiladas en materia de cláusulas abusivas, anunciando anticipadamente la interpretación de las normas del nuevo Estatuto del Consumidor, lo que nos permite avizorar la posición de este alto tribunal frente al tema que nos ocupa:

“En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de “lista negra”, acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.”

(...)

14 DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL, El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguros, Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda, 2012.

15 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, Las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro y el Nuevo Estatuto del Consumidor. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda, 2012.

“El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para éste.”¹⁶

3. LOS RETOS QUE ENFRENTA LA INDUSTRIA ASEGURADORA EN COLOMBIA

No son pocos los retos que enfrenta la industria aseguradora colombiana en materia de protección al consumidor, asuntos de gran trascendencia, están por ser definidos a nivel legislativo, reglamentario y judicial.

En este sentido, la Ley de protección de datos personales sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011, pero a septiembre de 2012 no ha sido sancionada.

Así mismo, la misma Superintendencia expidió en el mes de enero de 2012 dos borradores de guías para la protección de la competencia dirigida tanto a competidores, como a gremios y asociaciones.

También se prevé la próxima expedición de un nuevo régimen de reservas para las aseguradoras, tema en el que está trabajando el Ministerio de Hacienda.

Finalmente, actualmente cursa en el Congreso de la República de Colombia un proyecto de Ley sobre educación financiera.

CONCLUSIONES

Toda esta diversidad normativa nos demuestra el peligro de caer en la sobre regulación, tema señalado por el Doctor ROBERTO JUNGUITO BONNET durante el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros que tuvo lugar en marzo de 2012: *“Según las lecciones de lo ocurrido con la reciente crisis financiera internacional en los planes avanzados, también resulta razonable plantearnos la importancia de evitar la tendencia a sobre regular, ya que el perjudicado principal acaba siendo el propio consumidor*

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 2011, M.P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

de servicios financieros. Lo fundamental es establecer regulaciones que otorguen el máximo de protección al consumidor con un mínimo de distorsión de los mercados."¹⁷

Probablemente en Colombia estamos recorriendo un sendero ya caminado en el derecho europeo en materia de protección al consumidor. Al parecer nos encontramos en la etapa de extremo proteccionismo que, seguramente nos llevará a adquirir culturalmente esta tendencia para después pasar a una fase de madurez, en la cual no será necesaria la excesiva normatividad al respecto, sino que seguramente ocupará un lugar prioritario el deber de información y de consejo profesional del asegurador y del intermediario de seguros.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO (2012), Las cláusulas abusivas en el Contrato de Seguro y el Nuevo Estatuto del Consumidor. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda.
- DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL (2012), El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el Contrato de Seguros. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda.
- JUNGUITO BONNET, ROBERTO (2012), La Protección del Consumidor Financiero de Seguros. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda.
- MEJÍA ARAMBURU, SEBASTIÁN, "Impacto de Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor en el Sector Asegurador", concepto para la Vicepresidencia de Seguros de Suramericana S.A.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (2012), La Responsabilidad Civil en el Nuevo Estatuto del Consumidor. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda.

17 JUNGUITO BONNET, ROBERTO, La Protección del Consumidor Financiero de Seguros. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fasecolda, 2012.

SECCIÓN TÉCNICO-ECONÓMICA

