

Impacto de la ley 1480 de 2011: estatuto del consumidor en el sector asegurador colombiano*

SEBASTIÁN MEJÍA ARAMBURO**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. Breve recuento normativo proteccionista en el contrato de seguro
2. Breve recuento de protección a los consumidores financieros en el ámbito internacional
 - 2.1 Estados Unidos de América
 - 2.2 Unión Europea
 - 2.3 Chile
 - 2.4 Ecuador
 - 2.5 México
3. Objeto y ámbito de aplicación de la ley 1480 de 2011
4. Normas que impactan en el contrato de seguro
 - 4.1 Condiciones negociales generales y de los contratos de adición
 - 4.1.1 Entrega Anticipada del Clausulado
 - 4.1.2 Explicación del alcance de la cobertura, exclusiones y garantías
 - 4.2 Cláusulas abusivas

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2014
Fecha de aceptación: Octubre 27 de 2014

* El presente artículo de investigación desarrolla la incidencia de la regulación del estatuto del consumidor frente a la suscripción de los contratos de seguro en Colombia, haciendo referencia a la protección de los consumidores financieros en otros países.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Responsabilidad y Seguros de la Universidad EAFIT. Especialista en Derecho de los Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo: smeja@sura.com.co

- 4.3 Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera
 - 4.3.1 Legalidad de las facultades jurisdiccionales
 - 4.3.2 Aspectos bajo competencia de la superintendencia financiera
 - 4.3.3 Aspectos especiales del trámite procesal
- 5. Estado de cosas y conclusiones

RESUMEN

El contrato de seguro a pesar de tener regulación especial de protección a los consumidores financieros en la ley 1480 de 2011, estatuto general de protección a los consumidores, incorporó normas que, de manera directa algunas y de manera indirecta otras, generan un gran impacto en él y en el sector asegurador en general.

Uno de los principales cambios que introduce el Estatuto del Consumidor radica en el deber de información que deben tener las aseguradoras con los tomadores, cuyo incumplimiento genera efectos bastante drásticos en el contrato. Otro de los principales efectos está dado por la asignación de facultades jurisdiccionales a las Superintendencia Financiera de Colombia, lo cual sin duda ha cambiado el procedimiento, las cuantías y las causas de los procesos que las aseguradoras afrontaban tradicionalmente.

Las cláusulas abusivas, y el aparente conflicto con las normas especiales de protección, la modificación del valor asegurado por parte del asegurador, la comercialización de salvamentos, y el aseguramiento de la Responsabilidad Civil serán otros de los temas a tratar.

Palabras clave: Contrato de Seguro, Estatuto del consumidor, Consumidor financiero, cláusulas abusivas, deber de información, facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

ABSTRACT

Even though the insurance contract has a special regulation, which finality is to protect financial consumers, law 1480 of 2011, otherwise known as the General Statute of Consumer Protection, incorporated a new normativity that directly and indirectly have a great impact on the insurance contract, and the insurance industry in general.

One of the major changes can be seen in the duty of information that is currently an obligation for insurance companies to have with their policy holders. Failure to comply with this creates quite drastic effects on the contract.

Another major impact can be seen in the assignment of judicial power given to the Financial Superintendence of Colombia, which has certainly changed not only the procedure, but also the quantity and causes of the processes that insurance companies have traditionally faced.

In the case of unfair terms, the apparent conflict with the specific rules of protection for financial consumers (as we have mentioned above), the change in the insured value, sales marketing, and Civil Liability will be other topics that will be analyzed further on.

Key words: Insurance Contract, Consumers Statute, Financial consumer, unfair terms, duty of information, judicial powers of the financial superintendence of Colombia.

INTRODUCCIÓN

Con el fin de otorgar herramientas jurídicas modernas y eficaces para la protección de los derechos de los consumidores en general¹, fue promulgado el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011, sancionada el 12 de octubre de ese mismo año, la cual entró en vigencia el 12 de abril del 2012. En ella, se consagra un sistema general de protección a los consumidores así como, una serie de normas que, de forma directa e indirecta, impactan la operación de las compañías aseguradoras.

El contrato de Seguro a pesar de ser ampliamente regulado, entre ellas gran cantidad de normatividad especial de protección a los consumidores financieros², se vio impactada por la entrada en vigencia de esta norma de carácter general, pues como veremos, y a pesar de las discusiones, su ámbito de aplicación no quedó restringido a los sectores de la economía que no contaran con regulación especial.

De esta forma las compañías aseguradoras, de acuerdo con las disposiciones de la ley, deben mejorar la forma en la cual se le brinda información a los candidatos a tomadores, so pena de ineficacia de algunas cláusulas. Para ello, deben ajustar los clausulados de sus contratos con el fin de evitar incorporar cláusulas abusivas, informar cualquier modificación en el valor asegurado de las pólizas, ajustar sus áreas jurídicas con el fin de atender los procesos judiciales que se inicien ante la Superintendencia Financiera, adaptar sus procesos de comercialización de salvamentos con el fin de que esta actividad siga siendo una fuente importante de ingresos, brindando infor-

1 Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 626/10.

2 “Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.” Artículo 2, literal d), ley 1328 de 2009. Declarada exequible mediante sentencia C-909 de 2012.

mación clara a los compradores. Asimismo, deben adaptar sus productos con el fin de brindarles soluciones integrales a sus asegurados en productos empresariales y de responsabilidad civil, entre otros.

Teniendo en cuenta la situación descrita resulta necesario analizar algunas de las implicaciones que tiene esta ley en la operación de las compañías aseguradoras tales como el proceso de suscripción, la potestad de limitar o seleccionar los riesgos, y la asunción de procesos judiciales, para ello, estudiaremos los cambios introducidos en el artículo que regula las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión, el impacto en la regulación de cláusulas abusivas, y el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia.

No se busca abarcar en este escrito todos los temas que se ha debatido impactan en el sector asegurador, tan sólo los que a nuestro juicio consideramos verdaderamente relevantes, y que afectan de cierta forma la operación de las compañías aseguradoras.

1. Breve recuento de la normatividad proteccionista en el contrato de seguro

Desde hace varios años el legislador colombiano y las entidades de control del sector financiero y asegurador, han expedido una gran cantidad normas tendientes a la protección de los consumidores financieros. Así, se encuentra en el código de comercio³, en el cual se establecen una serie de normas de las denominadas imperativas, aquellas que no pueden en ningún caso ser modificadas por las partes. Ejemplos de ellas son el artículo 1065, que obliga al asegurador a rebajar la prima en el evento de disminución del riesgo; el 1075 que regula el término en el cual el asegurado debe dar noticia del aviso del siniestro al asegurador, sin que sea necesario tal aviso cuando el asegurador participe en las labores de salvamento o de ajuste; el 1131, que establece los momentos desde los cuales, en el seguro de responsabilidad civil, deben empezar a contarse los términos de prescripción; el 1142, que establece quiénes serán beneficiarios, y en qué porcentaje, de los seguros de vida cuando el asegurado no designe beneficiarios, o la designación quede sin efecto; el 1144, que establece que en los seguros de vida del deudor, el beneficiario oneroso sólo podrá recibir una suma igual al saldo insoluto de la deuda; el artículo 1154, que le otorga la calidad de créditos de primera clase al de los beneficiarios de un seguro de vida; y, el 1159, que prohíbe la revocación unilateral del contrato de seguro de vida.

Este mismo artículo, el 1162 del código de comercio, establece otra serie de normas de las denominadas dispositivas, que sólo pueden ser modificadas a favor del tomador, asegurado o beneficiario, como, entre otros, el 1064, que regula la forma en que debe declararse el estado del riesgo, y la forma de declarar los cambios que de éste se presenten en los seguros colectivos; el 1067, que regula el lugar para el pago de la prima; el 1069, el cual regula el pago fraccionado de la prima; el 1070, que establece las reglas para calcular la prima devengada por parte del asegurador

3 Decreto 410 de 1971.

en caso de siniestro; el 1071, que reglamenta la revocación unilateral del contrato de seguro, bien sea por parte del tomador o asegurado, o por parte del asegurador; el inciso primero del artículo 1078, el cual establece la reducción del monto de la indemnización por incumplimiento en las obligaciones en caso de siniestro por parte del asegurado o beneficiario; el 1080, el cual regula el término para el pago de la indemnización; el 1093, que regula el deber de dar aviso al asegurador en caso de coexistencia de seguros; los artículos 1106 y 1107, los cuales regulan la transmisión del interés asegurado, por causa de muerte o por transferencia entre vivos; el 1151, que regula el incumplimiento en el pago de la primera prima, o, la primera cuota de la prima en los seguros de vida, y el 1153 que regula la terminación por incumplimiento en el pago de las primas de seguros de vida; y el 1160, que establece la irreducibilidad del seguro de vida después de dos (2) años de perfeccionado el contrato.

Posteriormente la ley 45 de 1990 generó grandes modificaciones al sistema financiero, y al sector asegurador particularmente. Ordenó la compilación normativa por medio de la creación del estatuto orgánico del sistema financiero, reguló el régimen de inversiones de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria⁴. Así mismo, reguló el régimen de pólizas, tarifas, reservas e inversiones, con lo cual se buscaba modernizar el sector financiero con el fin de generar un entorno adecuado para la apertura económica, aumentar su competitividad y eficiencia, expandir las actividades financieras, y proteger, dar confianza y seguridad al mercado⁵. Entre sus mayores avances en materia de protección está el haberle otorgado a la víctima de un asegurado, en responsabilidad civil, la condición de beneficiario de la póliza y por ende la posibilidad de ejercer la acción directa contra el asegurador⁶ y modificar el artículo 1080 del código de comercio disminuyendo el lapso para que el asegurador pague la indemnización, una vez el asegurado haya demostrado la ocurrencia y la cuantía del siniestro, u objete la reclamación⁷, pasando de sesenta (60) días hábiles a un mes.

En el año de 1997, la ley 389 introduce la consensualidad al contrato de seguro como mecanismo de protección a los asegurados por las malas prácticas del sector asegurador. Al respecto el doctor Hernán Fabio López Blanco, al referirse a los motivos que llevaron al cambio de la solemnidad a la consensualidad, dijo: *“No fue otro diverso al de la mala práctica que un sector de la industria aseguradora asumió frente a la ejecución del contrato de seguro amparada en el requisito de la solemnidad pues, ya se advirtió, el contrato se promovió como si fuera consensual, es decir, otorgando el amparo desde el momento mismo en que se ajustaba el consentimiento sobre los aspectos esenciales del contrato y sin importar que la póliza se suscribiera con posterioridad.*

En verdad, desde que ocurría lo primero y mientras se presentaba lo segundo, transcurría un lapso más o menos importante que dependía de la agilidad administrativa de

4 Hoy Superintendencia Financiera, Decreto 4327 de 2005, Art. 1.

5 Anales del Congreso, viernes 23 de noviembre de 1990, página 20 y ss.

6 Artículo 84, ley 45 de 1990.

7 Artículo 80, Numeral 3°, ley 45 de 1990.

cada empresa (un mes en promedio, en ocasiones más tiempo), dentro del cual si no se presentaba el siniestro, la póliza que se elaboraba con base en lo estipulado inicialmente, se expedía con efecto retroactivo a la fecha de emisión del consentimiento; empero, si antes de la expedición y, lo que es más delicado, si con anterioridad, no obstante estar expedida la póliza, a la entrega del documento, se presentaba un siniestro y se presentaba la correspondiente reclamación, la aseguradora objetaba la misma y negaba el pago de la indemnización con el argumento, exitoso por razones contundentes, de que al no estar cumplida la solemnidad, o no poderse probar la misma, no había nacido a la vida jurídica el contrato y, por ende, no existía responsabilidad de su parte.”⁸

La reforma financiera de 1999, ley 510, modificó el artículo 1080 del código de comercio, otorgando después del mes en el cual se acredita la ocurrencia del siniestro y su cuantía un interés moratorio igual a una y media vez el certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria⁹, con lo cual se buscó generar equidad a las entidades aseguradoras, y a los consumidores, pues se evitaba que los intereses moratorios fueran exagerados o insuficientes, dependiendo del estado de la economía y del Índice de Precios al Consumidor.

A su vez, la ley 795 de 2003 estableció que la información referente a los activos y al patrimonio de las compañías vigiladas no está sujeta a reserva, con el fin de que los usuarios de éstas puedan tener elementos de juicio claros y objetivos para escoger la mejor opción¹⁰. Así mismo, se crea la figura del defensor del cliente, y se proscribe la utilización de cláusulas exorbitantes que puedan afectar el equilibrio del contrato, o que den lugar a un abuso de posición dominante¹¹. Estas normas posteriormente fueron derogadas por la ley 1328 de 2009, con el fin de reforzar la figura de los defensores, y el régimen de cláusulas y prácticas abusivas.

Finalmente encontramos la ley 1328 de 2009 la cual nos atrevemos a denominar como “El Estatuto de Protección al Consumidor Financiero”, en donde se regula la definición de consumidor financiero¹², se establecen los derechos y obligaciones de los consumidores y de las entidades vigiladas¹³, se crea el sistema de atención al consumidor financiero - SAC¹⁴, se regula la información mínima que debe dársele al consumidor

8 López Blanco, Hernán, “Implicaciones de la consensualidad en el contrato de seguro, luego de la reforma introducida en Colombia por la ley 389 de 1997”. Revista Ibero-Latino Americana de Seguros. Edición 12. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá – Colombia. Página 239 y Ss.

9 Hoy Superintendencia Financiera de Colombia. Véase: Art. 1 del Decreto 4327 de 2005

10 Ley 795 de 2003, artículo 23.

11 Ley 795 de 2003, artículo 24.

12 Artículo 2, literal d). “Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”

13 Ley 1328 de 2009, artículos 5, 6 y 7.

14 Ley 1328 de 2009, artículo 8, posteriormente reglamentado por la Circular Externa 015 de junio 30 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

financiero, y la oportunidad para que ésta se haga¹⁵, se establece un régimen en donde se prohíbe la utilización de cláusulas y prácticas abusivas, señalando algunos eventos en los cuales éstas pueden presentarse en los contratos de las entidades vigiladas¹⁶, se le da fuerza y se le amplía el rango de competencias a la figura del defensor del consumidor financiero¹⁷. Esta norma también crea el Registro Único de Seguros (RUS) “con el fin de proveer al público de información concreta, asequible y segura sobre las personas que han adquirido pólizas de seguros, las que están aseguradas por dichas pólizas y las beneficiarias de las mismas.”¹⁸

2. Breve recuento de protección a los consumidores financieros en el ámbito internacional

2.1 Estados Unidos de América

Sobre la regulación en materia de protección financiera en Estados Unidos la doctora Claudia Vásquez¹⁹, citando a Rodríguez Azuero, dijo “La reciente crisis financiera hizo que en lugar de expedirse un estatuto de protección al Consumidor Financiero se propusieran la creación de la Agencia Federal de Protección al Consumidor Financiero (Consumer Financial Protection Agency CFPA) o de una oficina especializada dentro de la entidad Consumer Financial Protection Bureau, -FED- (Rodríguez Azuelo, 2010), la cual tendría que:

- Regular y supervisar todas las instituciones financieras en materia de protección al consumidor financiero.
- Fomentar el desarrollo de estudios en materia de protección al consumidor que permitirá una mayor profundización en la regulación en la materia.
- Poner fin a la posibilidad de realizar arbitraje regulatorio.

Dentro de las funciones de la agencia de protección al consumidor financiero en mención se encuentran: crear un portal de Internet y una línea telefónica para atender

15 Ley 1328 de 2009, artículos 9 y 10, posteriormente reglamentado por la Circular Externa 038 de septiembre 06 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

16 Ley 1328 de 2009, artículo 11, posteriormente reglamentado por la Circular Externa 039 de septiembre 06 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

17 Ley 1328 de 2009, artículos 13 y siguientes, posteriormente reglamentado el decreto 2281 de 2010 del Ministerio de Hacienda, y por las Circular Externas 016 de junio 30 de 2010, y 024 de julio 16 de 2013 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

18 Ley 1328 de 2009, artículos 78 y 79, posteriormente reglamentado por el Decreto 2775 de 2010 del Ministerio de Hacienda.

19 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 – 930.

todas las quejas y reclamos de los consumidores financieros; establecer una base de datos en la que se reporte y haga seguimiento de los reclamos que realicen los consumidores financieros en contra de cada entidad financiera, y regular y supervisar las plataformas utilizadas para la negociación de préstamos entre personas naturales (person 2 person loans), esta cuenta con tres clases de facultades: regulatorias, de inspección y sancionatorias. La reforma regula minuciosamente la estructura y forma de nombrar y remunerar los funcionarios de la Agencia de Protección al Consumidor o de la oficina especializada que se establezca teniendo como órganos la Junta de Supervisión para la Protección al Consumidor Financiero –contemplada únicamente para la Agencia de Protección al Consumidor Financiero–, la Junta de Asesoría para la Protección al Consumidor Financiero y oficinas dentro de la agencia.”

2.2 Unión europea

En cuanto a protección financiera en la Unión Europea, encontramos²⁰:

- La Directiva 2002/65/CE referente a la Comercialización a Distancia de Servicios Financieros, la cual regula:
La información que debe recibir el consumidor previa la celebración de cualquier contrato financiero. Los soportes que deben mantener los proveedores de servicios financieros con respecto a los contratos financieros a distancia. La prohibición de la prestación de servicios no solicitados por el consumidor financiero al proveedor de servicios. La Directiva establece que el consumidor deberá prestar su consentimiento para recibir información no solicitada por parte del proveedor de servicios financieros. Se establecen como obligaciones de los proveedores de servicios financieros informar que clase de recursos extrajudiciales tiene el consumidor financiero para la reclamación de sus derechos. La Directiva establece que los Estados miembro podrán invertir la carga de la prueba.”²¹
- Así mismo está la Directiva 2004/39/Ce la cual regula los Mercados de Instrumentos Financiero en donde se regula la información que debe ser suministrada al inversionista. Adicionalmente, establece la obligación de las empresas de inversión de informar al cliente cuando considera que determinado servicio o instrumento no es adecuado para su perfil. Las obligaciones que incumban al proveedor de servicios financieros en materia de información que se le debe entregar al consumidor²².

20 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891- 930.

21 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 – 930. Citando a Sergio Rodríguez Azuero. Revisión Internacional al Esquema de Protección al Consumidor Financiero. Primer Seminario Internacional de Protección Al Consumidor Financiero. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. 9 y 10 de junio de 2010.

22 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 - 930 Citando a Sergio Rodríguez

- El Libro Blanco de la Comisión Europea, donde se expresa que *“La Comisión garantizará la presencia de los usuarios de servicios financieros en los comités consultivos de la comisión. Aunque es obligación de los Estados miembro la educación de los consumidores, la Comisión deberá promover la cooperación y convergencia de los Estados miembros en materia de educación del consumidor. La Comisión se propone publicar un boletín periódico en el que expondrá los aspectos más importantes de sus trabajos en curso para los usuarios/consumidores. Se propone también crear un grupo permanente de representantes de los consumidores de toda Europa, en el seno del cual se examinarán las cuestiones relativas a los servicios financieros que revistan un interés particular para los consumidores”*²³.

2.3 Chile

En cuanto a la situación de los consumidores financieros chilenos tenemos que *“en el año 2011, se expidió la Ley 20.555 sobre protección de los derechos de los consumidores, la cual modifica la Ley 19.496, incluyendo al consumidor financiero. En esta se dota de atribuciones en materia financiera al Servicio Nacional del Consumidor, por lo que, a partir del mes de marzo de 2011, se estableció el Servicio de Protección al Consumidor Financiero de Chile (SERNAC Financiero), para recibir los reclamos de los consumidores financieros que tengan que ver con cobros inapropiados, cambios unilaterales a contratos, dificultades en la terminación de servicios, tarifas abusivas de cobranza extrajudicial y publicidad engañosa o incorrecta.”*²⁴

2.4 Ecuador

En este país encontramos un importante desarrollo en protección financiera, refiriéndose a esta legislación la doctora Claudia Vásquez dice *“las normas de protección al consumidor financiero, en Ecuador se expidió por la Superintendencia de Bancos y Seguro en el año 2010, la Resolución JB-2010-1482 o Código de Derechos de Usuario Financiero, pretendiendo dar equidad a las relaciones de usuarios y las entidades financieras. Se determina que el defensor del cliente es la primera instancia para garantizar los derechos de los consumidores financieros; se señalan como derechos del consumidor financiero los siguientes: educación financiera, información de productos y servicios,*

Azuero.Revisión Internacional al Esquema de Protección al Consumidor Financiero.Primer Seminario Internacional de Protección Al Consumidor Financiero. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. 9 y 10 de junio de 2010.

23 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Página 892 -930. Citando a Sergio Rodríguez Azuero.Revisión Internacional al Esquema de Protección al Consumidor Financiero.Primer Seminario Internacional de Protección Al Consumidor Financiero. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. 9 y 10 de junio de 2010.

24 Vásquez Claudia. “Protección al consumidor financiero”. Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 -930.

elegir con libertad los servicios financieros, acceso a productos, obtener servicios y productos de calidad, información documental, protección y derecho a reclamar. En el mismo, se establece el procedimiento para elevar las reclamaciones."²⁵

2.5 México

En este país encontramos una fuerte institución de la defensoría del consumidor financiero en donde *"se le otorgan al Defensor del Cliente las funciones de resolver consultas y reclamaciones, emitir recomendaciones, tomar las medidas necesarias para preservar la seguridad jurídica, coadyuvar con otras autoridades en materia financiera, celebrar convenios con entidades financieras, actuar como conciliador, amigable componedor y árbitro, y representar los intereses de los usuarios en las controversias que se presenten entre estos y las instituciones financieras.*"²⁶

3. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011

En un principio, mucho se dudó sobre la aplicación o no de la ley 1480 en el sector financiero y asegurador. No era para menos, pues desde la ponencia en el primer debate el texto del artículo 2°, el cual regula el objeto de la ley, establecía expresamente en el inciso segundo que *"Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial."*²⁷, lo cual descartaba de plano la aplicación de la ley en estos sectores, pues además de la regulación especial de estos contratos en distintas leyes, decretos y circulares, la ley 1328 regulaba expresamente el ámbito de protección de los consumidores en los contratos financieros, con la única excepción de algunas normas en donde expresamente se regulaban particularidades propias de contratos financieros. Un ejemplo de ello, fue el caso del texto del parágrafo del artículo 23 el cual establece: *"Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes."*; o las facultades jurisdiccionales que se le otorgaron a la Superintendencia Financiera, ambas incluidas en la ponencia para primer debate en Senado²⁸

El artículo 2° permaneció casi inalterado durante todo el debate legislativo, salvo una pequeña inclusión que se le hiciera durante la plenaria de la Cámara al referido inciso segundo de la siguiente manera: *"Las normas contenidas en esta ley son aplica-*

25 Vásquez Claudia. "Protección al consumidor financiero". Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 -930.

26 Vásquez Claudia. "Protección al consumidor financiero". Avances y Retos del Sector Asegurador. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013. Páginas 891 -930.

27 Gaceta del Congreso 839/10.

28 Gaceta del Congreso 352/11.

bles en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará esta última.²⁹, de esta misma forma quedó la norma aprobada en todos los debates en senado.

No obstante, en el trámite de conciliación de la ley entre Cámara y Senado, este artículo tuvo una gran modificación, lo que generó todo tipo de confusiones. En el informe del comité de conciliación se indicó: *“Los suscritos conciliadores del Senado de la República y de la Cámara de Representantes hemos decidido acoger el texto aprobado en el Senado de la República a excepción de los siguientes artículos así:*

2. Artículo 2°. Frente a este artículo la Comisión ha decidido acoger un texto conciliado sobre el cual existen serias discrepancias y en concordancia con la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, Sentencias C-702 de 1999 y C-1488 de 2000 que dice:; la competencia de la comisión accidental, es de conciliación entre textos divergentes, lo que la faculta para introducir modificaciones a los textos discordantes y crear, si es del caso, textos nuevos, si con ello se logran superar la divergencia.

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

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

*Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.*³⁰. De esta forma fue sancionado por el presidente de la República.

Con este cambio se pasó de tener un escenario en donde, hubiera o no regulación especial en el sector financiero, nunca se aplicaban las normas generales del estatuto del consumidor, a un escenario en donde aplican las normas del estatuto pero, con dos posibilidades de interpretación, dada la inclusión de la palabra *“Suplementariamente”*:

- Las normas de la ley 1480 aplican única y exclusivamente para los eventos no regulados en normas especiales de los contratos o del sector financiero.
- Las normas de la ley 1480 aplican incluso en eventos en que haya normas especiales de estos contratos y de este sector, cuando pueda complementarlos de alguna forma.

29 Gaceta del Congreso 184/11.

30 Gaceta del Congreso 641/11.

La Superintendencia Financiera acoge la primera interpretación. Sobre este aspecto la entidad sostuvo que *“es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema.*

En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor.”³¹

Y más adelante sostiene:

“Teniendo en cuenta que los tres enunciados del artículo citado no se enfrentan a normas especiales contenidas en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, pues su consagración se deriva del principio de asimetría existente entre los consumidores y proveedores así como del desarrollo del imperativo constitucional de la responsabilidad del mercado del productor y del comercializador que deviene del artículo 78 de la Constitución Política³², consideramos que es posible su aplicación.

Igualmente, se estima que ante vacíos legales es posible acudir a las normas descritas en el artículo 4 citado, en el orden en él establecido. En todo caso, se debe entender que esta remisión es supletiva, pues solo procederá cuando no se haya podido resolver un vacío legal con los principios generales contenidos en las normas especiales de protección del consumidor financiero.”³³

Nosotros por el contrario consideramos más acertada la segunda interpretación. De acuerdo a la definición de la palabra “Suplementario” que trae el *Diccionario de la Real Academia Española*, que dice: *“Suplementario: Que sirve para suplir algo o complementarlo”*. De acuerdo con esto no tiene que haber necesariamente carencia

31 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2013008465-008. Julio 8 de 2013.

32 Constitución Política de Colombia. Artículo 78. “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado provisiónamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

33 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2013008465-008. Julio 8 de 2013.

total de regulación especial, sino que esta sea susceptible de complementación, y que las normas generales no sean abiertamente contrarias a las normas especiales, es allí, en este último evento, donde “*aplicarán las normas especiales*”.

Consideramos que con este cambio introducido en la comisión de conciliación se pasó de una norma que solo en casos puntuales, como los ya referidos, era aplicable al sector financiero y asegurador, a una norma que entraba a complementar todo el sistema de protección a los consumidores financieros.

Refuerza esta posición la ley 1328 de 2009, a la cual nos referimos ya como la norma especial en materia de protección financiera. Establece en el artículo 5°, al regular los derechos de los consumidores financieros, un listado enunciativo de derechos, indicando expresamente en el literal f) que también deberán aplicarse a estos “*los demás derechos que se establezcan en esta ley o en otras disposiciones, y los contemplados en las instrucciones que imparta la Superintendencia financiera de Colombia*”. De igual manera se establece un ámbito grande de aplicación de normas a las entidades financieras cuando en el artículo 7°, haciendo referencia a las obligaciones especiales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, señala que éstas tendrán dentro de sus obligaciones especiales, entre otras, “*u) Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.*” (subrayas propias). Para nada se atribuye esta ley facultades exclusivas en materia de protección a los consumidores financieros por el contrario, permite que a los contratos de sus vigiladas se les apliquen otras normas que en cualquier forma puedan llegar a complementar estos contratos, o las normas que los regulan, tal y como manifiemos quedó consagrado en la ley 1480. De acuerdo con este enfoque será abordado este trabajo.

4. Normas que impactan el contrato de seguro

4.1 Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión

El artículo 37 de la ley 1480 de 2011 establece: “Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Las Condiciones Negociales Generales [sic] y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia [sic] efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.
2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.
3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, [sic] **En los contratos de seguros, el asegurador hará**

entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

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

Este aparte resaltado en negrilla y que ingresó en el último debate del trámite del proyecto de ley, ha generado todo tipo de discusiones y polémicas, los cuales aún hoy, más de dos años después de la entrada en vigencia de la norma, lleva a desconocer cuáles son los efectos de la misma y cómo se deben entender cumplidas las obligaciones allí impuestas.

La norma establece una serie de obligaciones precontractuales de información para el asegurador con el tomador de la póliza, las cuales en caso de incumplimiento, a pesar de su infortunada redacción, se ha entendido que dejan sin efectos las cláusulas que acarrear consecuencias negativas para el tomador, asegurado o beneficiario. Esto se debe a que, al estar la norma consagrada en un estatuto de protección al consumidor, poco sentido tendría darle un alcance que perjudique los intereses de éste, tal como sería la ineficacia total del contrato; más aún, ante un posible siniestro.

Lo anterior, básicamente, implica que el asegurador no pueda alegar exclusiones en los contratos de seguro, cuando no se reúnan las condiciones señaladas o no pueda alegar la nulidad del contrato o darlo por terminado ante el incumplimiento de garantías.

4.1.1 Entrega anticipada del clausulado

La primera de las obligaciones que se describe en la norma que afecta el contrato de seguro es la que establece que el asegurador tiene que hacer entrega anticipada del clausulado al tomador. Esta norma, evidentemente, modifica y adiciona, mas no deroga, la obligación del artículo 1046 del Código de Comercio, en donde se establece el deber por parte del asegurador, para que con fines probatorios, haga entrega de la póliza dentro de los 15 días siguientes a la celebración del contrato de seguro además de los documentos que hagan parte de ésta. Ahora, desde antes de la celebración del contrato de seguro, el tomador debe tener las condiciones generales en su poder y, además, pleno conocimiento de ellas.

Lo que no precisa la norma es qué debe entenderse por “entrega anticipada”. Al respecto se han planteado dos teorías. La primera, más conservadora, sugiere que el asegurador debe entregar condiciones generales a todas aquellas personas que se acerquen a sus oficinas o canales de venta a preguntar por un producto determinado. La otra teoría, la cual consideramos más ajustada a la redacción de la norma, entiende que esta obligación sólo debe cumplirse con aquellos candidatos a tomador, una vez hayan presentado la solicitud de aseguramiento a la aseguradora o a su representante.

Otro tema que ha generado bastante polémica es qué se debe entender por “entregar”. ¿Dicha entrega debe ser física? ¿Puede ser por correo electrónico? ¿Podrá entenderse cumplida la obligación dejando las condiciones generales a disposición del tomador en una página de Internet?. Al respecto consideramos que la entrega no necesariamente ha de ser física, ésta puede realizarse electrónicamente. Lo importante es que quede prueba del cumplimiento de este deber. Esta posición ha sido adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia quien ha sostenido, fundamentándose en lo regulado en la ley de Comercio electrónico³⁴, que “Las pólizas enviadas por correo electrónico contienen los mismos efectos jurídicos que le son aplicables a las pólizas expedidas en papel membreado por la compañía de seguros”.³⁵

Ahora, no creemos, así lo señalen algunos doctrinantes como el Dr. Jaime Alberto Arrubla³⁶, que esta obligación se supla dejando a disposición de los usuarios, en la página WEB de las compañías aseguradoras, las condiciones generales de los productos. Y ello encuentra lógica pues esta obligación ya estaba dada desde la Ley 1328 de 2009 la cual, en su artículo 9 parágrafo 2, estableció:

“Parágrafo 2º. Publicidad de los contratos. Las entidades vigiladas deberán publicar en su página de Internet el texto de los modelos de los contratos estandarizados que estén empleando con su clientela por los distintos productos que ofrecen, en la forma y condiciones que señale la Superintendencia Financiera de Colombia, para consulta de los consumidores financieros”.

Este deber de las aseguradoras de colocar en su página de internet los condicionales de sus productos es desarrollado en las circulares 015 de 2010 y 038 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo cual hace que resulte forzoso interpretar que con esto se cumple el deber de entrega anticipada al tomador, pues éstas normas previas ya imponían a las aseguradoras el referido deber.

4.1.2 Explicación del alcance de la cobertura, exclusiones y garantías

Además de la entrega de las condiciones generales al tomador, surge una nueva obligación de información para el asegurador. Se establece en el artículo 37 de la ley 1480 que el asegurador deberá explicarle a al tomador las coberturas, las exclusiones y las garantíasprevio a la celebración del contrato.

Refiriéndose al deber de información en el contrato de seguro, el profesor Luc Mayaux dijo: “El mecanismo del seguro es, desde este punto de vista, bastante más

34 Ley 527 de 1999.

35 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011089903-001. Diciembre 15 de 2011.

36 Arrubla Paucar Jaime Alberto. “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el nuevo estatuto del consumidor”. <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/009-clausulasabusivas.pdf>

*complejo que el de una cuenta bancaria clásica. La contraparte contractual aparece tardíamente a los ojos del asegurado, incluso puede no aparecer nunca si no ocurre ningún siniestro durante toda la vida de su contrato. Éste, por construcción, presenta en apariencia un desequilibrio. El asegurado sabe qué prima tiene que pagar pero no le es fácil percibir lo que puede esperar a cambio. La solución está en el contrato, por una exigencia de claridad que debería pesar sobre todas las cláusulas relativas a la cobertura: las exclusiones, pero también las condiciones de la cobertura o de la pérdida del derecho a indemnización. El asegurado debe saber, con una simple mirada, qué está amparado y qué no lo está, cuáles son las condiciones de la cobertura y cuándo está privado de ella. La solución también está fuera del contrato, por un deber reforzado de información, asesoría y advertencia. Un contrato de seguros, aunque sea claro, merece ser explicado, y con más razón debe serlo si no es claro.*³⁷

Como se indicó anteriormente, en el evento en que no se cumpla con la carga de explicar el alcance de la cobertura, las exclusiones o la garantías, o no se logre demostrar, la sanción será la ineficacia del contrato. No obstante esta ineficacia no afectará la totalidad del contrato o la cobertura de la póliza, pues a pesar de su desafortunada redacción, la teleología del estatuto es proteger los derechos de los consumidores, buscando que quienes redactan contratos de adhesión otorguen toda la claridad posible a los consumidores para que el contrato y sus condiciones tengan plena validez. Así las cosas, sólo serían ineficaces aquellas cláusulas que generan consecuencias negativas para el asegurado, es decir las exclusiones y las garantías, terminando estos contratos en donde todos los riesgos nombrados estarían cubiertos sin exclusión alguna. Al respecto dice el doctor Jaime Alberto Arrubla: *“Alguien dijo que habíamos regresado a la solemnidad del contrato de seguro.*

*Otros opinamos que en el sentido de la Ley de Protección al Consumidor, lo que sucede es que no se pueden hacer valer las condiciones generales, pero el contrato consensual se perfecciona con el acuerdo de voluntades donde solo se tendrán en cuenta los elementos esenciales del seguro y la aseguradora no tendrá ni exclusiones ni garantías, ni nada que limite el riesgo que asumió de esta manera.*³⁸

En todo esto surge otra inquietud, y es, ¿quién tiene el deber de cumplir con esta obligación? La norma es clara al referirse al asegurador y ello es fácil de dilucidar cuando la venta del seguro sea realizada en forma directa; quizás también cuando ésta se haga a través de agentes y agencias, dadas las facultades de representación que éstos tienen, pero ¿qué pasará en el evento de incumplimiento de las obligaciones que impone la norma cuando la comercialización del producto se haga a través de un corredor, por

37 Mayaux Luc. “¿Es el Derecho de Seguros un Derecho Consumerista?”. Memorias del Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda. Cartagena, Marzo 2012.

38 Arrubla Paucar Jaime Alberto. “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el nuevo estatuto del consumidor”. <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/009-clausulasabusivas.pdf>. Página 19

encargo del tomador³⁹? ¿Serán eficaces todas las condiciones del contrato? ¿Serán ineficaces, pero deberá responder el corredor? ¿Serán ineficaces y seguirá respondiendo el asegurador y, si es así, podrá repetir lo pagado en contra del corredor?⁴⁰

Como se ve, en este momento tenemos más preguntas que respuestas; respuestas que no tiene ni siquiera la Superintendencia Financiera de Colombia, quien ha tomado una posición omisiva frente a la norma. En sentencias en las cuales se ha abordado el deber de información de las condiciones generales por parte del asegurador, al tomador, ha manifestado que *“Previo al análisis de su aplicación o no en el presente caso, procede precisar que frente a dicha cláusula, de naturaleza objetiva, es procedente el pacto de que las circunstancias que se invocan como exclusiones, sean o no conocidas por el tomador y/o asegurado”*⁴¹, ratificando la misma posición posteriormente en otro caso, donde la póliza empezó vigencia el 24 de abril de 2012, y la entrega de las condiciones generales se hizo el día 25 del mismo mes, todo ya en vigencia de la ley⁴², lo cual conllevó la validación de las exclusiones alegadas por las aseguradoras en las respectivas objeciones, en demérito de los derechos de los consumidores.

4.2 Cláusulas abusivas

La Corte Constitucional, refiriéndose a las cláusulas abusivas en sector financiero, las ha definido, yendo más allá de los parámetros señalados en el artículo 11 de la ley

39 “En cuanto a las relaciones surgidas del contrato de mandato, la conclusión necesaria es que a la responsabilidad del corredor se le aplicarán las reglas de responsabilidad características del contrato de mandato, respecto de la persona que le ha hecho el encargo. Esas reglas básicamente significan que el corredor responderá frente a su mandante indudablemente dentro del marco de una responsabilidad de tipo contractual y, más concretamente, bajo los términos definidos en el artículo 1055 del Código de Comercio que expresa:

El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esa responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre el recaiga.” Ordoñez Andrés, Estudios de seguros. Universidad Externado de Colombia. Página 273.

40 Además de lo consagrado en el Decreto 2555 de 2010, artículo 2.30.1.1.5, en donde se estipula que las actuaciones de los agentes y agencias obligan a la aseguradora, y de las normas que regulan la actividad de los corredores de seguro en el código de comercio, y en el Estatuto Organico del Sistema Financiero, enfatiza la división de responsabilidades frente a los consumidores financieros el Decreto 2281 de 2010, el cual establece en el artículo 1° que las empresas corredoras de seguros deben contar con un defensor del consumidor propio, a su vez que los agentes y las agencias contarán con el defensor de la entidad aseguradora para la que actúen dadas sus facultades de representación.

41 Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de abril 18 de 2013, expediente 2012-0113.

42 Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de junio 26 de 2013, expediente 2012-0174.

1328⁴³, diciendo: *“Sin llegar a socavar el principio de libertad contractual, será cláusula o práctica abusiva aquella que, en función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, expresión jurídica que deberá ser entendida no solamente en sentido formal, como un párrafo o apartado, sino en sentido material, al contener una regla, una pauta o un patrón inequitativo de comportamiento.*

*De tal manera, el carácter abusivo estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero conforme al instrumento de negociación, de manera que la conducta desplegada por aquella sea la causa del desequilibrio y menoscabo.”*⁴⁴

No menos debatido ha sido el tema de la aplicación, o no, de las cláusulas abusivas que consagra la ley 1480 de 2011, en el sector asegurador. La discusión surge de lo consagrado en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley. Este artículo dice: *“Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.”*

En algunos debates en los cuales se han discutido los alcances de esta nueva ley se ha dicho que dado lo consagrado en este artículo, y toda vez que la ley 1328 de 2009 y la circular externa 039 de la Superfinanciera regulan lo concerniente a las cláusulas y prácticas abusivas, la regulación de la ley 1480 de 2011 no es aplicable a las compañías vigiladas por esta entidad. Misma posición parece tener la Superintendencia Financiera al sostener que *“...la Ley 1328 en distintos artículos consagra el deber de las entidades vigiladas de suministrar información clara, cierta, veraz, suficiente y oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en*

43 *“Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:*

- a) *Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.*
- b) *Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.*
- c) *Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.*
- d) *Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.*
- e) *Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.”*

44 M.P. Pinilla Pinilla Nilson. Sentencia de Constitucionalidad C-909/12.

las relaciones que establecen con las entidades vigiladas (letra c) artículo 3) y letra c) del artículo 7) y que puedan tomar decisiones responsables e informadas. De manera específica el Capítulo IV denominado información al consumidor financiero regula en sus artículos 9 y 10 lo relativo al contenido mínimo de la información al consumidor financiero y la oportunidad de la misma, norma sobre la cual esta Superintendencia impartió precisas instrucciones a sus vigiladas, las cuales se encuentran contenidas en el Título Primero, Capítulo Sexto de la Circular Básica Jurídica CBJ.

Así pues, este capítulo de [sic] Ley 1328 y las instrucciones referidas regulan de una manera integral el tema de la información al consumidor financiero por parte de las entidades vigiladas por la SFC; luego, debe aplicarse en todos sus aspectos de forma preferente frente a la Ley 1480 de 2011. Ahora, si bien es cierto que aquellas no señalan de manera puntual la responsabilidad que por el daño de una inadecuada información pueda incurrir el proveedor, se estima que no es dable aplicarle este aspecto a las entidades vigiladas por este Organismo, pues, como se indicó, todo lo referente al tema de información y las consecuencias de su omisión están contenidas en la regulación especial.

Bajo ese mismo razonamiento se aplican de manera preferente los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 de 2009 y el numeral 10 del Capítulo Sexto del Título Primero de la CBJ, relacionados con cláusulas y prácticas abusivas, frente a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011.⁴⁵

No obstante lo anterior hay tres argumentos que nos impiden estar de acuerdo con esta teoría:

- Una cláusula es abusiva porque atenta contra el principio de la buena fe y contra el justo equilibrio del contrato, estableciendo una especial condición a favor de uno de los contratantes, usualmente quien redacta la cláusula, con lo cual se genera o impone una carga o limitación en contra de la otra, presentándose un abuso de posición dominante. Por lo tanto, las cláusulas abusivas son abusivas en sí mismas, por su contenido y por sus efectos, y no porque una norma así lo disponga.
- El artículo 43, numeral 8. de ley 1480 de 2011, indica que son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que “Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, **salvo en el caso del arrendamiento financiero;**”(Negrillas propias). El decreto 913 de 1993 regula la operación de este tipo de arrendamiento o leasing, y autoriza a las compañías de financiamiento comercial para que exploten este negocio. Tanto al contrato de leasing como a las compañías de financiamiento comercial les es plenamente aplicable la ley 1328 de 2009 y la circular externa 039 de 2011.

45 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2013008465-008. Julio 8 de 2013.

Si este numeral consagra esta excepción expresa frente a este caso especial, de un negocio y de unas entidades a las cuales les aplica la reforma financiera de 2009, es porque en el resto de contratos financieros será abusiva una cláusula que “impida al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor”.

A su vez, en este mismo artículo de la ley 1480 pero en el numeral 13 se menciona de nuevo el arrendamiento financiero. Esta vez al referirse a una cláusula que, al parecer, es usual en este tipo de contratos. Allí dice que se entienden ineficaces de pleno derecho las cláusulas que “restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles”. En este caso, pero ya positivamente, el régimen de cláusulas abusivas de la ley 1480 se refiere a un contrato al cual por su condición de financiero y, dada la naturaleza de las entidades que tienen autorización para su explotación, estaría regulado por la ley 1328 de 2009 y circulares complementarias.

Con base en estos argumentos, y al no encontrar más regímenes de excepción en los demás numerales del artículo 43 de la ley 1480 concluimos que la norma no buscó excluir el régimen de cláusulas abusivas a ningún tipo de contrato, ni aún aquellos que cuentan con normatividad especial.

- El literal d) del artículo 11 de la ley 1328⁴⁶ de 2009, deja claro que la lista allí consagrada o la que desarrolle la Superintendencia Financiera no es taxativa, es simplemente enunciativa, y en consecuencia podrán ser consideradas como abusivas otras cláusulas que se encuentren en los contratos de las entidades vigiladas, así éstas no encuadren propiamente en alguno de los literales de esta norma o de la circular externa 039 de 2011.

En el anexo de la referida circular se deja claro que lo que allí se consagran no son más que ejemplos, cuando dice: “En desarrollo de todo lo anterior y con el propósito de garantizar una adecuada protección a los consumidores financieros, esta Superintendencia se permite señalar a continuación algunos ejemplos de cláusulas y las prácticas que se consideran abusivas atendiendo el mandato legal contenido en la Ley 1328 de 2009.”

Es claro entonces que la lista que traen, tanto la ley 1328 de 2009 como la circular externa 039 de 2011, es enunciativa y por lo tanto, cualquier cláusula que pueda violar el principio de la buena fe, que rompa el justo equilibrio del contrato o suponga un abuso de la posición contractual en contra del adherente

46 “Cualquier otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que pueden ocasionar perjuicios al consumidor financiero”.

será entendida como abusiva, aún las consagradas en el Estatuto de Protección al Consumidor, y en consecuencia serán ineficaces de pleno derecho.

Algunos de los principales tipos de cláusulas recogidos en estas leyes y que con alguna frecuencia se pueden encontrar en contratos de seguro son las siguientes:

Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley:

- Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.

Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros, entre ellas:

- Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:
 - * Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.
 - * 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.
 - * Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento en las obligaciones por parte de la entidad vigilada.
 - * Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquellos establecidos en la ley.

Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:

- Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.
- Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que éste haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.

Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional, tales como:

- Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.

Así mismo:

- Las que limiten la responsabilidad del asegurador de las obligaciones que por ley le corresponden.
- Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden.
- Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- Las que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (Silencio positivo).
- Las que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. Sobre estas cláusulas en las relaciones de consumo hay posiciones a favor⁴⁷, y en contra⁴⁸.

El numeral 12 del artículo 43 de la ley 1480, que consagraba la cláusula arbitral como abusiva fue derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012⁴⁹, y posteriormente el decreto 1829 de 2013, estableció expresamente que en los contratos de adhesión era válida la cláusula arbitral. No obstante, consideramos que esta sigue estando proscrita para los contratos que celebren las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando estas estén consagradas en las condiciones generales del contrato, pues de acuerdo a lo establecido por la circular externa 039 de 2011, están prohibidas todas las cláusulas que impongan de manera exclusiva, cualquier forma de solución de conflictos. Sobre este punto dice el doctor Arrubla Paucar: *“Consideramos que esa cláusula será abusiva si al adherente no se le da la opción de acordarla o no, por lo que parece que supera la sanción si se celebra la cláusula compromisoria en un documento aparte de las condiciones generales.”*⁵⁰

47 Villalva Cuellar Juan Carlos. “Cláusula de arbitraje impuesta al consumidor sí es abusiva”. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130115-18clausula_de_arbitraje_impuesta_al_consumidor_si_es_abusiva/noti-130115-18clausula_de_arbitraje_impuesta_al_consumidor_si_es_abusiva.asp.

48 Rojas Quiñones Sergio. “El pacto arbitral en consumo no es sinónimo de abuso” http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130117-02el_pacto_arbitral_en_consumo_no_es_sinonimo_de_abuso/noti-130117-02el_pacto_arbitral_en_consumo_no_es_sinonimo_de_abuso.asp

49 Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

50 Arrubla Paucar Jaime Alaberto. “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el nuevo estatuto del consumidor”. <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/009-clausulasabusivas.pdf>. Página 31.

4.3 Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera

4.3.1 Legalidad de las facultades jurisdiccionales

El artículo 51 de la Ley 510 de 1999 ya había atribuido facultades jurisdiccionales a la, en ese entonces, Superintendencia Bancaria, no obstante este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1641/00. En este fallo la Corte no objeta que las Superintendencias puedan tener facultades jurisdiccionales, sino que enfatiza que es necesario que sus facultades de supervisión, inspección y vigilancia no interfieran con la facultad de juzgamiento. Es decir que las primeras no afecten la independencia y la imparcialidad que debe haber frente a la segunda. Y es por ello que al hacer el estudio de la norma no tuvo la Corte la claridad suficiente sobre la independencia e imparcialidad que pudiera tener el superintendente y los funcionarios encargados de ejercer control al momento de fallar judicialmente⁵¹.

Con el fin de precaver cualquier acción de constitucionalidad que pudiera presentarse de nuevo frente a esta nueva norma por esta misma situación, el párrafo del artículo 57 de la Ley 1480 le ordena a la Superintendencia Financiera ajustar su estructura y crear un área o delegatura para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales distinta a la que ejerce funciones de supervisión, ello con el fin de garantizar la independencia y la autonomía en el ejercicio de estas competencias.

4.3.2 Aspectos bajo competencia de la superintendencia financiera

La ley le confiere la facultad a la Superintendencia Financiera de conocer de los litigios que surjan entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros cuando así lo decida el consumidor financiero. Es decir, de acuerdo con la norma la competencia a prevención de dicha entidad sólo la podrá solicitar el tomador, asegurado o beneficiario, quien libremente puede escoger entre someter el conflicto al conocimiento de la Superintendencia o ante el juez de conocimiento⁵². El asegurador no podrá rechazar la competencia de la Superintendencia y tampoco podrá acudir a ella para iniciar procesos por activa. Inicialmente, la norma estipulaba la no obligatoriedad de que el consumidor fuera representado por medio de abogado⁵³ no obstante, la norma fue derogada, en nuestro parecer, en beneficio de los propios consumidores pues la postulación técnica garantiza una buena representación en el proceso.

51 M.P. Martínez Caballero Alejandro. Sentencia de Constitucionalidad C-1641/00.

52 Ley 1480 de 2011, artículo 57.

53 La ley 1564 de 2012 en el artículo 626 literal a) derogó expresamente la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" numeral 4° del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

La Superintendencia Financiera tendrá competencia para conocer, única y exclusivamente, temas relacionados con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁵⁴, sin limitación a cuantía alguna.

De acuerdo con esto, consideramos que la Superintendencia Financiera no puede fallar de fondo en eventos tales como cuando se presenta una declaración inexacta o reticente en la declaración del estado del riesgo, o un incumplimiento de garantías referida a hechos anteriores a la celebración del contrato en que considere que se presentaron incumplimientos precontractuales, pues claramente se sale del ámbito competencia dado por la ley.

Lo anterior no quiere decir que la Superintendencia no pueda conocer de estos procesos, pues sólo sabrá si hubo o no un incumplimiento contractual o precontractual al momento de proferir el fallo, es decir, si se dio por ejemplo un incumplimiento precontractual por parte del candidato a tomador al no declarar correctamente el estado del riesgo. La Superintendencia no tendría competencia para pronunciarse, no obstante, si al final del proceso ella determina que no se dio el incumplimiento precontractual, y la aseguradora objetó. En este evento estaremos ante un incumplimiento contractual, ante el cual sí podrá pronunciarse de fondo y condenar al pago de la prestación.

Dentro de los procesos fallados a 31 de diciembre de 2013 por parte de la Superintendencia Financiera se encuentran dos en donde se excepciona la nulidad relativa del contrato de seguro por declaraciones inexactas del candidato a tomador al momento de declarar el estado del riesgo. Uno con fallo a favor de la aseguradora⁵⁵, otro con fallo a favor del consumidor financiero⁵⁶. En ellos no se analiza la situación aquí planteada.

Así mismo, la Superintendencia Financiera no puede conocer de procesos que sean sometidos al trámite ejecutivo, y dice la norma *“Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral”*⁵⁷.

54 Refiriéndose al deber de declarar el estado del riesgo dice el profesor J. Efrén Ossa que “Uno sólo es el deber que incumbe al tomador en la etapa precontractual. “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo...” (C. de Co., art. 1058). Es fácil advertir que esa obligación no emana del contrato, puesto que debe ejecutarse con anterioridad al él, como una condición básica para el consentimiento del asegurador”. Ossa G. J. Efrén. Teoría General del Seguro. El contrato. Editorial Temis. Bogotá – Colombia 1991. Pág. 325.

55 Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de enero 18 de 2013, expediente 2012-0027.

56 Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de junio 27 de 2013, expediente 2012-0035.

57 Atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia. En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre

Bastante confuso resulta este último párrafo de la norma, pues no es claro qué debe entenderse por “*acciones de carácter laboral*”. ¿ Aquellas que surgen de la relación entre las entidades vigiladas y sus empleados? ¿ Las acciones derivadas de las relaciones entre consumidores financieros y entidades vigiladas, derivados de la ejecución y el cumplimiento de obligaciones de los contratos financieros, bursátiles, aseguradores u otros que por su propia naturaleza deban ser conocidos por jueces laborales?⁵⁸. Consideramos que, necesariamente, la norma debe estarse refiriendo al segundo de los supuestos, pues se cae de su propio peso, siquiera pensar, que la Superintendencia Financiera pueda conocer de los procesos de las compañías vigiladas derivados del contrato de trabajo. El inciso primero de la norma nos otorga esta claridad y el objeto de la ley, proteger a los consumidores, no le permitiría siquiera regular esta situación.

Ahora, interpretado el artículo bajo el segundo de los supuestos, deja por fuera los procesos que se adelanten en contra de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) y la gran mayoría de los procesos que se adelanten en contra de los fondos de pensiones. En virtud del numeral 4 del artículo 2, de la ley 712 de 2001, Código de Procedimiento Laboral, será competencia de la jurisdicción laboral y de seguridad social “*las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.*” (Negrilla propia). Tanto las ARL, como los fondos de pensiones son administradores y pagadores del sistema de seguridad social en virtud de la ley 100 de 1993. Así, se deja por fuera las controversias que se puedan originar a raíz del seguro de renta vitalicia como modalidad pensional.

Ahora, si bien no es un problema que se desprende del artículo, es un inconveniente práctico que detecta el ya mencionado profesor Juan Manuel Díaz-Granados, y es el referente a las competencias de la Superintendencia Financiera frente los conflictos que surjan en razón de la póliza de Responsabilidad Civil.

Al plantear el problema dice:

ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

Ley 1480 de 2011, Artículo 57: “En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral.”

58 En el presente hablamos de competencia laboral y seguridad social.

“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 como 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 del contrato de seguro.

En este contexto ¿qué ocurriría si la víctima ejerce 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 el 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.”

Consideramos que la ley no le atribuye facultades a la Superintendencia Financiera para que conozca de temas de responsabilidad civil. Si bien el tercero perjudicado en ejercicio de la acción directa puede demandar directamente a la aseguradora del responsable, no podrá esta Superintendencia hacer el análisis de responsabilidad civil en el caso concreto. Recordemos que sólo puede conocer *“de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público”*.

Así las cosas, la Superintendencia solo podrá pronunciarse en los casos en los cuales la responsabilidad civil ya esté previamente declarada y los perjuicios tasados por parte de un juez competente para ello, y en donde el objeto del litigio se circunscriba única y exclusivamente a la cobertura o no de la póliza, y el monto de los perjuicios amparados por ésta, es decir, ni más ni menos que el ámbito de responsabilidad contractual del asegurador, de conformidad con lo pactado en el contrato de seguro.

4.3.3 Aspectos especiales del trámite procesal

El artículo 57 establece que los asuntos a los cuales se refiere, serán tramitados bajo el procedimiento consagrado en el artículo 58 de la ley.

El artículo 58 establece que los procesos que versen sobre violación de los derechos de los consumidores consagrados en normas generales o especiales, en todos los sectores de la economía, excepto los que se originen por productos defectuosos y de las acciones populares y de grupo, serán tramitadas bajo el procedimiento verbal sumario. De acuerdo con lo anterior, el proceso declarativo para el trámite de los procesos judiciales que se adelanten en contra de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y que se encuentren dentro de su ámbito de competencia jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 57, serán adelantados bajo el trámite del proceso verbal sumario.

No obstante no serán solo los procesos que conozca la Superintendencia Financiera, también se adelantarán bajo este trámite cuando se acuda a la competencia del juez civil de conocimiento, lo anterior dado las mutuas remisiones de los artículos 57 y 58 de la Ley y además por no existir norma especial que regule el procedimiento judicial para los conflictos que se originen por relaciones de consumo entre aseguradores o entidades vigiladas y los consumidores financieros.

Algunos puntos especiales de este procedimiento que merecen especial cuidado:

- El numeral 3 establece que *“Las demandas para efectividad de la garantía, deberán presentarse a mas tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a mas tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato, En [sic] los demás casos, deberán presentarse a mas tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía”*.

Si bien esta norma no deroga directamente el artículo 1081, ni el 1131 del código de comercio, en cuanto a los términos de prescripción dentro del contrato de seguro, si limita, en perjuicio del consumidor, los términos para presentar la demanda de acción de protección al consumidor, bien sea que esta se presente ante la Superintendencia Financiera o se ejerza ante jueces de conocimiento⁵⁹.

Estos artículos establecen que la prescripción dentro del contrato de seguro podrá ser ordinaria o extraordinaria, la primera de dos años, la segunda de cinco. Esta prescripción seguirá vigente, pero ahora sólo para el asegurador, quien sí seguirá contando con el término de dos, o cinco años, para promover procesos judiciales derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales en contra del tomador, asegurado o sus sucesores. El tomador, asegurado o beneficiario tendrán solo un año para poder promover la acción judicial, este año empezará a correr desde que termine el contrato, o desde el momento en que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivan su reclamación, de lo contrario su posibilidad de acudir ante los jueces de conocimiento caducará.

59 Ley 1480 de 2011, artículo 58 No 1 y 2.

Esta norma, a pesar de encontrarse en un estatuto de protección al consumidor, genera un grave desequilibrio en su contra. De hecho, la Superintendencia Financiera de Colombia, en providencia del 16 de enero de 2013, declaró improperas las pretensiones de una acción de protección al consumidor, en un proceso de responsabilidad contractual derivado de un mal pago de unos cheques por parte de un banco, al haberse presentado la demanda por fuera del término establecido en el numeral 3° del artículo 58 manifestando: *“En esta medida, resulta evidente que se superó el límite temporal para el ejercicio de la acción de protección al consumidor establecido por el numeral 3° del artículo 58 del Estatuto del Consumidor, que se recuerda, se establece en un año a partir de la terminación del contrato. En efecto, la relación contractual existente entre las partes respecto del cual se suscita la controversia objeto de análisis –contrato de cuenta corriente–, se terminó el 21 de junio de 2011 con la disposición del cuentahabiente de saldar su cuenta y tan sólo hasta el 1° de agosto de 2012 se presentó el libelo demandatorio ante esta Delegatura, esto es, pasado el año previsto en la normativa en cita para el ejercicio de la acción de protección al consumidor”*^{60/61}.

- El numeral 5 establece como requisito de procedibilidad para la presentación de la demanda, sea esta presentada ante la Superintendencia o ante el juez de conocimiento, la interposición de la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor, la cual a su vez puede ser escrita, verbal o telefónica, la que deberá ser respondida por parte de la entidad en el término de 15 días hábiles, en donde tanto la negativa a recibir la reclamación, como la no respuesta dentro de este plazo legal se tendrá como indicio grave en contra.

Este es el único requisito que se impone para la presentación de la demanda, con lo cual deroga tácitamente, y sólo para los casos y acciones reguladas en esta ley, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 35 de la ley 640 de 2001⁶². No obstante el requisito de la reclamación se entenderá surtido con la presentación de un acta de audiencia de conciliación emitida por cualquier centro de conciliación legalmente establecido⁶³.

La pregunta interesante que surge bajo este numeral, es si se está volviendo obligatoria, para los beneficiarios de las pólizas de seguros, la solicitud indemnizatoria al asegurador y si además de ello se reducen los términos de respuesta a tan sólo 15 días hábiles o, si por el contrario, se trata de una solicitud de reconsideración ante la negativa indemnizatoria, es decir ante el eventual incumplimiento del contrato. El profesor Juan Manuel Díaz-Granados en su ponencia en el Primer Congreso Interna-

60 Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de enero 16 de 2013, expediente 2012-0041.

61 También fue estudiada esta misma situación en una sentencia de seguros, encontrando la acción dentro del tiempo estipulado por el artículo estudiado. Superintendencia Financiera de Colombia, providencia de abril 18 de 2013 expediente 2012-0113.

62 Artículo reformado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010.

63 Ley 1480 de 2011. Artículo 58, numeral 5, literal g).

cional de Seguros, organizado por Fasecolda en mayo de 2012, sostiene la primera de estas teorías y dice:

“En el régimen original 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 destinada a cumplir el requisito de procedibilidad para ejercer la acción de protección al consumidor de seguros que tiene un plazo de respuesta de 15 días hábiles y la segunda que corresponde a lo que preveía originalmente el Código de Comercio?

Somos partidarios de pensar que el nuevo Estatuto del Consumidor en realidad modificó el Código de Comercio en materia de reclamación al añadirle a esta una función nueva como requisito de procedibilidad y la fijación de un nuevo plazo (aunque esto último sería discutible), características que vienen a ser complementarias de los atributos propios regulados en el Código de Comercio en lo que tiene que ver con la mora del asegurador y el mérito ejecutivo de la póliza.

Dicho de otra manera, se trataría de una sola reclamación, que en el fondo representa la solicitud de reconocimiento del derecho del asegurado o beneficiario respecto del contrato de seguro, cuyos efectos jurídicos hoy están establecidos por el Código de Comercio y el nuevo Estatuto del Consumidor.

Carecería de sentido exigir que el asegurado o beneficiario deban formular dos reclamaciones distintas (una en el marco del Código de Comercio y otra en el del nuevo Estatuto del Consumidor), pues, se repite, su finalidad esencial es la misma.”⁶⁴

No obstante lo anterior, posteriormente, el profesor Díaz-Granados cambia de posición, manifestando: *“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*

64 Díaz-Granados Juan Manuel, “El Nuevo Estatuto del Consumidor”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda. Cartagena - Colombia, Marzo 2012.

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.⁶⁵

Aplaudimos el cambio de postura del profesor Díaz-Granados pues la norma parte de que haya un incumplimiento previo, por ejemplo la falta de calidad de un bien o el imperfecto que éste presenta. Con la reclamación directa se le da la posibilidad al proveedor o vendedor de que reconozca y asuma el incumplimiento contractual.

En el contrato de seguro el incumplimiento contractual parte de la objeción in-

65 Díaz-Granados Juan Manuel, "El Nuevo Estatuto del Consumidor". Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda. Cartagena - Colombia, Marzo 2012.

fundada, o del silencio una vez ha pasado un mes sin que éste haya dado respuesta a la solicitud indemnizatoria que se ha presentado, en donde se ha probado la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en los eventos en los cuales se deba realizar. Es por ello que consideramos que la reclamación directa a la cual se refiere este numeral, es una solicitud de reconsideración que se presenta ante el asegurador, con el fin que éste pueda determinar si ha incumplido o no el contrato de seguro y de esta forma evitar incurrir en un eventual litigio. Solo así se cumple la finalidad de toda norma que consagre requisitos de procedibilidad para acudir a la jurisdicción: tratar al máximo de evitar el litigio.

Lo que queda claro cualquiera sea la postura que se adopte, es que desaparece la posibilidad de reclamación judicial al asegurador sin que antes se haya hecho reclamación extrajudicial.

- Otro numeral interesante es el numeral 9. Este dice: “Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”

Se genera una aparente contradicción entre este artículo y el artículo 57 antes visto, el cual establece que la Superintendencia Financiera deberá fallar en derecho. Aparente porque cuando el numeral dice que se fallarán las pretensiones de la forma que considere más justa, no está haciendo referencia a que el juez de conocimiento o la Superintendencia fallarán en equidad o en justicia. Ellos seguirán fallando en derecho, su decisión deberá estar basada en derecho, no obstante la cuantía de una eventual indemnización no estará sujeta a lo que se pretenda en la demanda por las facultades ultra y extrapetita concedidas por la Ley. Si el responsable de la decisión judicial encuentra que la decisión debe ir más allá de lo pedido, o incluso por fuera de lo pedido, podrá otorgarlo sin las limitaciones que establecen los principios procesales del derecho civil. Es decir el demandante saldrá plenamente indemnizado, sin importar la cuantía de las pretensiones, y es allí, donde consideramos, está la verdadera justicia que reclama este numeral.

- Otro de los temas de mayor interés es el numeral 10 del artículo. Este consagra la facultad, tanto para el juez como para la Superintendencia, de imponer multas de hasta ciento cincuenta (150) salarios legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el evento en que la decisión final sea favorable al consumidor. Al respecto dice el profesor Juan Manuel Díaz-Granados:

La introducción de facultades sancionatorias a cargo del juez del contrato de seguro, se traduce en una mezcla que resulta además de incompatible, inconveniente y, posiblemente, inconstitucional. La función jurisdiccional está orientada a dirimir los conflictos derivados del contrato. La imposición de sanciones es propia de la

esfera administrativa que es una función diferente e incompatible con la función jurisdiccional y que se constituye en amenaza y mecanismo de coacción en contra de las entidades vigiladas. Por regla general, los jueces ordinarios cuando solucionan conflictos limitan su actuación al examen de los hechos y al reconocimiento del derecho, ámbito en el cual la facultad sancionadora es completamente extraña.

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.”

Efectivamente, tal y como lo manifiesta el profesor Díaz-Granados, consideramos que dicha facultad es inconstitucional, y es solamente volver a analizar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1641/00. Con esta potestad sancionadora se concentra en una sola unidad la facultad jurisdiccional y la de control, las cuales buscó la Corte mantener lo más alejadas posibles con el fin de conservar la independencia y la imparcialidad que los jueces deben tener al momento de producir sus fallos.

5. Estado de cosas y conclusiones

Es indudable que las normas de protección a los consumidores financieros le han dado a estos mecanismos útiles para hacer valer sus derechos. Hoy en día tenemos consumidores financieros más educados y más informados, que saben como hacer valer sus derechos.

Prueba de ello es el incremento en el 2012 del cuarenta por ciento (40%) de las quejas frente a las aseguradoras e intermediarios en comparación con las presentadas en el 2011, para un total de 107.800 quejas en el sector asegurador. En el 2013 las quejas en este sector subieron a 135.984, casi un veinticinco por ciento (25%) más que para el año inmediatamente anterior, con un promedio del cincuenta y siete por ciento (57%) de las reclamaciones resueltas a favor de los consumidores financieros. Cabe resaltar que a pesar de toda la regulación al respecto sigue constituyéndose en uno de los principales motivos de queja el inadecuado suministro de información al momento de la vinculación, con el 6% de las reclamaciones⁶⁶.

66 Superintendencia Financiera de Colombia <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11129>

Frente a los procesos conocidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de la acción de protección a los consumidores financieros encontramos al 31 de julio de 2013, 560 demandas, de las cuales 80 se deben a incumplimientos en los contratos de seguro⁶⁷, con 9 fallos de fondo al 31 de diciembre de 2013⁶⁸, de los cuales 5 a favor de las entidades aseguradoras y 4 fueron a favor de los consumidores financieros, sin que en ninguno de estos casos se haya impuesto la sanción consagrada en el N° 10 del artículo 58⁶⁹.

Vale la pena rescatar los esfuerzos de la Superintendencia y de la delegatura para funciones jurisdiccionales, para que el ejercicio de la acción de protección a los consumidores financieros ante la superintendencia sea una herramienta eficaz en el ejercicio de sus derechos. Entre las medidas más importantes se destacan:

- Consolidación de las Facultades Jurisdiccionales a partir del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.
- Acercamiento al consumidor financiero a partir de la publicación de diferentes aspectos en la página web de la entidad, con actualización permanente (ABC de las Funciones Jurisdiccionales, modelo demanda, normatividad).
- Información diaria en la página web de la Entidad de los estados y traslados que son publicados en la Secretaría de la Delegatura.
- Pedagogía al Consumidor Financiero dentro del trámite de las audiencias.
- Implementación de nuevo aplicativo para el control de procesos de la Delegatura.
- Levantamiento de la jurisprudencia de la Delegatura a través de descriptores y resúmenes para su divulgación en la biblioteca virtual de la entidad.

67 Superintendencia Financiera de Colombia. Rendición de cuentas 2013. www.superfinanciera.gov.co

68 De acuerdo a la información publicada en la página web de la superintendencia a esta fecha.

69 “Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales (sic) mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria.” De acuerdo al párrafo de este artículo, deberá entenderse que la multa es a favor de la Superintendencia Financiera.

- Capacitación a los profesionales de la Delegatura en conciliación, argumentación jurídica, derecho del consumidor, Código General del Proceso, derecho de seguros, probatorio.
- Fortalecimiento de la planta de personal.
- Adecuación de las salas de audiencias.
- Aumento en la programación de audiencias diarias, de 1 a 4.
- Desarrollo de audiencias virtuales con asistencia de los consumidores que se encuentran fuera de la ciudad (Bogotá)⁷⁰.

Es difícil atribuir este incremento en el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores financieros exclusivamente a la ley 1480 de 2011. Ello es sin duda el resultado de una política de protección estatal a los consumidores en general, como lo vimos en el recuento normativo, pero tampoco pueden perderse de vista los importantes instrumentos de protección que brinda la norma con el fin de que las disposiciones legales no se queden en letra muerta, y que los consumidores, en especial los consumidores financieros, ejerzan sus derechos de una manera fácil, eficaz y que otorgue la mayor credibilidad.

No obstante lo anterior, todos los cambios introducidos en la norma no traerán efectos positivos en los consumidores, de hecho ya vimos como en casos en los cuales los consumidores financieros hubieran tenido plena protección ante los jueces de conocimiento antes de la vigencia de la norma, quedaron afectados por la caducidad consagrada en el numeral 3° del artículo 58 de la ley 1480.

Así mismo, y a pesar de las buenas intenciones de la Superintendencia, no se entiende como se ha omitido la aplicación de las consecuencias negativas al contrato de seguro, consagradas en el artículo 37 de la ley, cuando la entrega de las condiciones generales se ha dado con posterioridad a la entrada en vigencia del contrato de seguro, independientemente de las consideraciones que se hagan de la norma, de su posibilidad de cumplimiento en el día a día de la comercialización de seguros, o lo que se piense de su tecnicidad.

Vemos pues, que aún falta mucho por avanzar en materia de protección financiera, y en especial de educación financiera, a todos los actores que hacen parte del mercado de seguros en nuestro país, es decir los consumidores, los aseguradores, los intermediarios, y misma la Superintendencia Financiera.

70 Superintendencia Financiera de Colombia. Rendición de cuentas 2013. www.superfinanciera.gov.co

Con actores mejor preparados sin duda se podrá lograr el objetivo de generar mejores relaciones de consumo entre entidades aseguradoras y consumidores financieros, así mismo garantizar sus derechos, y un óptimo ejercicio de éstos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. "Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el nuevo estatuto del consumidor". Memorias del Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda. Cartagena, Marzo 2012.
- Circular Externa 015 de 2010. Imparte instrucciones relacionadas con el funcionamiento e implementación del Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC. Junio 30 de 2010. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular Externa 038 de 2011. Imparte instrucciones relacionadas con la información a los consumidores financieros. Septiembre 6 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular Externa 039 de 2011. Imparte instrucciones relacionadas con las cláusulas y prácticas abusivas. Septiembre 6 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia. Anales, viernes 23 de noviembre de 1990
- Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 78 - 116. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C1641 de 2000 (M.P Alejandro Martínez Caballero: Noviembre 29 de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C909 de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Noviembre 7 de 2012).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 1999 00629 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena: Abril 30 de 2009).
- Decreto 410 de 1971 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO.N°33339
- Decreto 913 de 1993. Por el cual se dictan normas en materia del ejercicio de la actividad de arrendamiento financiero o leasing. Mayo 19 de 1993. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Decreto 4327 de 2005. Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. Noviembre 25 de 2005. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Díaz-Granados Juan Manuel. "El Nuevo Estatuto del Consumidor". Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda. Cartagena, Marzo 2012.
- Diccionario de la Real Academia Española
- Fasecolda. *Conceptos Jurídicos*, Federación de Aseguradores Colombianos, Fasecolda, Edición 2008
- Gaceta del Congreso 626 de 2010

- Gaceta del Congreso 839 de 2010
- Gaceta del Congreso 1011 de 2010
- Gaceta del Congreso 1102 de 2010
- Gaceta del Congreso 184 de 2011
- Gaceta del Congreso 352 de 2011
- Gaceta del Congreso 641 de 2011
- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO.N°47411
- Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Julio 12 de 2010. DO.N°47768
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO.N°48220
- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO.N° 48489.
- Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diciembre 18 de 1990. DO.N°39607.
- Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, la Superintendencia Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Agosto 3 de 1999. DO. N°43654.
- Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 18 de 1999. DO.N°43673.
- Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Enero 14 de 2003. DO.N°. 45064.
- López Blanco Hernán. "Implicaciones de la consensualidad en el contrato de seguro". *Revista Ibero-Latino Americana de Seguros*, Ed. 12, Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
- Mayaux Luc. "¿Es el Derecho de Seguros un Derecho Consumerista?". *Memorias del Primer Congreso Internacional de derecho de seguros de Fasecolda*. Cartagena, Marzo 2012.
- Ordoñez Ordoñez Andrés E. *Estudios de Seguros*. 2012. Universidad Externado de Colombia.
- Ossa G. J. Efrén. *Teoría General del Seguro. El contrato*. Editorial Temis. Bogotá – Colombia 1991
- Súperintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011089903-001. Diciembre 15 de 2011.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2013008465-008. Julio 8 de 2013.
- Vásquez Claudia. "Protección al consumidor financiero". *Avances y Retos del Sector Asegurador*. Fasecolda, Bogotá - Colombia 2013.
- Villegas García, Andrés Felipe. "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Abuso de la libertad contractual en la carga de la prueba". *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho –Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo-*, Tomo 2, 2011, Biblioteca Jurídica Diké.