

# El nuevo estatuto del consumidor en Colombia

## Su incidencia en el Contrato de Seguro\*

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ\*\*

### SUMARIO

1. Consideraciones previas
2. Antecedentes
3. Ámbito de aplicación del nuevo Estatuto del Consumidor
4. Derechos de los consumidores
5. Garantía de calidad, idoneidad y seguridad (no aplicación a los seguros)
6. Información al consumidor
7. Reglas de interpretación de los contratos
8. Reglas de los contratos de adhesión
9. Cláusulas abusivas
10. Operaciones no tradicionales o a distancia y comercio electrónico
11. Mecanismos de solución de controversias
12. Reflexiones finales

Fecha de recepción: 11 de abril de 2012  
Fecha de aceptación: 4 de junio de 2012

---

\* Investigación realizada por el autor desde una perspectiva analítica y reflexiva sobre el nuevo estatuto colombiano de consumidor Ley 1480/2011 para el primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros de la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, marzo de 2012.

\*\* Abogado egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 1982, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Privado de la Universidad de Derecho de Economía y Ciencias Sociales de París, París III 1986-1987. Catedrático en responsabilidad Civil y en D; Tratadista en Responsabilidad Civil, Seguros y Seguridad Social. Correo electrónico: [juanmanuel@diazgranados.co](mailto:juanmanuel@diazgranados.co)

## RESUMEN

El presente artículo nos da una descripción general del recientemente expedido Estatuto del Consumidor Colombiano, sus antecedentes constitucionales, legislativos, garantías, prohibiciones y novedades, tales como las facultades jurisprudenciales otorgadas a las superintendencias, al igual que sus vacíos y desaciertos. Además presenta las normas que se relacionan con el consumidor y sus ámbitos de aplicación en materia aseguradora.

**Palabras clave:** consumidor, aplicación, garantías, contratos, reglas, seguros.

**Palabras clave descriptor:** Nuevo Estatuto del Consumidor, interpretación de los contratos, derechos de los consumidores, cláusulas abusivas, marco jurídico, mecanismos de solución.

## ABSTRACT

The present article give us a general description of the recently issued Colombian new consumer law, its constitutional and legislative background, guarantes prohibitions and new features, such as jurisprudential faculties given to the *superintendencias* (Superintendence offices), as well as its well as its lacks and mistakes. It also presents the rules related to the consumer and its scope of application in matters of insurance law.

**Key words:** consumer, application, guarantees, contracts, rules, insurance.

**Key words plus:** new consumer law, interpretation of contracts, consumer rights, abusive clauses, legal framework, resolution mechanisms.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Indudablemente, a nivel internacional y en nuestro medio se registra una tendencia proteccionista del consumidor.

Es destacable el papel de la jurisprudencia, la cual, además de reconocer ampliamente el derecho del consumidor<sup>1</sup>, ha adoptado nuevos criterios de análisis de las cláusulas contractuales, en particular respecto de aquellas que tienen carácter abusivo<sup>2</sup>. Igualmente, los tribunales se han ocupado de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, para cuya configuración basta la prueba del defecto, el daño y la relación de causalidad. Así mismo, en materia del derecho del consumo la jurisprudencia ha superado las tradicionales distinciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual<sup>3</sup>.

Las manifestaciones legislativas tampoco han sido ajenas a este tema, tanto respecto del derecho del consumidor en general, como tratándose de la protección de sus derechos en materia de seguros.

- 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2005, exp. No. 1999-04421-01.
- 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 2 de febrero de 2001, exp. No.5670 y de 4 de noviembre de 2009, exp. No. 1998-4175-01.
- 3 Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 7 de febrero de 2007, exp. No. 1999-00097-01 y de 30 de abril de 2009, exp. No.1999-00629-01.

En efecto, luego de la expedición del primer Estatuto del Consumidor mediante el decreto 3466 de 1982, se han promulgado una serie de normas a nivel legal dirigidas a proteger los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios. Recientemente, la Ley 1328 de 2009 estableció un régimen especial de protección al consumidor de seguros, el cual se encuentra en proceso de reglamentación e implantación.

Después de múltiples proyectos que resultaron infructuosos durante varias legislaturas, el Congreso finalmente aprobó la Ley 1480 de 2011, mediante la cual se adoptó en nuestro país un nuevo Estatuto del Consumidor, el cual es aplicable, en principio, a todos los sectores de la economía con precisiones respecto de los regímenes especiales, como es el caso de los seguros.

En este contexto el sector de los seguros enfrenta el reto de asimilar y poner en práctica el nuevo marco legal, que reviste altas complejidades.

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis del nuevo Estatuto del Consumidor y su impacto en el contrato de seguro, para lo cual se abordarán los temas medulares del mismo.

## **2. ANTECEDENTES SOBRE PROTECCIÓN A LOS ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS**

### **2.1 Marco constitucional**

Debemos anotar que el derecho de los consumidores tiene rango constitucional, por cuanto el artículo 78 de nuestra Carta Política consagra los criterios generales para su protección. En su primer inciso dispone que la ley regulará la calidad de bienes y servicios que se ofrezcan a la comunidad, así como la información a los consumidores. El segundo inciso se refiere al principio general de responsabilidad a cargo de productores y comercializadores de bienes y servicios que afecten la salud y la seguridad de los consumidores.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional<sup>4</sup> ha considerado que la actividad aseguradora, por haber sido definida como de interés público en la Constitución, cumple una función social, atributo este que ha sido empleado para la protección de los derechos de los consumidores de seguros.

Finalmente, es menester anotar también que la Corte Constitucional<sup>5</sup> señaló que el derecho a la reparación de los daños es de raigambre constitucional, asunto este que incide y es relevante en cuanto al régimen de indemnización de perjuicios por daños causados por productos defectuosos, al igual que en relación con los seguros de responsabilidad

---

4 Corte Constitucional, sentencias C-409 de 2009 y C-640 de 2010.

5 Corte Constitucional, sentencia C-409 de 2009.

civil, cuya finalidad es la de cubrir los perjuicios causados por un potencial responsable a la víctima del daño.

Al lado de la protección que prevé la Constitución Nacional, en el ámbito de los seguros, de tiempo atrás se han expedido una serie de normas dirigidas a la protección de los derechos del consumidor de seguros, las cuales relacionaremos brevemente en el punto siguiente.

## **2.2 Código de Comercio**

Desde sus orígenes, la regulación del contrato de seguro contenida en el Código de Comercio estableció algunas normas que expresamente buscaban la protección del consumidor de seguros. El mecanismo utilizado, consagrado en el artículo 1162 del citado código, consistió en señalar las normas que no eran modificables por las partes (entre las cuales se entienden inmodificables las que por su naturaleza sean imperativas), al igual que las normas que solamente podían ser modificadas en favor del tomador, asegurado o beneficiario.

Esta fórmula, aparte de ser muy práctica, se constituyó en su momento en un efectivo mecanismo de protección a los consumidores de seguros. Para la época de expedición del Código de Comercio, fue un mecanismo importante, pero a la postre resultó insuficiente por sí solo para la debida protección de tomadores, asegurados y beneficiarios.

## **2.3 Ley 45 de 1990: contrato de seguro y empresa aseguradora**

Mediante la Ley 45 de 1990, cuya orientación fue la de tutelar los derechos de tomadores y asegurados, se adoptaron normas dirigidas a la modernización del sector asegurador y a la reforma del contrato de seguro.

En relación con lo primero, la ley introdujo normas prudenciales con requisitos patrimoniales mucho más exigentes para las empresas aseguradoras. Uno de los instrumentos esenciales para la protección del consumidor de seguros consiste en un marco de regulación estricto para las empresas aseguradoras, de manera que las mismas tengan una sólida fortaleza patrimonial que les permita cumplir cabalmente sus obligaciones frente a los consumidores de seguros.

En relación con lo segundo, la Ley 45 de 1990 introdujo una serie de disposiciones protectoras de los derechos de tomadores y asegurados.

En primer lugar, consagró con carácter general la figura de la ineficacia respecto de aquellas cláusulas contractuales contrarias a la ley.

De la misma forma, se consagró la acción directa en el seguro de responsabilidad y se reconoció la libertad del tomador y asegurado para elegir a la aseguradora y al intermediario.

Finalmente, estableció la prohibición de prácticas de las aseguradoras que afecten los derechos de los asegurados.

## 2.4 Ley 35 de 1993

Mediante esta ley se definieron los instrumentos de intervención en las actividades financiera y aseguradora. Nos referimos a ella por cuanto la misma, inspirada en las directivas europeas, estableció una regulación para los grandes riesgos en materia de seguros, para admitir que las partes puedan acordar con mayor libertad algunos asuntos propios del contrato de seguro. El artículo 21 de la ley en comentario<sup>6</sup> permitió pactar de mutuo acuerdo el plazo para el pago de la indemnización, ampliándolo hasta 60 días hábiles, así como la tasa de interés en caso de mora en el pago de la indemnización por el siniestro.

La Ley 35 de 1993 abre la puerta a la flexibilidad de estipular ya descrita respecto de contratos de seguros de daños, en los cuales el asegurado sea una persona jurídica y la suma asegurada sea o exceda de 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dicha libertad de pacto se basa en que los asegurados de cierto tamaño tienen capacidad de negociación frente al asegurador.

## 2.5 Ley 795 de 2003

Posteriormente, la Ley 795 de 2003 introdujo mecanismos adicionales destinados a reforzar la protección del consumidor financiero y de seguros.

En primer lugar, estatuyó que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tienen el deber de suministrar información a los consumidores<sup>7</sup>, 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 abusivas<sup>8</sup>. 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 cliente<sup>9</sup>, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios.

---

6 Incorporado en el artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

7 Artículo 97, núm. 1 del EOSF.

8 Artículo 98, núm. 4.1 del EOSF.

9 Artículo 98, núm. 4.2 del EOSF.

## **2.6 Ley 1328 de 2009: Régimen de protección al consumidor financiero y de seguros**

La última reforma financiera y de seguros fue adoptada mediante la Ley 1328 de 2009, cuyo título I prevé el régimen de protección al consumidor financiero, noción que comprende también al consumidor de seguros. Este conjunto de normas es de carácter especial y aborda los distintos aspectos relevantes sobre la protección de los consumidores financieros y de seguros, lo cual se sintetiza a continuación.

### **2.6.1 Definición de consumidor financiero**

La ley (artículo 2) contempla una serie de definiciones, entre las cuales se destaca la de consumidor financiero: “Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas”. A su turno, cliente se define como “la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos y servicios en desarrollo de su objeto social”. Por su parte, el usuario es definido como “la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada”. Finalmente, cliente potencial se define como “la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta”.

Como se puede apreciar, la noción de consumidor financiero es muy amplia y comprendería, en el ámbito de los seguros, al tomador, asegurado y beneficiario, sean personas naturales o jurídicas, con independencia del tipo del seguro o de si el consumidor pueda tener o no capacidad de negociación.

En otras palabras, la Ley 1328 de 2009 da un tratamiento igual a todo tipo de consumidor de seguros, al margen de que se trate de una persona natural que toma un seguro para proteger su vehículo o su hogar, o una gran empresa con amplios poderes de negociación que celebra un contrato de seguro para proteger sus intereses comerciales.

En nuestra opinión, el marco regulatorio descrito es en extremo proteccionista frente a consumidores que por su tamaño y profesionalismo no requieren de la misma protección que un consumidor común.

### **2.6.2 Ámbito de aplicación**

La norma en cuestión se aplica a las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo cual abarca todas las operaciones que se realicen y no solo las que podrían denominarse relaciones de consumo (que se circunscribirían a consumidores finales respecto de operaciones no relacionadas directamente con su actividad).

Otra característica de la ley es que si bien es claro su carácter especial, su artículo 1 prevé que se aplicará "...sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección". Esta idea es corroborada por el artículo 5 de la ley, el cual establece la lista de los derechos de los consumidores financieros, con la precisión de que se entiende "Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes...". Esta última circunstancia es relevante al momento de determinar la compatibilidad de esta norma especial frente al nuevo Estatuto del Consumidor adoptado por la Ley 1480 de 2011.

### **2.6.3 Principios orientadores para la protección del consumidor financiero**

El artículo 3 de la ley regula los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, entre las cuales citamos la debida diligencia en la conducta de las entidades, la libertad de elección del consumidor, el suministro de información suficiente y oportuna a los consumidores, la atención de las quejas por parte de las entidades vigiladas, el manejo adecuado de los conflictos de interés, así como la educación en favor del consumidor financiero.

### **2.6.4 Derechos y obligaciones de los consumidores**

Igualmente, la ley consagra los derechos y las obligaciones del consumidor financiero. Más adelante se presentará un cuadro comparativo entre los derechos del consumidor financiero a la luz de la Ley 1328 de 2009 frente a los derechos del consumidor en general conforme a la Ley 1480 de 2011.

### **2.6.5 Obligaciones especiales de las aseguradoras**

Las entidades aseguradoras (al igual que las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera) se encuentran sujetas al cumplimiento de obligaciones especiales dirigidas a la protección del consumidor de seguros, las cuales se encuentran consagradas en un muy completo listado contenido en el artículo 7 de la ley.

### **2.6.6 Información al consumidor financiero**

Las compañías de seguros, según lo disponen los artículos 9 y siguientes de la ley, tienen a su cargo el deber de informar al consumidor financiero acerca de las características de los servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, los precios, etc. Igualmente, las entidades vigiladas deben publicar en su página de Internet los modelos de los contratos estandarizados que utilicen con sus clientes.

La Superintendencia Financiera de Colombia mediante la Circular Externa 038 del 6 de septiembre de 2011, impartió instrucciones a las entidades vigiladas para que suministren a los consumidores financieros la información que estos requieran.



### **2.6.7 Prohibición de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (no se establece definición, pero sí lista indicativa)**

El artículo 11 de la ley prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión son definidos por el artículo 1, literal f. como aquellos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlas en su integridad.

Nótese que la norma regula los contratos de adhesión de forma asimétrica, ya que solamente los concibe cuando las cláusulas son elaboradas unilateralmente por la compañía de seguros o cuando son impuestas por estas.

En la realidad de las operaciones de seguros es usual que tratándose de consumidores de seguros con un poder de negociación muy marcado la situación sea completamente a la inversa. En ocasiones es el tomador del seguro, asesorado por su corredor, quien toma la iniciativa para la celebración del contrato de seguro y predefine las condiciones y cláusulas contractuales, que constituyen un requisito sin el cual las propuestas de las aseguradoras resultarían rechazadas. Este, indudablemente, es un contrato de adhesión, pero escaparía a la definición legal que hemos mencionado, que se repite, se limita a los casos en que el consumidor es el destinatario del respectivo contrato.

Ahora bien, la Ley 1328 de 2009 establece un listado de cuatro tipos de cláusulas abusivas y otorga a la Superintendencia Financiera facultades para establecer de manera previa y general otros tipos adicionales.

Las cláusulas abusivas se entenderán como no escritas o sin efectos para el consumidor financiero, es decir, serán ineficaces.

Téngase en cuenta que la ley en cuestión no prevé una definición de cláusula abusiva. No obstante, el artículo 7, literal e., sobre obligaciones especiales de las aseguradoras, se refiere a la obligación de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que "...puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual". Destacamos que el artículo en comento alude a los elementos que podrían caracterizar una cláusula abusiva: el criterio de desequilibrio o el abuso de una posición de dominio en la relación contractual.

La Superintendencia Financiera, mediante la Circular Externa 039 de 2011 impartió instrucciones en torno a la prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos, en desarrollo de lo cual, con base en las facultades ya citadas, amplió el listado de cláusulas que se consideran abusivas.

### **2.6.8 Prohibición de prácticas abusivas (no se establece definición, pero sí lista indicativa)**

Por otro lado, la ley prohíbe las prácticas abusivas, las cuales tienen un tratamiento similar, ya que no se consagra definición de las mismas y se faculta a la Superintendencia Financiera para fijar, en adición al listado previsto en el artículo 12 de la ley, otras clases de prácticas abusivas. Es de la mayor trascendencia tener presente que la consecuencia para la aseguradora de infringir este deber no es la ineficacia (esta es propia de las cláusulas abusivas), sino eventuales sanciones administrativas que puede imponer el ente supervisor.

### **2.6.9 Defensor del consumidor financiero**

La ley incorpora un capítulo destinado a regular en forma integral la defensoría del consumidor financiero, para lo cual se señalan sus funciones, los asuntos que se someten a su consideración, se regulan sus pronunciamientos, la independencia y autonomía de los mismos, al igual que su designación.

### **2.6.10 Creación del Registro Único de Seguros, RUS**

Por último, el artículo 78 de la Ley 1328 de 2009 creó el Registro Único de Seguros (RUS) con la finalidad de proveer al público información sobre las personas que han adquirido pólizas de seguro, sus asegurados y beneficiarios.

El RUS fue reglamentado mediante el Decreto 2775 de 2010.

## **3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

Conforme a lo dicho, la Ley 1480 de 2011 adoptó el nuevo Estatuto del Consumidor, el cual es una norma de carácter general, que como se verá a continuación aplica a todos los sectores de la economía, a todo tipo de consumidores y a cualquier relación de consumo.

Es indispensable realizar un análisis minucioso de esta nueva norma para determinar su grado de aplicación al sector de los seguros ya que según se expuso, este tiene normas de carácter especial.

### **3.1 Sectores**

El artículo 2 de la ley expresamente dispone que sus normas se aplicarán 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 se aplicará la regulación especial y “suplementariamente” las normas establecidas en el Estatuto del Consumidor.

Dado que para el sector de seguros existen normas de carácter especial, podría decirse en principio que los vacíos de la Ley 1328 de 2009 se llenan con las normas del Estatuto del Consumidor. Cuando exista norma especial, habrá que darle aplicación a esta en forma preferente. Este aspecto será desarrollado con mayor detalle más adelante.

En cuanto a los sectores destinatarios de las normas generales de protección al consumidor, traemos a colación la reciente Directiva 2011/83/UE, que consagra las normas de derechos de los consumidores en Europa, de la cual se excluyen expresamente los servicios financieros y de seguros, entre otros (artículo 3). En tal virtud, conforme a la norma europea a que hemos hecho referencia, los servicios financieros y de seguros se regirían exclusivamente por las normas especiales sobre la materia y en ningún caso, ni siquiera suplementariamente, por las normas generales del derecho del consumo.

### 3.2 Asuntos

El nuevo Estatuto del Consumidor comprende una amplia gama de temas atinentes al derecho del consumo, entre los cuales citamos los derechos y obligaciones derivadas de una relación de consumo entre productores, proveedores y consumidores, la garantía de calidad, idoneidad y seguridad de los productos (y servicios), la responsabilidad por daños por producto defectuoso (aplicable solamente a bienes muebles o inmuebles), la información a los consumidores, la publicidad, y un conjunto de normas sobre protección contractual (las cuales comprenden reglas de interpretación, regulación de contratos de adhesión, definición y prohibición de cláusulas abusivas, operaciones por métodos no tradicionales o a distancia y protección al consumidor de comercio electrónico).

Procede destacar que el artículo 5 define “producto” como todo bien o servicio, con lo cual dicha noción cobija al seguro.

Algunas de las disposiciones del nuevo estatuto se refieren directa y expresamente a temas sobre el contrato de seguro, lo cual resulta extraño en la medida en que para dicha operación existe una norma especial y el Estatuto del Consumidor por técnica jurídica no debería abordar temas de carácter particular.

El nuevo estatuto, finalmente, comprende una nueva regulación sobre la acción de protección al consumidor y aspectos procesales, cuya característica más destacable es la atribución de amplias facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera y la adopción del procedimiento verbal sumario para dirimir los conflictos en materia de derechos de los consumidores, con la aplicación de normas particulares incorporadas en este estatuto.

Es evidente que tanto el nuevo Estatuto del Consumidor como la Ley 1328 de 2009 se refieren a muchos temas que son comunes, mientras que otros no lo son. Sobre el particular, reviste la mayor importancia determinar las normas aplicables de dicho estatuto en función de la materia regulada.

### 3.3 Sujetos

El nuevo Estatuto del Consumidor, al tenor de lo indicado por su artículo 2, regula los derechos y obligaciones entre productores (y proveedores) y consumidores. En su segundo inciso se precisa que las normas de la ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de productores y proveedores.

De forma complementaria, el artículo 5 comprende las definiciones que delimitan la aplicación de la ley en relación con los sujetos, a saber:

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

Procede mencionar a manera de contraste que la Directiva 2011/83/UE, a la cual hicimos alusión anteriormente y que regula con carácter general el derecho de los consumidores en Europa, define al consumidor como toda persona física que en contratos regulados por la directiva en cuestión, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

Es evidente que nuestro estatuto tiene un ámbito de aplicación muchísimo más amplio si se compara frente al estándar internacional contenido en la directiva en cuestión.

Un comentario adicional sobre la definición de consumidor que prevé la Ley 1480 de 2011 y su entendimiento en materia de seguros es que se menciona que tal calidad existirá cuando la persona adquiera como destinatario final un producto o servicio para la satisfacción de sus necesidades, “cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”. Sobre el particular, nos preguntamos si los seguros pueden ser considerados como intrínsecamente ligados a alguna actividad económica. Tratándose de bienes, en particular materias primas y bienes de capital, la situación es mucho más clara, ya que tales elementos forman parte del proceso productivo y resultan indispensables para el cumplimiento del objeto social de la empresa o para adelantar la actividad. No obstante, el seguro como servicio de naturaleza intangible no es en rigor una materia prima necesaria para la producción de otros bienes.

Para ilustrar el punto procede mencionar la definición de consumidor contenida en la Directiva Europea 2011/83/UE, artículo 2, núm. 1, según la cual consumidor es toda persona física que en contratos regulados por la citada Directiva “actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

Podría pensarse que no se configura una relación de consumo, por ejemplo respecto de un seguro de transporte tomado por una empresa comercializadora de mercaderías.

En esta materia recordemos que la Ley 1328 de 2009 consagra una definición especial para el consumidor financiero a la cual debemos dar prelación en su aplicación, cuando se trate, por supuesto, de asuntos regidos por dicha ley en relación con las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, es decir, respecto de compañías de seguros, corredores de seguros y bancos que adelantan funciones de bancaseguros.

La definición especial de consumidor de seguros comprende, sin distinción alguna a toda persona natural o jurídica vinculada contractualmente como cliente o siendo simplemente usuario de la entidad, por lo cual en dicho ámbito la definición de consumidor financiero no exige como requisito que el respectivo seguro sea parte de un proceso productivo o esté ligado indisolublemente a él. En consecuencia, podría decirse que todo tomador, asegurado o beneficiario es un consumidor financiero.

Ahora bien, las relaciones jurídicas entre un consumidor de seguros frente a sujetos no vigilados por la Superintendencia Financiera, como lo serían las agencias o los agentes de seguros, escapan a la regulación especial de la Ley 1328 de 2009 y caerían en el nuevo Estatuto del Consumidor. Lo anterior a menos que se trate, en realidad, de la relación jurídica entre el consumidor de seguros y la compañía de seguros, como consecuencia de los actos de las agencias y los agentes de seguros, los cuales impactan directamente en la esfera de la compañía. En otras palabras, la relación directa entre consumidor de seguros y la agencia o el agente (sin involucrar a la compañía de seguros) no se rige por la Ley 1328 de 2009, sino por el nuevo Estatuto del Consumidor.

**Producto** se define como todo bien o servicio. Si bien el seguro es un servicio, dicha asimilación carecería de efectos para examinar las relaciones jurídicas en el marco de la Ley 1328 de 2009. Tal concepto es relevante cuando el nuevo Estatuto del Consumidor sea aplicable al contrato de seguro por tratarse de un asunto no regulado por la norma especial.

**Productor** es quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos.

**Proveedor o expendedor** es quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

En el mismo sentido, la definición de productor, proveedor o expendedor resultará aplicable en el sector de los seguros respecto de temas no regulados en las normas especiales que gobiernan el citado sector. En tal caso se entenderían como proveedores o expendedores las compañías de seguros y los corredores de seguros (ambos vigilados por la Superintendencia Financiera), otro tipo de distribuidores de seguros como los bancos que realizan funciones de bancaseguros (también vigilados por la Superintendencia Financiera), al igual que agencias y agentes de seguros, así como otros mecanismos de distribución no tradicionales.

### **3.4 Carácter de las normas**

El nuevo estatuto, en su artículo 4, establece que sus disposiciones son de orden público y que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, adoptando así la fórmula de la ineficacia de las cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico.

El artículo en comento, igualmente, afirma que las normas de esta ley deberán interpretarse siempre en la forma más favorable al consumidor. La norma enfatiza que en caso de duda se resolverá en favor del consumidor. Si bien el artículo en comento adolece de técnica jurídica, lo cierto es que en materia de derecho del consumo las normas, sean claras o no, habrán de interpretarse en favor del consumidor.

Como se expondrá más adelante, este principio de interpretación favorable también lo hace extensivo el nuevo estatuto en relación con las cláusulas contractuales.

A este respecto la Ley 1328 de 2009 no contempla disposición alguna.

### **3.5 Aplicación preferente del Estatuto de Consumidor frente a normas sustanciales y procesales**

El nuevo Estatuto del Consumidor es palmario en establecer que sus disposiciones se aplicarán con preferencia frente a otros ordenamientos en materia sustancial. En lo no previsto en este estatuto y en tanto no contravengan los principios del mismo se aplicará el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil.

En el terreno procesal, el nuevo Estatuto del Consumidor tendrá igualmente prelación, por lo cual para las actuaciones jurisdiccionales en lo no regulado en el Estatuto y en tanto no lo contravengan se aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario.

Podríamos afirmar que estamos en presencia de una norma transversal a todo el ordenamiento jurídico que, sin lugar a dudas, modificó el régimen tradicional de obligaciones y contratos.

### **3.6 Comentarios y conclusiones preliminares**

Con base en lo hasta ahora expuesto podemos realizar los siguientes comentarios y formular preliminarmente algunas conclusiones, a saber:

- Es absolutamente claro que los seguros cuentan con una norma especial de protección al consumidor de seguros, contenida en la Ley 1328 de 2009 y normas complementarias, las cuales deben ser aplicadas en forma prioritaria y con preferencia frente a las disposiciones del nuevo Estatuto del Consumidor.

- En este orden de ideas, si la materia o asunto se encuentra regulado con diferente sentido tanto en el nuevo Estatuto del Consumidor como en la norma especial deberá darse primacía a la norma especial.
- Es cierto que el nuevo Estatuto del Consumidor incorpora normas que expresamente se refieren a los seguros. Al ser estas de carácter especial y posterior deberán ser aplicadas con preferencia sobre la Ley 1328 de 2009.
- Aquellas materias o asuntos que no cuentan con regulación en las normas especiales de seguros (vacíos legales) se regirán por el nuevo Estatuto del Consumidor.
- Sobre este particular es necesario tener presente los casos en los cuales la materia está regulada en la norma especial, pero el asunto específico no lo está. Por ejemplo, las cláusulas abusivas como materia se encuentran reguladas en la Ley 1328 de 2009, pero su definición como asunto específico no está previsto por dicha norma. Surgirían dos posibilidades para resolver la cuestión planteada:
  - ▶ Aplicar el nuevo Estatuto del Consumidor para ese asunto específico no comprendido en la regulación especial, recurriendo para el efecto a la aplicación de forma “suplementaria”, consagrada en dicho estatuto.
  - ▶ No aplicar el nuevo Estatuto del Consumidor, por considerar que la materia es el elemento determinante y la misma ya se encuentra regulada, por lo cual no habría lugar para su aplicación en asuntos específicos.

Posiblemente la tendencia doctrinal y jurisprudencial se orientará a aplicar al contrato de seguro lo que podríamos denominar “lo mejor de los dos mundos para el asegurado”, es decir, la aplicación de las normas especiales y, en lo no previsto en ellas respecto de cualquier materia o asunto de que se trate, cualquier otra norma que exista en el ordenamiento para la protección de los derechos del consumidor. Sobre este tópico es menester referirnos al criterio jurisprudencial señalado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de aplicar, por la vía de la analogía, normas pertenecientes a sectores distintos del asunto materia de análisis. En efecto, en sentencia del 14 de diciembre de 2011, exp. 01489-01 dicho tribunal, al referirse a un contrato bancario, estimó aplicable la definición de cláusula abusiva prevista en el nuevo Estatuto del Consumidor en los siguientes términos:

*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.*

- Algunas normas del nuevo Estatuto del Consumidor son incompatibles con la regulación tradicional del contrato de seguro, por lo que es necesario definir si

tienen carácter complementario o, por el contrario, derogatorio. Tal es el caso de la reclamación que tiene que formular el consumidor para efectos de cumplir el requisito de procedibilidad necesario para ejercer la acción judicial ante la respectiva superintendencia, lo que se examinará posteriormente.

- El nuevo Estatuto del Consumidor regula la garantía legal de calidad, idoneidad y seguridad que todo productor debe dar respecto de los bienes y servicios que ofrezca en el mercado, temática tratada con un sentido particular en las normas financieras y de seguros. Algunos comentaristas han sostenido que el seguro por ser un servicio lleva implícita la garantía de calidad, idoneidad y seguridad en los términos del nuevo Estatuto del Consumidor, posición con la cual expresamos nuestro total desacuerdo, como se explicará más adelante.
- Finalmente, mencionamos que el nuevo estatuto consolida el régimen de responsabilidad por daños por productos defectuosos, de manera que el productor de bienes (se aclara que este régimen no comprende servicios) en caso de que el consumidor pruebe el defecto del bien, el daño y la relación de causalidad, tendrá a su cargo la obligación de indemnización por perjuicios. Esta obligación de resarcimiento se aplica al productor o a cualquier otro miembro de la cadena de producción, distribución o comercialización. A este respecto, mencionamos que el nuevo estatuto no modificó los aspectos procesales de la responsabilidad, por cuanto la competencia continúa en cabeza de los jueces ordinarios, con base en las normas generales del procedimiento. El nuevo estatuto tampoco se refiere al seguro que cubre la responsabilidad por daños derivada de productos defectuosos.

#### 4. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

En este punto nos ocuparemos de los derechos de los consumidores bajo el régimen de nuevo Estatuto del Consumidor en contraste con la norma especial de seguros contenida en la Ley 1328 de 2009 y disposiciones complementarias.

Nuestra primera anotación es que existe un marcado paralelismo entre las dos disposiciones. Son muy similares los derechos en un ámbito y otro.

Debemos señalar también que las normas de protección al consumidor de seguros no solamente están previstas en la Ley 1328 de 2009, sino que también se encuentran en disposiciones anteriores, entre las cuales se destaca el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF, y el Código de Comercio.

Por lo tanto, podemos afirmar que con anterioridad a la expedición del nuevo Estatuto del Consumidor los tomadores asegurados y beneficiarios contaban con robustos mecanismos de protección de sus derechos.

En el Estatuto del Consumidor los derechos se encuentran regulados en el artículo 3, el cual los enumera y describe. Su primera parte, como se aprecia en el



cuadro siguiente, relaciona derechos muy parecidos a los contenidos en las normas especiales para seguros.

<b>Derechos</b>	<b>Nuevo EC</b>	<b>Ley1328-2009</b>
Recibir productos y servicios de calidad	Art. 3 núm.1.1.	Art. 5 lit. a.
Seguridad e indemnidad	Art. 3 núm.1.2.	N/A
Recibir información	Art. 3 núm.1.3.	Art. 5 lit. b.
Arts. 9 y 10		
Protección contra publicidad engañosa	Art. 3 núm.1.4.	Art. 5 lit. b.
Derecho a la reclamación	Art. 3 núm.1.5.	Art. 2 lit. g.
Art. 3 lit. d.		
Art. 5 lit. e.		
Protección contra cláusulas abusivas en contratos de adhesión	Art. 3 núm.1.6.	
Hay definición		
Hay listado	Art. 11. No hay definición	
Hay listado		
Libertad de elección	Art. 3 núm.1.7.	Art. 3 lit. b.
Participación (organización y asociación)	Art. 3 núm.1.8.	Art. 4

En relación con el derecho a recibir productos y servicios de calidad, es necesario mencionar que el Estatuto del Consumidor complementa este derecho con la garantía legal de calidad que dicha norma establece para todo bien o servicio.

La Ley 1328 de 2009, por su parte, también se refiere específicamente al derecho de los consumidores financieros a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas (artículo 5, literal a.). Nótese que esta última norma no alude a una garantía legal autónoma de calidad, idoneidad y seguridad, sino enfatiza en el cumplimiento estricto de las obligaciones asumidas por las compañías de seguros. La anterior precisión tiene efectos para dilucidar si la garantía legal a que se refiere el Estatuto del Consumidor es o no aplicable al contrato de seguro, asunto que será materia de un acápite particular.

Por otro lado, el derecho a la indemnidad que prevé el Estatuto del Consumidor carece de aplicación en materia de seguros, por cuanto el mismo se refiere exclusivamente a bienes que son susceptibles de generar un daño físico al consumidor.

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, entre las dos normas se registran dos diferencias esenciales. En primer lugar, el nuevo Estatuto del Consumidor prevé una definición general de cláusula abusiva, al paso que la Ley 1328 de 2009 únicamente alude a algunas características básicas. En segundo lugar, el Estatuto del Consumidor contempla en el artículo 43 una lista indicativa de catorce tipos de cláusulas

abusivas, sin que se atribuya a ninguna autoridad la posibilidad de establecer otros tipos de cláusulas que se consideren como tales. La Ley 1328 de 2009 prevé en el artículo 11 un listado de cuatro tipos de cláusulas abusivas y, además, confiere la Superintendencia Financiera de Colombia la potestad de establecer de manera previa y general otros tipos de cláusulas abusivas.

En el cuadro siguiente se presenta la comparación de la segunda parte de los derechos de los consumidores en los dos ordenamientos.

<b>Derechos</b>	<b>Nuevo EC</b>	<b>Ley 1328-2009</b>
Ser representado por organizaciones en las reclamaciones	Art. 3 núm.1.9.	Art. 4
Acceso a los medios masivos de comunicación para informar Educación	Art. 3 núm.1.10. Art. 3 núm.1.11.	N/A Art. 3 lit. f. Art. 5 lit. d.
Igualdad (trato equitativo no discriminatorio)	Art. 3 núm.1.12.	N/A
Exigir debida diligencia en la prestación del servicio de seguros	N/A	Art. 5 lit. c.
Prohibición de prácticas abusivas	N/A	Art. 12
Protección del Defensor del Consumidor Financiero	N/A	Art. 13 y sig.
Acceso al Registro Único de Seguros (RUS)	N/A	Art. 78 y sig.

Resaltamos que el Estatuto del Consumidor se refiere explícitamente al derecho a la igualdad, es decir, a un trato equitativo y no discriminatorio, al paso que las normas especiales en el sector financiero y de seguros no lo mencionan explícitamente.

Por otra parte, en el sector de seguros el consumidor tiene derechos adicionales a los consagrados en la norma general del Estatuto del Consumidor, tales como el derecho a exigir una debida diligencia de la compañía de seguros, la prohibición de prácticas abusivas, el derecho a obtener la protección del defensor del consumidor financiero y de seguros, así como el derecho a acceder a la información del Registro Único de Seguros (RUS).

En síntesis, procede afirmarse que las normas especiales propias del sector asegurador brindan una sombrilla protectora muy completa al consumidor de seguros, incluso, en algunos tópicos, con mayor énfasis frente a la norma general. En materia de derechos, la aplicación del Estatuto del Consumidor en el terreno de los seguros es preponderantemente residual.

## 5. GARANTÍA DE CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD (NO APLICACIÓN A LOS SEGUROS)

En los artículos 6 y siguientes del Estatuto del Consumidor se establece la garantía legal de calidad, idoneidad y seguridad, en virtud de la cual todo productor o proveedor debe responder por dichos conceptos en relación con los bienes y servicios que se ofrezcan o pongan en el mercado.

El término de la garantía legal será dispuesto por la ley o por la autoridad competente. En su defecto, el término será el definido por el productor o proveedor y en caso de no indicarse, el mismo tendrá una duración de un año para productos nuevos.

Para determinar la responsabilidad por incumplimiento de esta garantía el consumidor solamente debe demostrar el defecto del bien o servicio, sin perjuicio de las causales de exoneración que puede invocar el productor o proveedor (que el defecto provenga de fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero, el uso indebido por parte del consumidor o que el consumidor no haya atendido las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía).

Esta responsabilidad recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

El artículo 11 del estatuto regula el alcance de la garantía legal. En lo que tiene que ver con prestación de servicios (hipótesis más cercana al contrato de seguro), establece que cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado.

Expedido el nuevo estatuto, se han escuchado opiniones en el sentido de sostener que al contrato de seguro le es aplicable la garantía legal de idoneidad, calidad y seguridad, afirmación con la cual estamos en desacuerdo por las razones que enunciamos a renglón seguido.

Ante todo, es fundamental tener presente que la Ley 1328 de 2009 sí contiene una regulación especial en torno a la garantía legal bajo estándares de seguridad y calidad, razón por la cual, conforme quedó dicho anteriormente, es menester dar aplicación preferente a dicha norma especial frente a la norma general contenida en el Estatuto del Consumidor.

En efecto, el artículo 5, literal a., regula este aspecto con el siguiente alcance: “En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas”. Lo anterior quiere decir que el seguro sí cuenta con una norma de carácter especial que rige los estándares de seguridad y calidad en

materia de servicios ofrecidos por las compañías de seguros y que se circunscribe al cumplimiento estricto de las obligaciones asumidas por la entidad vigilada.

En otras palabras, en el contrato de seguro la garantía legal de calidad consiste en que el asegurador cumpla, en condiciones de oportunidad y estrictamente, las obligaciones surgidas del mismo y no es una garantía autónoma que altere el alcance de las obligaciones de la compañía de seguros. Dichas obligaciones se rigen por las normas propias del contrato de seguro más todas aquellas que protegen al consumidor de seguros en forma específica.

Adicionalmente, carecería de sentido pretender aplicar el Estatuto del Consumidor en relación con la garantía legal al contrato de seguro por cuanto ello llevaría a una conclusión carente de lógica y contraria al propósito proteccionista en cuanto a la duración de la protección. Ciertamente la garantía legal del Estatuto del Consumidor en ausencia de norma o estipulación tiene un vigor de un año, al paso que en el contrato de seguros el asegurado o beneficiario puede exigir sus derechos de la compañía de seguros durante el término de prescripción que es de dos años para la ordinaria y de cinco años para la extraordinaria.

Por otra parte, la arquitectura propia del contrato de seguro no le permite al asegurador invocar causales de exoneración como las señaladas en el Estatuto del Consumidor (tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero, etc.). Los mecanismos de exoneración de responsabilidad del asegurador se encuentran estrictamente reglados en las normas que rigen el contrato, en las cuales no se admiten con carácter general los medios de defensa que prevé el Estatuto del Consumidor.

En consideración a lo anterior reiteramos que, por existir normas especiales de protección a los tomadores, asegurados y beneficiarios, al contrato de seguro no le es aplicable con carácter general la garantía legal de calidad, idoneidad y seguridad que contempla el Estatuto del Consumidor.

## **6. INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR**

El nuevo estatuto enfatiza el derecho a la información por parte del consumidor a fin de que en la etapa precontractual pueda tomar las decisiones que más convengan a sus intereses y durante la ejecución del contrato se encuentre en capacidad de exigir apropiadamente sus derechos y cumplir sus obligaciones.

### **6.1 Información en la etapa precontractual**

Tanto el Estatuto del Consumidor como las normas especiales sobre seguros prevén obligaciones particulares en torno a la información al consumidor en el período precontractual.

**6.1.1 Las aseguradoras deben informar al consumidor previamente a la celebración del contrato (art. 37 EC - art. 9 Ley 1328/09)**

En primer lugar, el nuevo Estatuto del Consumidor incorporó en el artículo 37, relativo a las condiciones generales de los contratos de adhesión, una norma expresa para seguros, conforme a la cual “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”. Dicho artículo menciona en su último inciso que serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en tal artículo.

A este respecto reiteramos que no es propio de un estatuto general introducir normas particulares para un contrato como el de seguro, sobre todo si tomamos en consideración que la Ley 1328 de 2009 prevé una norma específica para este asunto.

En efecto, el artículo 9 de la mencionada ley regula el deber de información a los consumidores financieros por parte de las entidades vigiladas, mencionando la información que se debe suministrar en la etapa precontractual. Tal norma confiere a la Superintendencia Financiera la facultad de impartir las instrucciones para dar cumplimiento al deber de información.

Usualmente los contratos de seguro son celebrados con la participación de canales de distribución (intermediarios de seguros, bancos, etc.), los cuales desempeñan una importante función de promoción de estos productos y quienes habrán de asumir esta nueva responsabilidad.

En nuestra opinión, el deber de información a cargo del asegurador hay que entenderlo en el contexto de las respectivas operaciones, con criterio de razonabilidad, pues no es lo mismo un contrato de seguro masivo, a una póliza de todo riesgo para un complejo industrial. Si desconocemos esta realidad seguramente pondremos en peligro programas de microseguros de primas muy bajas que, además de las particularidades de su distribución, podrían tornarse inviables en términos económicos y operativos, generando privación de mecanismos de amparo para la población, en lugar de bienestar al consumidor.

A este respecto, consideramos viable aceptar la implementación de múltiples mecanismos de información a los tomadores, tales como la labor de información y consejo de los intermediarios de seguros, cuya selección, por expresa disposición legal, es competencia del tomador del seguro. Igualmente, serían válidos otros mecanismos tales como la descripción de coberturas y exclusiones en las piezas de promoción de los productos, así como la publicación de las explicaciones y clausulados en las páginas Web de las aseguradoras.

Por último, es imperativo expresar que la exigencia de la entrega previa del clausulado no puede significar que el contrato de seguro, cuya naturaleza es consensual, haya mutado a un contrato solemne. En nuestro sentir, el contrato de seguro, aún en

vigor la nueva ley, nace por el intercambio de consentimientos entre las partes, es decir, continúa siendo consensual en los términos en que lo estableció la Ley 389 de 1997 que modificó el Código de Comercio en este asunto.

El problema que se plantea es otro muy distinto, pues la norma penaliza con la ineficacia las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados por este artículo. ¿Será entonces que por no haberse entregado previamente el clausulado el contrato de seguro como un todo será ineficaz? La respuesta debe ser negativa, ya que el artículo 37 mezcla requisitos que se predicán de las condiciones generales, pero también se refiere a conductas del proveedor o del asegurador, las cuales no deberían dar lugar a la ineficacia del contrato. En realidad se trataría de una conducta que infringe un deber cuya consecuencia no debe afectar al contrato, sino dar lugar a una eventual consecuencia en el terreno de las sanciones administrativas, tal y como acontece con las prácticas abusivas. La cuestión enunciada muestra la falta de técnica jurídica de la nueva norma.

#### **6.1.2 Las aseguradoras deberán informar el precio al público (art. 26 EC - art. 7 lit. o. y art. 9 Ley 1328/09)**

Un segundo deber en el período precontractual se refiere a la información que deben suministrar las aseguradoras en relación con el precio al público.

Los dos estatutos se refieren a este deber. La Superintendencia Financiera, mediante la Circular Externa 038 de 2011 impartió instrucciones sobre el particular.

A diferencia de lo que puede acontecer con otro tipo de bienes y servicios, en seguros la información acerca de los precios puede ser de difícil implementación, ya que no se trata simplemente de informar una suma en dinero o una tasa, sino que en muchos casos la estructura de las tarifas comprende un sinnúmero de variables, todo lo cual se traduce en un esquema de precios muy complejo de informar.

## **6.2 Información en la etapa contractual**

Durante la etapa contractual las aseguradoras también tienen deberes en relación con los consumidores de seguros.

#### **6.2.1 Las aseguradoras deben suministrar al consumidor información clara, suficiente, cierta y oportuna sobre sus derechos y obligaciones (art. 23 EC - art. 3, lit. c. y art. 9 Ley 1328/09)**

Conforme a la Ley 1328 de 2009, las aseguradoras y los intermediarios deben informar al consumidor de seguros sobre el alcance de las coberturas y condiciones contractuales.

La víctima en un seguro de responsabilidad es un consumidor y tiene derecho a obtener la información sobre la póliza.

### **6.2.2 Las aseguradoras deben informar la modificación unilateral del valor asegurado (art. 23 EC)**

El Estatuto del Consumidor incorporó una norma particular que permite al asegurador la modificación unilateral del valor asegurado, en los siguientes términos: “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 (30) días siguientes”.

La nueva norma es difícil de entenderse, ya que en la regulación del contrato de seguro la compañía no podía unilateralmente incrementar o disminuir el valor asegurado, pues ello requería acuerdo expreso entre las partes. No es claro entonces que una ley que pretende proteger al consumidor atribuya este tipo de facultades al asegurador.

Indagando con algunas personas que estuvieron cerca en el trámite legislativo, se pudo establecer que lo que pretendía el legislador era regular el valor de las indemnizaciones en los seguros, en particular de automóviles, con el propósito de que la indemnización fuese equivalente al valor asegurado y que en caso de que ello no fuese así se redujera el respectivo valor con la consecuente devolución de prima.

No obstante el deseo del legislador, la norma dice una cosa muy distinta, ya que se refiere exclusivamente al valor asegurado y no al monto indemnizable, razón por la cual esta nueva disposición no producirá los efectos que pretendía el legislador.

## **7. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS**

La Ley 1328 de 2009 no consagró reglas especiales de interpretación de los contratos en relación con el consumidor financiero, por lo que era menester recurrir a las normas previstas en el Código Civil, conforme a las cuales las cláusulas confusas se interpretarán en contra de aquella parte que las impuso y las cláusulas claras que reflejan la voluntad de los contratantes deberán aplicarse tal cual son.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha construido una línea jurisprudencial en cuanto al contrato de seguro, conforme a la cual su interpretación, aún en aquellos casos de ser considerado un contrato de adhesión, debe ceñirse a los mandatos del Código Civil, destacándose que la interpretación en favor del asegurado procederá solo respecto de las cláusulas impuestas por el asegurador que sean oscuras. Son ilustrativas las sentencias de 29 de enero de 1998, exp. 4894, 24 de mayo de 2005, exp. 7495, 27 de agosto de 2008, exp. 14171 y 19 de diciembre de 2008, exp. 00075-01.

Sin embargo, la orientación descrita al parecer tomó un rumbo diferente en la sentencia de 4 de noviembre de 2009, exp. 1998-4175-01, en la cual la Sala Civil se inclinó, tratándose de contratos de adhesión, por una regla general de interpretación con ingredientes adicionales e inclinada hacia el consumidor:

*En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore).*

El nuevo Estatuto del Consumidor (art. 34) señala que: “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”.

De esta manera se rompe la regla tradicional según la cual las cláusulas claras se aplican en su tenor literal y solo las cláusulas confusas se interpretaban contra quien las impuso.

## 8. REGLAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Tanto la Ley 1328 de 2009 como el nuevo Estatuto del Consumidor coinciden en forma cercana en definir los contratos de adhesión. Son aquellos en los cuales el productor o proveedor (en nuestro caso la compañía de seguros) elabora unilateralmente su texto y cuyas cláusulas no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes. Según se dijo, no son contratos de adhesión aquellos redactados e impuestos unilateralmente por el tomador frente al asegurador.

En el cuadro siguiente se sintetizan en paralelo los principales aspectos relativos a los contratos de adhesión previstos en la Ley 1328 de 2009 y en el nuevo estatuto.

<b>Asunto contractual</b>	<b>Nuevo EC</b>	<b>Ley 1328-2009</b>
Definición de contrato de adhesión (son similares)	Art. 5 núm. 4.	Art. 2, lit. f.
Requisitos de los contratos de adhesión (son similares)	Art. 37	Art. 9 EOSF



*Continuación cuadro*

Entrega anticipada del clausulado cobertura, exclusiones y garantías	Art. 37, con explicación de la	N/A
Sanción con ineficacia de las condiciones que no cumplan requisitos	Art. 37	EOSF
Cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato de seguro	Arts. 38 y 23	N/A. normas generales. Revocación permitida por la ley
Obligación de entrega de constancia del contrato del Código de Comercio	Art. 39	Art. 1046
Constancia de aceptación del adherente a las condiciones generales	Art. 39	N/A. Art 1057

Ya nos hemos referido a dos normas especiales sobre seguros incorporadas en el Estatuto del Consumidor: entrega anticipada del clausulado y cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato de seguro.

El artículo 39 del estatuto dispone que tratándose de contratos de adhesión el productor o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de operación al consumidor a más tardar dentro de los tres días siguientes a la solicitud. Nuestro sentir es que dicha norma no es aplicable al contrato de seguro por cuanto existe una norma especial en el artículo 1046 del Código de Comercio, al tenor de la cual el asegurador tiene la obligación de entregar la póliza de seguro al tomador, sin que medie solicitud para ello, dentro de los quince días siguientes a su celebración.

Ahora bien, el citado artículo 39 del Estatuto del Consumidor agrega que el productor o proveedor deben dejar constancia de la aceptación de las condiciones generales. También indica que el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales deberá cumplirse con lo previsto en el mencionado artículo. En materia de seguros existe una norma expresa conforme a la cual para la validez del contrato basta la firma de asegurador (artículo 1057, numeral 10, del Código de Comercio) y si tenemos en cuenta que hay que entregar el clausulado previamente a la celebración del contrato, pensamos que tal constancia resultaría redundante.

Finalmente, las reglas sobre contratos de adhesión se refieren tanto a cláusulas como a conductas contractuales. El nuevo Estatuto del Consumidor adolece de falta de técnica jurídica, pues mezcla las cláusulas con las conductas y las penaliza con ineficacia, exponiendo a todo el contrato a dicha sanción, con lo cual se privaría al asegurado de la respectiva protección. La ineficacia debe ser la consecuencia exclusiva del incumplimiento de requisitos de las condiciones generales.

## 9. CLÁUSULAS ABUSIVAS

La prohibición de cláusulas abusivas es un elemento medular en el derecho del consumidor, que se añade al mecanismo de protección original en favor del consumidor consistente en tener como ineficaces todas aquellas cláusulas que contravengan las normas legales.

En efecto, pueden existir cláusulas que cumplen con el test de legalidad, pero sin embargo deben sustraerse de la relación contractual por ser abusivas.

Hemos dicho que tanto la Ley 1328 de 2009 como el nuevo Estatuto del Consumidor se refieren a las cláusulas abusivas, por lo cual se presentará una breve referencia a su regulación.

### 9.1 Definición (art. 42 EC)

La Ley 1328 de 2009 prohíbe las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con el consumidor financiero, pero omite incorporar una definición. El literal e. del artículo 7 hace alusión a la prohibición de convenir cláusulas "... que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual".

Por su parte, el artículo 42 del nuevo Estatuto del Consumidor define las cláusulas abusivas como "...aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza".

Como se puede apreciar, el eje central de la noción de cláusula abusiva gravita en el desequilibrio. Esta es la orientación, por ejemplo, de la definición prevista en Europa por la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Su artículo 3 afirma que "Se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Ahora bien, es interesante mencionar que el artículo 4 de la citada Directiva sustrae la relación producto/precio del carácter abusivo en un contrato, en los siguientes términos: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

En sus considerandos, la Directiva contempla una explicación de este asunto con una explícita referencia al contrato de seguros, así:

*Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.*

Sin duda alguna, el nuevo Estatuto del Consumidor al no delimitar la noción de carácter abusivo del contrato en cuanto a la relación producto/precio, generará múltiples interrogantes y profundas discusiones en todas las relaciones de consumo y, por supuesto, en lo que se refiere al contrato de seguro.

Es más, la propia definición del Estatuto del Consumidor permite adentrarse en todos los detalles y particularidades de la relación contractual, a fin de determinar si la cláusula ostenta carácter abusivo.

En consideración a que la Ley 1328 de 2009 no prevé una definición de cláusulas abusivas, la doctrina y la jurisprudencia posiblemente se inclinarán por llenar este vacío con la definición del nuevo Estatuto del Consumidor. La sentencia de la Corte suprema de Justicia, Sala Civil, de 14 de diciembre de 2011, exp. No. 01489-01, citada anteriormente, ya se pronunció en tal dirección.

En el escenario descrito, la situación para los seguros plantea el interrogante en torno a si puede considerarse abusiva una cláusula que defina el riesgo asegurado. En nuestro criterio, son útiles las enseñanzas derivadas del derecho europeo, en el cual lo fundamental reside en que la nota técnica del respectivo seguro haya cuantificado exclusivamente los riesgos contemplados en la póliza. En otras palabras, lo esencial consiste en que el equilibrio técnico de un seguro será determinado con base en la estimación del riesgo asegurado en la nota técnica, que es el instrumento que desde el punto de vista legal y empresarial define los riesgos y los cuantifica para su asunción por parte del asegurador.

## **9.2 Prohibición**

La Ley 1328 de 2009, en su artículo 11 prohíbe las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, norma de carácter especial frente al Estatuto del Consumidor, el cual, igualmente, las prohíbe en los contratos entre productores y consumidores (arts. 42 y 43).

### 9.3 Efectos

Siguiendo la tendencia moderna, las cláusulas que sean calificadas como abusivas se repuntarán ineficaces (artículo 11, parágrafo, de la Ley 1328 de 2009). En otras palabras, se tendrán por no escritas.

### 9.4 Tipología

En el derecho del consumo usualmente se utilizan las denominadas “listas negras”, o sea los listados que ejemplifican tipos de cláusulas que se consideran abusivas, las cuales facilitan la aplicación de este mecanismo de protección al consumidor.

La Ley 1328 de 2009, tal y como se explicó anteriormente, prevé cuatro tipos de cláusulas abusivas y la potestad para la Superintendencia Financiera de establecer previamente y con carácter general otros tipos de cláusulas abusivas.

El Estatuto del Consumidor incorpora catorce tipos, sin facultad para la Superintendencia de Industria y Comercio para adicionar otros tipos de cláusulas abusivas.

La pregunta que surge es si esos catorce tipos de cláusulas abusivas que prevé el nuevo Estatuto del Consumidor se aplican también en relación con el consumidor financiero y de seguros. Si nos atenemos estrictamente a la redacción de la norma especial la respuesta sería negativa, pero si damos aplicación a la interpretación normativa en favor del consumidor y a la regla de interpretación analógica definida por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 14 de diciembre de 2011 a la cual ya nos referimos, la respuesta podría ser positiva. En consecuencia, sería muy importante que la Superintendencia Financiera actualizara la Circular Externa 039 de 2011 en materia de cláusulas abusivas en el ámbito del contrato de seguros.

Enseguida haremos referencia a dos cláusulas sobre las cuales han surgido múltiples inquietudes respecto de si tienen realmente carácter abusivo: la cláusula compromisoria y la cláusula de renovación automática.

### 9.5 Cláusula compromisoria

Si nos atenemos a los artículos 4 y 43 (numeral 12) del nuevo Estatuto del Consumidor la cláusula compromisoria tendría carácter abusivo. Se aceptan los métodos alternativos de solución de conflictos solo después de surgida la controversia entre el consumidor y el proveedor o productor.

La Ley 1328 de 2009 no prevé la cláusula compromisoria como abusiva en el contrato de seguro. Sin embargo, la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera, en una redacción confusa, ejemplifica dentro de las cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros “...las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo

alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas”. Nótese que la cláusula compromisoria, en rigor, no impide utilizar otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como el arreglo directo, la conciliación o la amigable composición. En tal virtud, es altamente conveniente que la Superintendencia Financiera imparta las instrucciones destinadas a aclarar si esta cláusula es o no abusiva.

En todo caso, es esencial tener presente que en el ámbito financiero y de seguros las prohibiciones de cierto tipo de cláusulas se aplican única y exclusivamente a los contratos de adhesión, los cuales, recordamos, son elaborados por las entidades vigiladas y sus cláusulas no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad. En este orden de ideas, la cláusula compromisoria cuyo texto es elaborado por el tomador, o de consuno entre tomador y asegurador, o cuyo texto es discutido entre las partes será enteramente válida a la luz de la norma especial contenida en la Ley 1328 de 2009<sup>10</sup>.

Mención especial amerita la cláusula compromisoria que se pacte en el seguro de responsabilidad, por cuanto si la víctima demanda al asegurado responsable en la jurisdicción ordinaria y este llama en garantía a la aseguradora, la cláusula compromisoria impediría la protección de los derechos del asegurado, ya que la compañía de seguros la invocaría como excepción con el propósito de evitar ser vinculada a dicho proceso. En nuestra opinión, en los seguros de responsabilidad la cláusula compromisoria que se pacte entre el tomador y el asegurador debe prever la excepción para que el asegurado pueda llamar en garantía, en cualquier caso, al asegurador independientemente del proceso de que se trate. De lo contrario se tornaría en abusiva.

## 9.6 Cláusula de renovación automática

Asimismo, se han generado inquietudes sobre la viabilidad de pactar cláusulas de renovación automática en los contratos de seguro.

A la luz del nuevo Estatuto del Consumidor sería abusiva la cláusula que impide al consumidor dar por terminado el contrato (art. 43, numeral 14).

Con base en la Ley 1328 de 2009 es práctica abusiva si se renueva el contrato sin solicitud o autorización expresa del consumidor (art. 12, lit. b.).

Una interpretación mesurada y objetiva de las disposiciones transcritas permitiría concluir que una cláusula de renovación automática informada y acordada con el tomador de un seguro no es abusiva. Por el contrario, es un mecanismo que garantiza la permanencia de la protección en favor del asegurado.

10 Es ilustrativa la explicación dada por CARLOS IGNACIO JARAMILLO acerca de la inconveniencia de rechazar de tajo la cláusula compromisoria en el contrato de seguro, en su libro *Solución alternativa de conflictos en el seguro y el reaseguro*, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA, Bogotá, 1998, pág. 294.

En efecto, las cláusulas de renovación automática en el contrato de seguros no le impiden al consumidor dar por terminado el contrato, ya que durante su ejecución cuentan con la potestad de revocar unilateralmente el contrato de seguro. Adicionalmente, la renovación de los contratos de seguro obedece a autorizaciones expresas del tomador del seguro y no a conductas arbitrarias de las compañías de seguros.

## **10. OPERACIONES NO TRADICIONALES O A DISTANCIA Y COMERCIO ELECTRÓNICO**

El nuevo Estatuto del Consumidor contiene una serie de normas que regulan las operaciones no tradicionales o a distancia y el comercio electrónico, las cuales revisten especial importancia en materia de seguros, razón por la cual haremos alusión a las mismas.

Dicha referencia adquiere mayor relevancia en la medida en que las normas especiales sobre seguros no comprenden una regulación especial sobre la materia.

### **10.1 Operaciones no tradicionales o a distancia**

Las operaciones no tradicionales o a distancia se definen como aquellas realizadas en la residencia del consumidor o fuera del establecimiento comercial o las realizadas sin contacto con el producto: correo, teléfono, catálogo, correo electrónico, etc.

Al igual que la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros y de seguros en Europa, el nuevo Estatuto del Consumidor establece el derecho de retracto a favor del consumidor, el cual se puede ejercer dentro de los cinco días siguientes a la celebración del contrato (salvo que haya iniciado vigencia). En tal caso el contrato se resuelve y el precio se restituye.

Según la Directiva a la que hemos hecho referencia, el derecho de retracto opera para los seguros en general en catorce días o en treinta días si es un seguro de vida.

### **10.2 Operaciones de comercio electrónico**

Igualmente, el nuevo estatuto establece obligaciones especiales para proveedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos por medios electrónicos.

## **11. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS - ATRIBUCIÓN DE FACULTADES JURISDICCIONALES A LAS SUPERINTENDENCIAS**

Una de las principales innovaciones del nuevo Estatuto del Consumidor es el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia

para la resolución de controversias que se susciten entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, relacionadas con las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

El nuevo estatuto, de la misma forma, confiere facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>11</sup>, dirigidas al conocimiento de las acciones de protección al consumidor en general, con excepción de los asuntos de responsabilidad por daños por productos defectuosos, las cuales se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.

Igualmente, el nuevo estatuto dispone que los procesos que versen sobre violación de los derechos de los consumidores establecidos en normas especiales o generales en todos los sectores de la economía se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, teniendo en cuenta una serie de normas especiales de procedimiento consagradas en el citado estatuto. Las aludidas normas de procedimiento serán aplicables por parte de las superintendencias o del juez competente.

### 11.1 Legitimación en la causa activa

La legitimación en la causa activa se circunscribe exclusivamente al consumidor de seguros, por cuanto el artículo 57 de la ley preceptúa que los consumidores podrán acudir, a su elección, a la Superintendencia Financiera de Colombia para someter a su conocimiento los conflictos derivados de las relaciones con las entidades vigiladas.

En consecuencia, las compañías de seguros carecen de legitimación en la causa activa para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior no obsta para que las compañías propongan todas aquellas excepciones que permitan la defensa de sus derechos (incluidas aquellas que también pueden ser invocadas como acción, tal y como acontece con la nulidad relativa derivada de la reticencia o la inexactitud en la declaración de asegurabilidad y con la prescripción).

En cuanto a la posibilidad para que el asegurador ejerza una demanda de reconvencción, se presenta el obstáculo contenido en el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual dicha demanda procede si el juez tiene competencia para conocer el caso. Dado que la Superintendencia Financiera de Colombia carece de facultades para asumir asuntos por iniciativa del asegurador, la consecuencia será que dicha entidad, en su calidad de juez, rechazará las demandas

11 El artículo 145 de la Ley 446 de 1998, inicialmente había conferido facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor (ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios), la cual fue declarada exequible por la sentencia C-1071 de 2002 de la Corte Constitucional, con la condición de que el funcionario que ejerza tales funciones sea independiente e imparcial frente al ejercicio de la función administrativa.

de reconvencción. Para confrontar esta posición podrían tomarse en consideración los principios generales del proceso, en particular el de economía procesal.

Otra cuestión se refiere a la posible intervención de terceros en el proceso, bien sea por llamamiento en garantía o denuncia de pleito o, en el caso de seguro de responsabilidad civil, cuando la víctima ejerce la acción directa contra el asegurador y se requiera la citación forzosa del asegurado para que se produzca previamente una decisión en torno a si existe o no responsabilidad civil en su cabeza, para luego, con base en tal decisión, dirimir las relaciones jurídicas derivadas de un contrato de seguro de responsabilidad.

## 11.2 Partes

El nuevo Estatuto del Consumidor delimita la competencia de la Superintendencia Financiera a las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.

La primera categoría comprende a tomadores, asegurados y beneficiarios, mientras que el segundo concepto se refiere a compañías de seguros y a corredores de seguros.

Debe anotarse que existen otros partícipes en la intermediación de seguros, tales como las agencias de seguros y los agentes, los cuales no se encuentran vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual si el consumidor financiero dirige su acción exclusivamente en contra de estos intermediarios la Superintendencia Financiera no tendrá facultades para asumir el conocimiento del respectivo conflicto. Cosa distinta es que el consumidor de seguros ejerza la respectiva acción contra la compañía de seguros, por actos de la agencia o de la gente, por los cuales aquella sea responsable, caso en el cual, evidentemente, la Superintendencia Financiera sí tendría plenas facultades jurisdiccionales.

## 11.3 Asuntos comprendidos

La Ley 1480 de 2011 otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera en relación con todos los asuntos contenciosos que se susciten entre los consumidores de seguros y las entidades vigiladas y que se refieran a las obligaciones asumidas por las compañías de seguros (o por el corredor de seguros) con ocasión de la actividad aseguradora (o de la actividad del corredor), derivadas de obligaciones contractuales o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Lo dicho quiere decir que podrán someterse a consideración de la Superintendencia Financiera de Colombia las controversias que se originen en cualquier tipo de contrato de seguro o de relaciones de seguros (las relaciones de aseguramiento no surgen necesariamente del contrato de seguro, sino que tienen otras fuentes tales como las legales y reglamentarias, cuyos principales ejemplos operan en el sistema de seguridad social).



En este orden de ideas, un conflicto en torno de un contrato de seguro típicamente privado y comercial, como lo sería un seguro de automóviles, hogar o industrial, o también asuntos relativos al sistema de seguridad social, tales como los que conciernen al sistema de riesgos profesionales, podrán ser sometidos por el consumidor financiero ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por razón de la cuantía la norma no excluye ningún asunto, lo cual significa que cualquier asunto contencioso sin importar la cuantía podrá ser sometido a la decisión de la Superintendencia Financiera, a elección del consumidor de seguros.

La cuantía es relevante exclusivamente para determinar cuestiones eminentemente procesales, pues dependiendo de ella la Superintendencia conocerá en única o en primera instancia. Al respecto téngase en cuenta que la segunda instancia que resulte aplicable a una decisión de la Superintendencia Financiera deberá surtirse ante la jurisdicción ordinaria. En otras palabras, como prevé la ley, se creará un área independiente en la superintendencia para asumir las citadas funciones jurisdiccionales, pero ello no significa que la segunda instancia corresponda al superintendente financiero.

#### **11.4 Asuntos excluidos**

Se excluyen del conocimiento de la facultad jurisdiccional de la Superintendencia Financiera, por norma expresa de carácter especial, los procesos ejecutivos, así como las acciones laborales (artículo 57 inciso tercero).

Igualmente, estarán excluidas por efectos del parágrafo del artículo 56 de la ley (que es aplicable en general a todas las acciones de protección al consumidor), las acciones populares y de grupo, lo cual quiere decir que las mismas continuarán siendo competencia de la jurisdicción respectiva.

#### **11.5 Fallo**

El artículo 57 del nuevo Estatuto del Consumidor, al atribuir las facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia, establece que dicha facultad consiste en solucionar los conflictos para que sean “fallados en derecho”.

De la disposición transcrita no quedaría duda que las actuaciones de la Superintendencia Financiera equivalen a una función jurisdiccional para decidir en estricto derecho. Sin embargo, la ley presenta, entre otros errores de técnica jurídica, una contradicción en el artículo 58 que regula las particularidades del procedimiento verbal, por cuanto en el literal g. menciona que tanto el juez como la Superintendencia de Industria y Comercio resolverán sobre las pretensiones de la forma que consideren más justa, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultra petita*. Esta norma sería en principio aplicable al procedimiento de la Superintendencia Financiera, pero dada la existencia de una norma especial que establece que el fallo será en derecho, nos inclinamos a pensar que este debe ser el criterio rector de sus decisiones.

## 11.6 Procedimiento

El artículo 58 del nuevo estatuto incorpora una serie de reglas especiales aplicables al procedimiento verbal y sumario que deberán seguir las superintendencias y los jueces en los procesos que versen sobre violación de los derechos de los consumidores.

Es necesario mencionar la creación de un nuevo requisito de procedibilidad para que el consumidor ejerza la acción, consistente en la reclamación directa que debe ser hecha por el consumidor ante el productor y/o proveedor, la cual podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente.

Con lo anterior se reforma totalmente el requisito de procedibilidad que funcionaba hasta hoy en día, referido al agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial (artículo 35 de la Ley 640 de 2001, reformado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010). No obstante, la nueva ley precisa que se dará por cumplido el requisito de procedibilidad de reclamación directa cuando se presente el acta de audiencia de conciliación de cualquier centro de conciliación.

Destacamos que esta reclamación tiene por finalidad permitir al consumidor que considera que su derecho ha sido vulnerado poner en conocimiento del productor tal circunstancia para que este tenga la oportunidad de examinar la situación y dar una respuesta. En otras palabras, es preciso que exista previamente una situación anómala para el consumidor frente a la cual se formule la reclamación. Mientras no exista dicha vulneración o afectación del derecho del consumidor la reclamación carece de sentido.

El productor o el proveedor deben dar respuesta a la reclamación del consumidor dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la misma. Si el productor o proveedor se niegan a recibir una reclamación, tal conducta será apreciada como indicio grave en su contra. El mismo efecto se producirá si el productor o proveedor no dan respuesta en el término fijado por la ley.

En el régimen original y especial del contrato de seguro el asegurado tiene la carga de demostrar el siniestro y su cuantía, al paso que al asegurador corresponde probar los hechos excluyentes de su responsabilidad (artículo 1077 del Código de Comercio). El mecanismo para que el asegurado acredite su derecho consiste en la reclamación regulada en los artículos 1053 y 1080 del mismo código.

En este esquema el asegurador debe pagar el siniestro dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación o debe objetar la misma con base en razones serias y fundadas. En caso que el asegurado haya acreditado su derecho y el asegurador no adopte ninguna conducta, el efecto jurídico que se presenta es que el asegurador incurre en mora y la respectiva póliza de seguro prestará mérito ejecutivo contra el asegurador.

¿Quiere decir entonces que estaremos en presencia de dos reclamaciones diferentes? ¿La primera correspondiente al reconocimiento de la indemnización conforme al marco del Código de Comercio y la segunda destinada a cumplir el requisito de procedibilidad para ejercer la acción de protección al consumidor de seguros? ¿En caso de ser diferentes, son actuaciones simultáneas o sucesivas?

Luego de meditar con detenimiento este asunto creemos que la reclamación del asegurado regida por el Código de Comercio es una regla de carácter especial que continúa en pleno vigor, a pesar de la coincidencia con la denominación utilizada por el Estatuto del Consumidor.

La razón que explica tal aseveración es que, en rigor, la naturaleza y finalidad de cada una de las figuras es diferente.

En efecto, la reclamación de la indemnización derivada de un contrato de seguro es, en realidad, una solicitud ante el asegurador, sin que previamente haya existido una situación anómala que amerite una queja del asegurado contra el asegurador.

Una vez ocurrido el siniestro, la ruta normal para que el asegurado perciba la protección del seguro vía la indemnización es la solicitud de pago con los soportes probatorios del caso. De ser procedente tal pedimento para el asegurador, la respuesta será positiva, con lo cual el asegurado habrá satisfecho su derecho y no tendrá sentido ninguna actuación ulterior.

Pero si la respuesta no satisface la expectativa del asegurado, surge entonces la posibilidad para que formule una reclamación ante el asegurador con base en el Estatuto del Consumidor en la cual exprese los motivos de inconformidad.

Bajo esta óptica estaríamos en presencia de dos reclamaciones diferentes.

La primera regida por el Código de Comercio, con sus requisitos, características y efectos propios: prueba del siniestro y cuantía a cargo del asegurado o beneficiario, plazo de un mes para pagar u objetar, constitución en mora del asegurador y mérito ejecutivo de la póliza de seguro.

La segunda, si el asegurado o beneficiario no están de acuerdo con la respuesta del asegurador, corresponde al mecanismo del reclamo con base en el Estatuto del Consumidor, que en el fondo le permitirá al consumidor formular una solicitud de reconsideración, cuyos requisitos y efectos son los contemplados en el Estatuto del Consumidor.

En síntesis, son dos actuaciones diferentes que se suceden en el tiempo. Primero es menester agotar el procedimiento del Código de Comercio y luego, de ser necesario, recurrir al trámite consagrado en el Estatuto del Consumidor.

## 11.7 Facultad sancionatoria adicional

El nuevo Estatuto del Consumidor, a nuestro modo de ver, en forma inapropiada dispone en el numeral 10 del artículo 57 que si la decisión final es favorable al consumidor, las superintendencias y los jueces podrán imponer al productor o proveedor, además de la condena que corresponda, una multa de hasta 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la superintendencia. Dicha sanción se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento, la renuencia a cumplir con las obligaciones legales y las demás circunstancias.

La norma agrega que la multa no procederá si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. Así mismo, la misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria.

La introducción de facultades sancionatorias a cargo del juez en el 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 sancionatoria es completamente extraña.

Por otro lado, las condenas adicionales en contra de las entidades vinculadas a título de sanción no se impondrán en favor del consumidor financiero, por lo cual no podrían ser asimiladas a lo que en el derecho anglosajón se denominan daños punitivos (sumas de dinero reconocidas al demandante por la conducta reprochable del demandado, en adición a la indemnización de los perjuicios). Se trata de típicas sanciones administrativas, es decir, multas en favor de la entidad pública, cuyo ámbito es diferente a la resolución de un conflicto específico derivado del contrato.

En nuestro sentir, este es un ingrediente inconveniente que será contraproducente en el nuevo esquema de facultades jurisdiccionales a cargo de entidades administrativas.

## 11.8 Precisiones en cuanto al seguro de responsabilidad

Un último tema que amerita ser mencionado se refiere al manejo de los casos de seguros de responsabilidad, los cuales están llamados a cubrir los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado a una víctima con motivo de una determinada responsabilidad.

Recordemos que un pronunciamiento sobre el seguro de responsabilidad en contra del asegurador requiere previamente de un análisis sobre la responsabilidad del asegurado y la cuantificación de los respectivos perjuicios, luego de lo cual será necesario verificar que dicha responsabilidad se encuentre efectivamente cubierta en el contrato de seguro.

En este contexto, ¿qué ocurriría si la víctima ejerciera la acción directa en contra de la compañía de seguros sin vincular al proceso al asegurado responsable? ¿Podrá la Superintendencia Financiera condenar a la aseguradora sin citar al responsable?

Del mismo modo, ¿podrá la víctima demandar ante la Superintendencia Financiera tanto al responsable como al asegurador para que en un solo proceso se resuelvan todas las controversias?

El asunto es muy complejo y tiene relación con la intervención de terceros en el proceso y el alcance del fuero de atracción que tendría la Superintendencia Financiera en orden a dirimir los conflictos y proteger los derechos de los consumidores financieros.

## 12. REFLEXIONES FINALES

La revisión preliminar que hemos efectuado en este documento nos lleva a plantear las siguientes reflexiones, dirigidas todas ellas, con sentido constructivo, a lograr la debida aplicación de las normas, con criterios de equilibrio y razonabilidad:

- Ante todo debemos registrar que por falta de técnica jurídica y por la complejidad del asunto se generan una gran cantidad de interrogantes, situación que, a su turno, produce un alto grado de incertidumbre para consumidores, intermediarios y aseguradoras.
- Para contribuir a dilucidar los interrogantes es elemento fundamental la reglamentación que expida el Gobierno Nacional mediante decretos y las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia. Al respecto es ineludible que las Circulares Externas 038 y 039 de 2011 se ajusten para tomar en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 1480 de 2011.
- El conjunto de normas a que hemos hecho referencia se caracterizan por una tendencia proteccionista del consumidor, sin tener en cuenta que en ocasiones existen consumidores con capacidad de negociación o incluso con poder suficiente para imponer a las aseguradoras las condiciones contractuales. Lastimosamente, la regulación no tuvo en cuenta la situación descrita.
- 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 o complementó algunas 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.
- Las enseñanzas internacionales y las experiencias de otros países deben ser útiles para ayudar a entender y aplicar las nuevas normas. Esto es particularmente dicente para comprender el alcance de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, en particular respecto de la delimitación del riesgo asegurado. La naturaleza técnica de la operación de seguros y el equilibrio entre el riesgo asegurado y la prima calculada en la nota técnica son elementos cardinales en esta materia.
- Para terminar, no podemos dejar de mencionar nuestra expectativa en cuanto a las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, no solo por el reto de administrar justicia en todo el territorio nacional y de hacerlo de manera más eficiente, ágil y técnica, sino por la manera como va a ser ejercida la nociva mezcla de funciones de juez con potestades para imponer multas de tipo administrativo en relación con los mismos casos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación nacional

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF.

### Jurisprudencia nacional

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2005, exp. No. 1999-04421-01.
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 2 de febrero de 2001, exp. No. 5670 y de 4 de noviembre de 2009, exp. No. 1998-4175-01.
3. Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 7 de febrero de 2007, exp. No. 1999-00097-01 y de 30 de abril de 2009, exp. No.1999-00629-01.
4. Corte Constitucional, sentencias C-409 de 2009 y C-640 de 2010.
5. Corte Constitucional, sentencia C-409 de 2009.