

**EL SEGURO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN COLOMBIA A LA LUZ DEL
DERECHO DEL CONSUMO**

**ALEJANDRO DURÁN ACOSTA
SEBASTIÁN VINUEZA MURILLO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO COMERCIAL**

**ASESOR
YESID ECHEVERRY**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
SANTIAGO DE CALI**

2012

Índice

Introducción	3
El Seguro	4
Aspectos fundamentales.....	4
Aspecto Técnico	4
Aspecto Jurídico	4
Aspecto Financiero	6
Aspecto Social	6
Evolución del Seguro a la luz del Derecho del Consumo	9
Status del Consumidor y Cláusulas Abusivas.....	29
Conclusiones	32
Bibliografía.....	33

Introducción

El presente ensayo se endereza a dar una mirada al concepto del seguro, abordando sus aspectos principales, para luego, encaminar esta revisión hacia la evolución histórica presentada por aquél, desde sus inicios en Colombia, que datan desde el siglo XIX hasta nuestros días, enfocando tal análisis a aquellas medidas de orden legislativo trascendentales en la búsqueda por una garantía efectiva y eficaz de los derechos de los consumidores.

Palabras claves: seguro, consumo, consumidor, cláusulas abusivas y consensualidad.

El Seguro

Aspectos fundamentales

El seguro es una institución compleja en lo relativo a sus fundamentos, su contenido y sus fines. Su examen comprende varios aspectos, a saber: el técnico, el jurídico, el financiero y el social. Lo anterior, conlleva necesariamente la dilucidación de aquéllos a efecto de brindar al lector una aproximación a la comprensión del mismo.

Aspecto Técnico

Hace referencia a la complejidad propia del proceso de tarificación. Dicho proceso refiere a su turno, el riguroso cálculo del valor de la prima del seguro, de manera que estas sean suficientes para garantizar la rentabilidad operacional. También refiere el régimen de reservas técnicas que deben establecer las compañías aseguradoras para respaldar de forma sostenible las obligaciones que contraen con los asegurados. Finalmente, hace referencia a la selección de los riesgos a asegurar y, también a los factores a tener en cuenta en la liquidación de las pérdidas por daños sufridas por el asegurado.

Aspecto Jurídico

Habida cuenta de la importancia del referido contrato, nuestro Estatuto Mercantil lo regula a través de normas especiales, verbigracia, la normativa que aborda el fenómeno de la prescripción, tipificando dos clases de prescripciones extintivas de las acciones que se derivan del contrato de seguros, la ordinaria de dos años y la extraordinaria de cinco años (diferentes de las dos modalidades de prescripción estatuidas en el Código Civil), que dicho sea de paso, configura uno de los temas más controvertidos en el ámbito del derecho de seguros.

Otros ejemplos de lo anotado, son la norma que otorga a la víctima en el seguro de responsabilidad civil, la calidad de beneficiaria del seguro; también la que le otorga facultad para accionar directamente contra la compañía aseguradora a efecto de reclamar los perjuicios que le haya irrogado el asegurado; y la que le imprime la calidad de título ejecutivo a la póliza de seguros, permitiendo de esta manera al asegurado o beneficiario, demandar su pago por la vía ejecutiva.

Aunado a lo dicho, conforme a esta normativa especialísima, el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada; así lo dispone en forma clara e imperativa, el artículo 1079 del Código de Comercio. En este sentido, la aplicación del principio de la indemnización en los seguros de daños, como es el del caso en estudio, el inciso 1º del artículo 1089 del Código de Comercio dispone que *“...dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo de los perjuicios patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario...”*.

El artículo 1079 del Estatuto Mercantil regula con carácter imperativo, para toda clase de seguros, con independencia de la naturaleza específica de aquél, preceptúa que *“...el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2o. Art. 1074...”*.

Así, la suma asegurada, condición particular de la póliza, responde de manera general a la declaración unilateral del asegurado; y es la base para la determinación de la prima, la cual debe guardar relación íntima con el grado de protección del interés objeto del contrato, soporte del equilibrio prestacional.

En este orden, el asegurado está en estrecho contacto con el citado interés, quién conoce su valor económico, valor asegurable, y, puede por tanto, cuantificar la protección requerida, la adecuada a su perfil de riesgo y a su posibilidad de pago. Y, por lo tanto, será también consciente del alcance de su eventual derecho a indemnización en caso de acontecer el siniestro.

De allí que, sobre el particular, el maestro Ossa, afirme lo siguiente:

...Como límite máximo, en toda clase de seguros, es fácilmente explicable por la necesidad técnica de evaluar, en función de su responsabilidad potencial, la prima que debe encajar el asegurador como contraprestación del riesgo que asume en virtud del contrato. Ni esta, ni aquella pueden ser ilimitadas.

...Y han de guardar, entre ellas, una relación adecuada que consulte la magnitud económica de la eventual prestación a cargo del asegurador. De ahí el carácter imperativo del Art. 1079, cuyo principio responde, además a otras consideraciones no menos importantes. Habida cuenta de su capacidad patrimonial y de su estructura técnica, el asegurador no puede comprometer su responsabilidad por encima de determinados límites calibrados en función de los riesgos que asume, de su clase, de su intensidad, de su magnitud económica. Es esta, en fin de cuentas, la que le permite absorberlos o compartirlos por la vía del reaseguro. Asume él, en

*verdad, frente al asegurado, jurídicamente, la integridad de la obligación condicional, pero en guarda de su equilibrio técnico-financiero, de su solvencia patrimonial...*¹

En el mismo sentido, el maestro Bustamante Ferrer ha sostenido lo siguiente:

*...El concepto de indemnización tiene relación clara con el interés asegurable y con el riesgo que asuma el asegurador. Como consecuencia, el seguro es indemnizatorio, porque lo que reciba el asegurado por razón del siniestro, no puede exceder el valor del interés asegurable, ya que en el exceso, no existiría este interés, que es el elemento esencial del contrato (...) Y además, naturalmente, se relaciona con el riesgo asegurable que incluye el alcance del amparo y las diversas limitaciones convenidas (...) Fuera de lo anterior, existe la limitación perentoria consagrada por el Art. 1079 en el sentido de que la indemnización no puede exceder en ningún caso la suma asegurada...*²

Aspecto Financiero

Debe tenerse en cuenta que algunas compañías de seguros, hacen parte de conglomerados financieros que están compuestos por entidades bancarias, administradoras de fondos de pensiones y empresas del sector real, entre otras.

Bajo este entendido, y con arreglo al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF, las compañías aseguradoras en el curso de las operaciones que adelanten, están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el 2010, la industria aseguradora representaba el 6% de los activos totales del sector financiero.³

Aspecto Social

Resulta indudable hoy, la importancia del seguro desde el punto de vista de la protección que brinda a los asegurados en caso de pérdidas sufridas por diferentes acontecimientos, siendo los desastres naturales, los más conocidos e impactantes; quienes ante estas eventualidades, han contado con el amparo de

¹ (OSSA G., 1988)

² (BUSTAMANTE FERRER)

³ (FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA, 2011, pp. 664-665)

una póliza de seguro, lo que les ha permitido superar eficientemente las consecuencias de orden social, familiar y de salubridad, que genera un evento catastrófico de estas características.

En el ámbito nacional, fue reconocida la celeridad y eficacia con las que las compañías aseguradoras, atendieron a los asegurados y beneficiarios, en el caso del terremoto que afectó al eje cafetero en 1999, algo similar aconteció con el gremio de los asegurados en el terremoto ocurrido en Chile en el 2010.

Sin embargo, a veces son tangibles fallas en la obligación de información y consejo que debe brindar el profesional que ejerce la intermediación de seguros (obligación que hoy busca proteger con mayor eficacia el nuevo Estatuto del Consumidor a lo cual nos referiremos posteriormente) a los asegurados, a efecto de evitar que se vean sorprendidos al presentar una reclamación, y quede la sensación, quizá, sobre la ineficacia de la protección a través del seguro.

Ahora bien, sobre la importancia y necesidad del seguro, en lo relativo al aspecto social aquí planteado, el profesor Hernán Fabio López Blanco se ha referido de la siguiente manera:

“...El incremento de toda actividad económica en un país depende, en mayor o menor grado, del seguro porque solo este garantiza contra pérdidas que, de no estar debidamente amparadas, llevarían, sin duda alguna, a quienes las sufren a una aflictiva situación financiera cuando no a la bancarrota: Empero, gracias al seguro es posible reanudar prontamente la actividad o, cuando menos, reparar el vacío económico que la muerte de una persona genera...”⁴

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en comunicación fechada el 6 de junio de 2011, dirigida a la Comisión Primera del Senado, en particular, en referencia al Proyecto de ley 144-3/2001 y 063-CJOO, suscrita por el Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo J., en su calidad de Presidente de la citada Sala, expresó:

...El contrato de seguro, bien se sabe, es uno de los negocios jurídicos de mayor dificultad, gracias a la convergencia de componentes de variada naturaleza: técnica, jurídica, financiera y social. Por ello, cualquier modificación que en esta esfera se proponga, debe hacerse luego de consultar, a espacio, los antedichos factores, ejercicio que demanda cautela y mesurado análisis, sobre todo si se trata de articular una reforma a uno de los tópicos que en las últimas décadas ha dado pábulo a encendidas y agudas polémicas, no todas superadas por la doctrina y por

⁴ (LÓPEZ BLANCO, 1999, p. 5)

la jurisprudencia, no empiece la fructífera labor realizada en este campo en el pasado...⁵

⁵ (JARAMILLO J., 2012, pp. 8-9)

Evolución del Seguro a la luz del Derecho del Consumo

De manera similar a lo acontecido a nivel global, en Colombia la actividad aseguradora surgió a partir del seguro de transporte de mercancías.

La industria del seguro en nuestro país data del año 1874, al compás de la fundación de la Compañía Colombiana de Seguros Colseguros.⁶ Colseguros expidió las primeras pólizas de seguros para amparar riesgos por transporte de mercancías que circulaban principalmente por el Río Magdalena y riesgos por incendio. La primera regulación que se conoce sobre el contrato de seguro en nuestro país⁷, se origina en la Ley 57 de 1887 sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación de orden nacional, mediante la cual, se adoptó como único en la legislación patria, el Código de Comercio del Estado de Panamá que regulaba el contrato de seguro, en vigor hasta 1972, cuando entró en vigencia nuestro actual Estatuto Mercantil.

Después, el artículo 55 de la Ley 60 de 1924 atribuyó a la entonces recién creada Superintendencia Bancaria⁸, la inspección de las compañías de seguros. Luego, la Ley 105 de 1927 estableció el régimen de inversiones y reservas que debían efectuar las compañías de seguros con el fin de garantizar y proteger el manejo de los fondos mutuos que constituían los asegurados mediante el pago de las primas; estableció que todas las compañías que pretendieran participar de la actividad aseguradora en Colombia, estarían bajo la supervisión de la referida Superintendencia y debían cumplir con las leyes nacionales; y autorizó la operación a las empresas extranjeras en nuestro país, pero bajo la condición de renovar anualmente la autorización.

Precisamente, la citada intervención estatal, desestimuló la participación de las empresas extranjeras en el mercado asegurador nacional, principalmente,

⁶ Se configura como la primera compañía de seguros constituida con capital nacional, compañía adquirida en 1999 por AGF Grupo Allianz, hoy, Allianz Seguros.

⁷ Antes de la referida normativa, lo relativo al contrato de seguro se encontraba regulado en el Código de Indias, pues la actividad aseguradora era ejecutada por empresas extranjeras.

⁸ La Superintendencia Bancaria de Colombia fue creada por el artículo 19 de la Ley 45 de 1923; en el año 2005, por medio del artículo 1 del Decreto 4327, dicha entidad se fusionó con la Superintendencia de Valores dando surgimiento a la hoy, Superintendencia Financiera de Colombia, organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

aquellas que comercializaban productos de los ramos de seguros de vida.⁹ En 1938, se instauró el seguro de manejo y cumplimiento con la Ley 225; en 1940, el Decreto 1403 estableció los capitales mínimos exigidos para la creación y funcionamiento de las aseguradoras; en 1960, bajo el Decreto 1961 se modificó el régimen de inversiones de las compañías de seguros. El Decreto 410 de 1971, nuestro actual Código de Comercio, lo reguló bajo su título V, donde trata el seguro terrestre, artículos 1036 a 1162 y en el título XIII, donde regula el seguro marítimo, artículos 1703 a 1765. Estas normas han sido objeto de modificaciones en algunos de sus artículos por la Ley 45 de 1990, el Decreto Especial 01 de 1990, la Ley 35 de 1993 y la Ley 389 de 1997.¹⁰

En materia de protección del consumidor, el Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor dictado por el Presidente de La República en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 73 de 1981, buscó proteger a los consumidores que resultaran perjudicados con la adquisición de productos, bienes o servicios defectuosos, otorgándoles la posibilidad de defender sus derechos, a través de la devolución del producto o mediante indemnización.¹¹

Al respecto, no debemos pasar por alto el entorno jurídico, económico y social que se vivía en el país hace 30 años cuando se expidió el referido Estatuto, que nada tiene que ver con la situación actual. En ese entonces, la protección del consumidor derivaba de los deberes sociales estatales, el artículo 32 constitucional (Constitución Política de 1886) establecía la intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. El modelo económico se desarrollaba bajo la presencia de un Estado proteccionista e intervencionista, sin apertura económica y sin los vertiginosos avances tecnológicos de la actualidad.

⁹ Sobre este aspecto, el doctor Roberto Junguito Bonnet, Presidente de la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA y la doctora Ana María Rodríguez, investigadora económica de la misma entidad, señalan lo siguiente: “...De acuerdo con los *Informes Anuales de la Superintendencia Bancaria (Superbancaria, 1927-1934)* de comienzos de la década de los treinta, las empresas extranjeras que operaban en el ramo de vida encontraron las disposiciones de la nueva ley contraria a sus intereses, en particular las normas impuestas sobre la obligación de establecer reservas técnicas invertidas en papeles colombianos principalmente del Estado y de los Gobiernos locales. De tal suerte, por varios años dejaron congelados sus negocios a los existentes en el momento de expedición de la ley 105...”. (FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA, 2011, p. 29).

¹⁰ (ISAZA, pp. 56-107)

¹¹ (MARTÍNEZ RAVE, 1998, pp. 494-495)

Posteriormente, bajo el marco y el ropaje del nuevo Estado Social de Derecho, el artículo 78 de la Constitución Política de 1991 estableció el derecho a la buena calidad de los bienes y servicios; el derecho al adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios; y, garantizó a las organizaciones democráticas de consumidores y usuarios su participación en el estudio de la normativa relativa a la materia.

Así, no sólo se presentó un cambio de orden constitucional, sino también en el esquema económico, pues se pasó de un modelo proteccionista e intervencionista a un régimen de mercado libre y privatizado, la apertura económica trajo consigo el ingreso de nuevos bienes y servicios, la ampliación de la inversión extranjera, la adopción de nuevos modelos de desarrollo y crecimiento; y más recientemente, la celebración de Tratados de Libre Comercio, entre ellos, el TLC suscrito con Estados Unidos.

Para el caso del sector asegurador, la Ley 1328 de 2009 incorporó al ordenamiento jurídico nacional lo negociado en el referido TLC; estableciendo entre otros elementos, la posibilidad para los colombianos de adquirir seguros en el exterior con algunas limitaciones, a partir del año 2013.¹²

Ahora bien, deteniéndonos un momento en la revisión de nuestro Estatuto Comercial, resulta pertinente analizar brevemente las modificaciones que han tenido por objeto la normativa relativa al seguro, no sin antes advertir, que hasta el año 1990, anualidad que marca el inicio de la entrada en vigencia de la Ley de reforma financiera, conocida como Ley 45, el mercado asegurador se hallaba totalmente protegido y regulado; en este orden, se restringía la inversión extranjera en el sector financiero y asegurador; se requería autorización sujeta a renovación de la Superintendencia Bancaria para el funcionamiento de las compañías aseguradoras; existía uniformidad en las comisiones que pagaban las compañías a los intermediarios de seguros, pólizas y clausulados idénticos para todas las compañías; y paridad en las tarifas con la prohibición de ofrecer

¹² El artículo 39 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 61 de la Ley 1328 de 2009, en su párrafo 2º establece: “...*Toda persona natural o jurídica, residente en el país, podrá adquirir en el exterior cualquier tipo de seguro, con excepción de los siguientes: a) Los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte, las rentas vitalicias o los seguros de riesgos profesionales; b) Los seguros obligatorios; c) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social, y d) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad del Estado. No obstante, el Gobierno Nacional podrá establecer, por vía general, los eventos y las condiciones en las cuales las entidades estatales podrán contratar seguros con compañías de seguros del exterior...*”.

descuentos o rebajas en las primas de los seguros. Al respecto, fue ampliamente conocida en el gremio asegurador, la denominada tarifa roja implementada por la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, consistente en una cartilla con cubierta de color rojo, en la cual se encontraban las tasas que se debían aplicar para calcular las primas de los seguros de daños, principalmente, los valores aplicables a las pólizas de incendio y riesgos aliados.

Posteriormente, la Ley 45 de 1990 introdujo modificaciones de interés para el sector asegurador nacional, orientadas hacia la inversión extranjera y la reducción de barreras de entrada al mercado; lo que en definitiva, condujo al mercado hacia la competitividad y la eficiencia, pues al competir entre ellas, las compañías aseguradoras debieron optimizar sus recursos en busca de ofrecer productos más completos, introduciendo valores agregados, orientados a tener factores diferenciadores, brindando una adecuada protección a tomadores y asegurados en beneficio de los intereses de unos y otros.

Sobre el particular, destacamos las siguientes modificaciones:

Como medida de protección específica al consumidor, implementó como obligatorio que las compañías debían agregar a su denominación social las palabras aseguradora o seguros, para que se pudieran distinguir de las demás;

Estableció como requisito de las pólizas, que los condicionados de éstas, debían ceñirse a lo estipulado para el seguro por el Código de Comercio, debiendo redactarse de forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos debían ser fácilmente legibles y los amparos básicos y las exclusiones debían figurar en caracteres destacados, en la primera página de la póliza; de esta manera, se dio punto final a aquellos condicionados de las pólizas que contenían un maremágnum de caracteres diminutos, que resultaban ininteligibles para los asegurados;

Otorgó a los tomadores y asegurados, libertad para decidir sobre la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora y en su caso, el intermediario, so pena de aplicar sanciones a quienes contrariaran esta disposición;

Implementó la figura de la ineficacia con relación a cláusulas contrarias a la Ley;

Estableció una serie de prácticas prohibidas a las aseguradoras, dentro de las cuales se encuentran, la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y, en general toda práctica encaminada a evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones surgidas del seguro, estableciendo como sanción a la aseguradora, la revocación del

certificado de autorización para el ramo o los ramos en los cuales se advirtiera dicha conducta;

Dejo claro el mérito ejecutivo de la póliza contra la aseguradora, especialmente, en aquellos casos en los cuales transcurrido un mes después que el asegurador reciba de parte del asegurado, beneficiario o quien lo represente, la reclamación acompañada de los comprobantes que acrediten la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida; y la compañía no objete de manera seria y fundada la reclamación¹³, resultando imperativo que no sólo debe objetar en el término de un mes, sino además, exponer los motivos en los que fundamenta su negativa al pago de la indemnización;

Redujo el plazo para el pago de la indemnización de 60 días a un mes e imposibilitó a las aseguradoras supeditar el pago de la indemnización a la aprobación del reasegurador, al indicar que *"...el contrato de reaseguro no varía el contrato de seguros celebrado entre el tomador y el asegurador, y la oportunidad del pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro..."*¹⁴;

Estableció para el tomador del seguro, como plazo para el pago de la prima, un mes contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza, o si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, so pena que el contrato de seguro termine de manera automática por parte del asegurador, de presentarse mora en el pago de la prima¹⁵;

¹³ El artículo 25 de la Ley 105 de 1927 confirió el carácter de mérito ejecutivo a la póliza de seguro, si la compañía no objetaba los comprobantes presentados para la reclamación dentro de los noventa días siguientes a la presentación de éstos. La objeción debía ser seria y fundada, evitando de esta manera que se presentaran objeciones sin el debido sustento legal.

¹⁴ (LÓPEZ BLANCO, 1999, pp. 204-205)

¹⁵ La terminación por mora en el pago de la prima no es aplicable al seguro de cumplimiento, por ser este seguro una garantía que ampara el cumplimiento de obligaciones ajenas, al respecto ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: *"...La corrección que la Sala se ve precisada a hacer, a uno y otro, consiste en que, dada la función económico social que al seguro de cumplimiento corresponde, concretamente la de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas, no es posible admitir que obre frente a esa especie aseguraticia la regla del tantas veces señalado artículo, que le permite al asegurador extinguirlo unilateralmente...La terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera ipso iure...Sería, en verdad, no solo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un*

Impuso a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la Ley; a responder en exceso de la suma asegurada, por los costos de los procesos que el tercero o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado; posibilitó la acción directa del damnificado contra el asegurador, estableciendo de esta manera una acción más eficaz; introdujo como riesgo asegurable la culpa grave; y reglamentó el momento a partir del cual comienza a contarse el término de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil, estableciendo una diferenciación en el cómputo de la misma, pues respecto de la víctima o perjudicado, el término inicia desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, en tanto que para el asegurado, el cómputo inicia desde el momento en que la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial¹⁶; y

Estableció que la responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del seguro; y estipuló que el asegurador y el reasegurador comparten análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador.

Con posterioridad, el Decreto Especial 01 de 1990, el Presidente de la República introdujo modificaciones al Código de Comercio en lo relacionado con el contrato de transporte y el seguro de transporte, adecuándolos a las nuevas necesidades que existían en el mercado para esa época. En este orden, estableció una referencia clara respecto de las mercancías como bienes amparados bajo la póliza de transporte, así como el trayecto asegurado; indicó que en la póliza automática, el certificado de seguro tiene la función de especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza; y facultó al asegurador para emitir el certificado de seguro, aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro.

perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso...". (CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 18/2009, Rad. 2001-00389. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena). Tomado del Código de Comercio Legis [§ 5393], p. 527.

¹⁶ (JARAMILLO J., 2012, pp. 96-132)

Fijó el inicio de la responsabilidad del asegurador, indicando que ésta comienza desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías objeto del seguro.

En cuanto al seguro relativo al transporte terrestre, si éste es realizado por un tercero, limitó la indemnización por concepto de daño emergente a cargo del asegurador, al valor declarado por el remitente, el cual está compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que haya lugar, y en caso de no declararse el valor, limitó la indemnización al 80% del valor probado que tuvieren las mercancías al momento del despacho.

Y, estipuló que el seguro de transporte puede ser contratado no sólo por el propietario de la mercancía, sino también por todos aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de ésta.

Seguidamente, la Constitución Política de 1991 trajo consigo importantes modificaciones en materia financiera, entre ellas, las siguientes:

Otorgó al Congreso la facultad reglamentaria de todas las actividades relacionadas con el sistema financiero nacional (Artículo 150, num. 19, literal I);

Otorgó al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la función de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que ejercen la labor de captar recursos del público para cualquier actividad (Artículo 189, num. 13); y,

Calificó las actividades bancaria, financiera y aseguradora como actividades de interés público, y por tanto, sujetas a la intervención y regulación del Estado (Artículo 335).

En concreto, recogió algunos adelantos de la reforma constitucional de 1968 y de paso, aclaró aspectos y diferencias entre las funciones; configurando el firme estandarte del actual esquema de facultades y de división funcional entre los diversos órganos del orden nacional.

Después, la Ley 35 de 1993, conocida como Ley marco de intervención del Estado en la economía, definió las normas generales, los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno para regular dichas actividades (Ley incorporada en el Decreto 663 de 1993 por el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modificó su titulación y numeración).

En el marco de la protección al consumidor, el literal b del artículo primero, estableció:

“...Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas...”.

Respecto al sector asegurador, estipuló un patrimonio técnico mínimo, un régimen de solvencia y un régimen de inversiones para las reservas técnicas de las empresas aseguradoras; y estableció el requisito de publicidad de las condiciones financieras de las entidades que se encontraban bajo la inspección de la Superintendencia Bancaria¹⁷ (hoy, Superintendencia Financiera de Colombia). Estas medidas sobre patrimonios técnicos, régimen de solvencia e inversiones para las reservas técnicas, estaban encaminadas a garantizar la liquidez y fortaleza patrimonial de las compañías aseguradoras, con miras a que el consumidor de seguros, encontrara un verdadero respaldo al momento de presentar una reclamación por las pérdidas que le ocasionara la ocurrencia del riesgo asegurado, de manera que éstas fueran efectivamente cubiertas.

Con relación al seguro, permitió pactar para los denominados grandes riesgos¹⁸, un plazo especial de sesenta (60) días hábiles, para que la aseguradora efectúe el pago de la indemnización; y aprobó que las partes estipulen la tasa de interés de mora en el pago del siniestro.

Permitió al asegurador reducir el término para la revocación del seguro, previa autorización que por razones de interés general, impartiera para algún ramo específico la Superintendencia Bancaria.

Introdujo la posibilidad de aseguramiento bajo el concepto de descubrimiento de un hecho, específicamente, para los riesgos de la actividad financiera¹⁹, pues hasta este momento, la cobertura del seguro sólo se brindaba bajo la modalidad por ocurrencia; lo que a la postre, viabilizó la posibilidad de incluir la cobertura del seguro por reclamación (Claims Made). Modificaciones en definitiva, orientadas a

¹⁷ (ISAZA, 2011, p. 84)

¹⁸ Aquéllos por valor asegurado superior a 15.000 SMMLV al momento de suscribir la póliza.

¹⁹ Reza el art. 23 de la Ley 35 de 1993, incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 185, num. 3: *“...En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador...”*.

facilitar y flexibilizar las operaciones y responsabilidades de las compañías aseguradoras.

Luego, la Ley 389 de 1997 permitió el aseguramiento bajo cláusulas claims made en los seguros de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad civil, circunscribiendo la cobertura al descubrimiento de las pérdidas durante la vigencia del seguro, para los primeros (seguro por descubrimiento de un hecho), y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia en el seguro de responsabilidad civil (seguro por reclamación); y estableció que se podían definir como cubiertos todos los hechos que acaezcan bajo la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Autorizó a las aseguradoras para comercializar seguros utilizando la red de los establecimientos de crédito, esquema conocido como Banca Seguro; facultó a los corredores de seguros a ofrecer, promover y renovar títulos de capitalización; y estableció la consensualidad del seguro, abandonando la solemnidad regente hasta 1997.

Al respecto, debemos indicar que desde los debates y en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio de 1971, se venía examinando la posibilidad de definir como una de las características del contrato de seguro, la consensualidad, lo que finalmente se dio con la modificación que la Ley 389 de 1997 efectuó al artículo 1036 del Estatuto Comercial.²⁰

¿La intención del cambio? Proteger los derechos de los asegurados, quienes ostentan la posición más débil de cara al contrato de seguro.

La solemnidad consistía en que sólo se perfeccionaba el contrato cuando el asegurador suscribía la póliza, es decir, en manos de éste estaba definir el momento cuando el contrato surgía a la vida jurídica, circunstancia que permitía que ni aún con el pago de la prima por parte del asegurado, el contrato entrara en rigor, pues se reitera, debía cumplirse de parte del asegurador, la ritualidad de suscribir la póliza. De manera que el asegurado estaba sujeto en el momento de presentar una reclamación, a que ésta fuera negada por parte de la compañía de seguros, con el argumento de no haber suscrito la póliza. De otro lado, la consensualidad terminaba con los llamados amparos provisionales o anexos temporales, mediante los cuales las aseguradoras otorgaban cobertura de los

²⁰ El texto original del artículo 1036 del C. de Co. indicaba: “...El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva...El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza...”.

riesgos, mientras se suscribía el contrato, amparos que en muchas ocasiones se vencían sin que se hubiese expedido la póliza, causando múltiples inconvenientes y diferencias contractuales que finalmente las partes debían resolver acudiendo a instancias judiciales.

Para efectuar el cambio se adujo, que la consensualidad agilizaría las relaciones mercantiles, rescatando los principios de autonomía de la voluntad y la buena fe en los negocios y, de paso, zanjaría la discusión doctrinal surgida respecto de cuál es el momento en que se cumplía con la solemnidad que caracterizaba al seguro, si ésta se verificaba sólo con la expedición de la póliza, o si por el contrario, se daba con la aceptación escrita que la compañía daba a la solicitud de seguro presentada por el asegurado.

Al respecto, rezaba el artículo 1046 del Código de Comercio: “...*El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguros se denomina póliza...*”; ante lo cual, entre otros, el profesor López Blanco indicó en su oportunidad, que la interpretación del citado artículo condujo a confundir el momento del perfeccionamiento con la prueba del contrato.²¹

Pese a lo anterior, la jurisprudencia relacionada con la solemnidad del contrato de seguro y la responsabilidad del asegurador hoy es escasa, como se desprende de lo afirmado por autores como el profesor Andrés Ordóñez, quien manifiesta:

*“...Una práctica de muchos años nos había enseñado sin mayores tropiezos a convivir con el seguro solemne, si bien no había existido tiempo suficiente para estructurar una jurisprudencia nutrida y coherente sobre esa realidad, particularmente en lo que atañe a la etapa precontractual que adquiere gran importancia cuando se trata de un contrato de este tipo...”*²²

Ahora bien, la consensualidad no fue bien recibida por una parte de la doctrina²³ y el sector asegurador, pues se consideró que ésta iba a generar un gran número de conflictos entre asegurados y aseguradores y que a su turno, reduciría la seguridad del seguro.

²¹ (LÓPEZ BLANCO, 1999, pp. 25-26)

²² (ORDÓÑEZ, 1998, p. 12)

²³ Específicamente aquella que siempre fue partidaria de la solemnidad en el contrato de seguro, dentro de quienes se encuentra, precisamente, el profesor Andrés E. Ordóñez.

Lo anotado explica las previsiones tomadas por las aseguradoras, con el fin de evitar que una simple cotización o propuesta, pudiera tomarse como aceptación de parte de las compañías de los riesgos a ellas presentados por los asegurados.

Observemos los siguientes ejemplos:

“...Esta liquidación provisional no implica aceptación del riesgo, está sujeta a estudio, inspección y aprobación que sea del caso. Ha sido confeccionada en base a los datos facilitados por el cliente y las primas calculadas según las tarifas vigentes en el día de su confección, constituyendo un estudio informativo, SIN VALIDEZ CONTRACTUAL y condicionado a que todos los antecedentes indicados se mantengan y sean contrastados...”

“...La presente cotización no supone asunción de riesgos por parte de la Compañía, ya que sólo contiene información sobre condiciones y el costo de la prima, de acuerdo con la información suministrada. La aceptación del contrato de seguro queda condicionada a la evaluación de la información requerida y completa, al cumplimiento de los requisitos de asegurabilidad y a la aceptación expresa y por escrito, del riesgo cotizado con la presente, por parte de la compañía...”

“...La presente cotización no supone asunción de riesgo por parte de la compañía y no genera responsabilidad alguna. La aceptación del contrato queda condicionada a la evaluación de información contenida en la solicitud, al cumplimiento de los requisitos de asegurabilidad exigidos por la compañía, y a la expedición del contrato de seguro respectivo...”

“...La presente precotización está sujeta al cumplimiento de los requisitos de asegurabilidad, exigidos por la Compañía, entre los que se encuentra la inspección del riesgo...”

Al respecto, debemos indicar que las anteriores previsiones, lejos de burlar los intereses de los asegurados, brindaron mayor claridad, certidumbre y seguridad al seguro. Lo anterior, si tenemos en cuenta que la fase precontractual del seguro es compleja y compuesta de varios momentos que finalmente llevan a la aceptación o no del riesgo de parte de la compañía, o a la aceptación o rechazo de parte del asegurado de la oferta, las condiciones y garantías propuestas por parte de la compañía aseguradora para suscribir el riesgo.

Dependiendo del tipo de riesgo, por ejemplo, en los seguros que protegen bienes como empresas (denominados seguros reales), normalmente opera una solicitud de condiciones para asegurar el riesgo, donde la compañía emite una cotización o liquidación provisional, indicando los amparos a otorgar y el valor de la prima,

dejando constancia que para aceptar el riesgo, éste debe ser inspeccionado por quien designe la compañía.

Durante la inspección se verifican las condiciones que presenta el riesgo en lo relativo a características y grupo de construcción, instalaciones eléctricas, limpieza y orden, accesibilidad al lugar, distancia con la estación de bomberos más cercana a la empresa, tipo de mercancías y almacenamiento, protecciones contra incendio (extintores, hidrantes, gabinetes contra incendio y rociadores automáticos), medidas de seguridad (vigilantes, alarmas monitoreadas y detectores de humo), mantenimiento de equipos (correctivo, preventivo y predictivo), instalación de estabilizadores de voltaje y supresores de picos de corriente eléctrica, entre otras; con el informe de inspección, el suscriptor de la compañía analiza si el riesgo es asegurable o no, si es asegurable especifica cuáles son las condiciones bajo las cuales se acepta el riesgo, define tasas y deducibles, así como las garantías a exigir (por instalación de extintores, alarmas, libros de contabilidad y cualquiera otra que considere la aseguradora); acto seguido, se presentan nuevamente las condiciones al solicitante del seguro, quién finalmente define si las acepta o no, informando de ello a la compañía, y será en este momento cuando se concrete el acuerdo entre las partes, que requiere la consensualidad que se predica del seguro, así no se haya expedido la póliza.

Otro tanto ocurre con los seguros mediante los cuales se busca amparar los riesgos a los que están expuestos los seres humanos, a saber: los ramos vida, integridad personal o salud (seguros personales); en éstos, opera la solicitud de seguro con un cuestionario denominado declaración de asegurabilidad²⁴, en la

²⁴ Desde aquel entonces, se percibe con absoluta claridad la obligación a cargo del tomador del seguro de declarar sobre las condiciones y el estado del riesgo a asegurar (bien sea que se trate de seguros reales, patrimoniales o personales), pues la reticencia o inexactitud dan lugar a la nulidad del contrato de seguros, según las voces del artículo 1058, del Código de Comercio que establece: *“El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro...Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo...Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160...Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente...”*.

cual, el solicitante debe consignar si presenta alguna enfermedad preexistente al momento de la solicitud, qué tratamientos médicos está llevando a cabo, si ha tenido algún accidente o cualquier otra situación que se considere como agravación del riesgo, y dependiendo de las respuestas a esta declaración, la aseguradora define si es viable otorgar el seguro, si lo acepta condicionado a una extraprima, o sencillamente si no lo acepta. En no pocas ocasiones, la compañía requiere al solicitante del seguro, para que allegue su historia clínica y después de un riguroso análisis, se definen las condiciones de aceptación o no de la solicitud; una vez definidas aquéllas, éstas son comunicadas al solicitante, y si éste manifiesta su aceptación, se verifica el acuerdo entre las partes por consensualidad, perfeccionándose el contrato de seguro aún sin la expedición de la póliza.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, se deben surtir varias etapas para que finalmente se pueda afirmar que existe acuerdo entre las partes sobre los elementos esenciales del seguro²⁵, a saber: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima del seguro y la obligación condicional del asegurador.

Se debe hacer claridad, que por parte de las aseguradoras los funcionarios que tienen capacidad para comprometer a la compañía, es decir, para manifestar el acuerdo de voluntades, son únicamente quienes ostenten la representación legal de la misma o estén expresamente facultados para ello, facultad que deberá estar inscrita en el registro mercantil; es decir, que quienes ejercen labores de intermediación, carecen de tal facultad y no puede considerarse que alguna manifestación de aceptación de éstos, comprometa legalmente al asegurador.

Si bien inicialmente, se generó alguna incertidumbre sobre los inconvenientes y diferencias entre aseguradoras y asegurados que podía suscitar la consensualidad, su transición y consolidación no ocasionó mayores inconvenientes, por el contrario, proporcionó transparencia a las relaciones contractuales, pues ya no se dejó al arbitrio del asegurador indicar en qué momento suscribía el contrato de seguro, sino que, por el contrario, lo exhortó a ser más claro en la definición de las condiciones contractuales y ágil al momento de expedir la póliza, esto último, como consecuencia de los desarrollos

²⁵ Por elementos esenciales del contrato de seguro, entendemos los siguientes: a) Interés asegurable: Lo constituye el vínculo económico que ostenta una persona sobre un bien material o personal. b) Riesgo Asegurable: Es el hecho futuro e incierto al que están expuestos los bienes y que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario. c) Prima o precio del seguro: Es la contraprestación económica que recibe el asegurador de parte del tomador del seguro, por asumir el riesgo. d) Obligación condicional del asegurador: Es la obligación que le asiste al asegurador de pagar la indemnización cuando ocurre el siniestro, es decir cuando se realiza el riesgo asegurado.

tecnológicos que permiten hoy en día que la expedición de la póliza se haga en cuestión de horas, en una clara protección de los intereses de los asegurados.

Por último, la Ley 389 de 1997 al modificar el artículo 1046²⁶ del Código de Comercio, regló el ámbito probatorio del seguro, pues estableció que el seguro podía probarse por escrito o por confesión.

Sobre el particular, la Superintendencia Financiera en Concepto No. 89903 de fecha 15 de diciembre de 2011, indicó que las pólizas remitidas por correo electrónico tienen iguales efectos que las impresas, de acuerdo al reconocimiento y validez probatoria que le confirió la Ley de Comercio Electrónico (Ley 527/99) a este tipo de documentos, eso sí, siempre que cumplan con los requisitos de origen, integridad y confiabilidad a que haya lugar.

Contrario a lo dicho, los seguros suscritos con entidades estatales siempre fueron solemnes, incluso, después de la citada reforma. Lo anterior, a la luz de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, que en el citado orden, rezan lo siguiente:

*“...los contratos que celebren las entidades estatales constaran por escrito...”; éstos se “...perfeccionan cuando se logra el acuerdo sobre el objeto y la prestación y éste se eleve a escrito...”.*²⁷

Sin embargo, en el marco de la citada consensualidad, las cláusulas claims made delimitaron temporalmente la cobertura del seguro, concediendo al asegurador la posibilidad de restringir la garantía a los reclamos que se formulen durante la vigencia del amparo y de esta manera, eximirlo de reclamos cuando la manifestación se presenta tiempo después de ocurridos los hechos amparados. Esta medida, facilitó a las aseguradoras la consecución del reaseguro para amparar estos riesgos y propició la evolución de los seguros de responsabilidad civil para diversos ramos: profesional para directores y administradores, profesional médica y por contaminación o daño ambiental, entre otros.

²⁶ El texto original del artículo 1046 indicaba: *“...El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición...”*.

²⁷ Al respecto véase, Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del diecinueve de septiembre de 2011, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

No obstante lo dicho, la inclusión de las cláusulas claims made en nuestra legislación, ha sido objeto de duras críticas; al respecto, el profesor Javier Tamayo Jaramillo ha indicado que:

*...nos parece lesiva para los intereses del asegurado una cláusula en la que se condicione el pago del seguro al doble hecho de la ocurrencia del daño y de la reclamación del perjudicado durante la vigencia del seguro. La naturaleza del daño, de su exteriorización y de su reclamación, dejan prácticamente sin contenido el contrato de seguro. En la mayoría de los casos, las acciones en responsabilidad contra el asegurado sólo prescriben muchos años después de ocurrida la conducta del asegurado o de producido el daño o su aparición. De allí que, casi nunca, las reclamaciones contra el asegurado se hagan dentro de la vigencia del seguro que en muchos países es solo de un año...*²⁸

De cara a estas cláusulas, resultó pues evidente la relevancia del deber de conocer para el asegurador y los intermediarios, las necesidades del asegurado, para así, brindarle una adecuada información y consejo al consumidor, amplia y detallada, y de este modo, ofertar lo adecuado a las necesidades de aquél.

Posteriormente, la Ley 510 de 1999 impuso al asegurador la obligación de “...efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad...”.

En cuanto a la Superintendencia Bancaria, la citada Ley asignó funciones jurisdiccionales a la misma con el fin que los clientes de las entidades vigiladas, sometieran a su conocimiento los asuntos contenciosos que se suscitaban entre unos y otros. Además, introdujo en la legislación la figura del defensor del cliente, ante quien, los asegurados podían presentar directamente sus reclamos; reservándose la potestad de someterlos al conocimiento de la referida autoridad, de no encontrarse de acuerdo con la decisión del citado defensor.

Con posterioridad, la Ley 795 de 2003 modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF, implementando como obligaciones para las entidades vigiladas, el deber de suministrar información a los consumidores para lograr la mayor transparencia operacional; el deber de observar la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes; y la prohibición de utilizar cláusulas

²⁸ (NARVAÉZ BONET, 2007, pp. 297-298)

abusivas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio contractual o dar lugar al abuso de la posición dominante.

Estableció la independencia de las juntas directivas, consejos directivos o de administración de las entidades vigiladas, descartando que aquéllas puedan estar integradas por un número de miembros principales y suplentes vinculados laboralmente a la respectiva institución, a efecto de evitar la conformación de mayorías decisorias; y estableció que los representantes legales para emprender el ejercicio de sus cargos deben posesionarse y prestar juramento ante la Superintendencia del ramo, con excepción de los gerentes de sucursales.

Incrementó el capital mínimo requerido para la constitución de nuevas entidades e introdujo modificaciones al patrimonio técnico y adecuado y al fondo de garantías de las entidades aseguradoras, así como al patrimonio requerido para operar los diferentes ramos y los márgenes de solvencia. Como advertimos antes, estas medidas se enderezaban a la protección del consumidor, pues este esquema patrimonial configuraba una garantía del cumplimiento de la obligación condicional del asegurador frente a los reclamos presentados por los asegurados o beneficiarios.

Impuso a las instituciones vigiladas por la referida Superintendencia, la obligación de contar con un defensor del cliente, con miras a que el mismo ostentara la vocería de los usuarios ante la respectiva institución; conociendo y resolviendo las quejas de aquéllos relativas a la prestación de los servicios; con independencia de los organismos de administración de las mismas entidades, y sin poder desempeñar ninguna otra función; eso sí, sin competencia para ocuparse del reconocimiento de indemnizaciones o sumas aseguradas. Figura reglamentada por el Decreto 690 de 2003.

En el 2005, la Ley 964 (reglamentada por el Decreto 4327 de 2005) fusionó las Superintendencias Bancaria y de Valores, configurando de este modo, en adelante, una supervisión basada en riesgos por actividad.

Y, estableció para las entidades vigiladas los sistemas de administración del riesgo, conocidos como SAROS; y permitió a las compañías aseguradoras invertir sus reservas en productos derivados.

Más recientemente, la Ley 1328 de 2009 estableció la posibilidad para los colombianos de comprar seguros en el exterior con algunas limitaciones a partir del año 2013; permitió el establecimiento de sucursales de compañías de seguros del exterior bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera; prohibió la venta, ofrecimiento, promoción y publicidad de seguros de compañías de seguros extranjeras, actividad tipificada ilegal y sancionada civil y administrativamente.

Además, estableció el Registro Único de Seguros RUS (reglamentado por el Decreto 2775 de 2010) a efecto que se pueda consultar información, de manera concreta, asequible y segura, acerca de las personas que han adquirido pólizas de seguro, las que se encuentran aseguradas en dichas pólizas y las beneficiarias de las mismas. Precisamente, esta información ya se puede consultar a través de Internet, en la página web www.rus.com.co, obteniendo respuesta a la información solicitadas en un término de quince días hábiles.

En materia de protección al consumidor, estableció en su artículo 3 como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, la debida diligencia; la libertad de elección; la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; la responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas; el manejo adecuado de los conflictos de interés; y la educación del consumidor financiero.

Para el caso específico de las entidades aseguradoras, la Superintendencia Financiera de un lado, mediante la Circular No. 038 de 2011, sin perjuicio de las reglas generales, estableció la información que las entidades deben emitir y entregar a los consumidores de seguros (Título I, Capítulo VI, numeral 9.8); y de otro, a través de la Circular No. 039 de 2011 indicó algunos ejemplos de conductas abusivas al interior del referido ramo.

Y, fortaleció la figura del defensor del consumidor financiero, asignándole nuevas funciones, la más relevante sin arrojarse a duda: la potestad de servir de conciliador entre las partes. Sobre el particular, consideramos que la manera idónea de dotar de mayor eficacia a esta figura consiste en determinar que las decisiones de aquéllos sean de obligatorio cumplimiento para las compañías aseguradoras. En la actualidad, según información de la Superintendencia Financiera de Colombia, de 45 entidades aseguradoras presentes en el orden nacional, sólo 8 han establecido que las decisiones de sus defensores son obligatorias para la entidad.

Por último, la Ley 1480 de 2011, contentiva del Nuevo Estatuto del Consumidor, estipuló reglas que se refieren específicamente al seguro, entre ellas, el inciso final del artículo 23, el artículo 34, el numeral tercero del artículo 37 y el artículo 57, a los que nos referiremos a continuación.

El inciso final del artículo 23 de la referida Ley, estableció lo siguiente:

“...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 prima, dentro de los treinta (30) días siguientes...”

Y, reformó por tanto, la condición hasta ahora vigente, en el sentido que cualquier cambio en el valor asegurado, sea incremento o merma, requería de un acuerdo expreso entre las partes, dejando ahora dicha modificación al arbitrio del asegurador, en clara vulneración a los derechos del consumidor.

Quizás, lo buscado por el legislador con esta regla fue regular la situación que se venía presentando con la indemnización en los seguros de automóviles, donde al momento de presentarse una pérdida total por hurto o por daños, la aseguradora en aplicación del principio indemnizatorio del seguro, indemniza por el valor comercial al momento de presentarse la pérdida y no por el valor asegurado inicialmente pactado en la póliza, esto es, en definitiva por un menor valor.

Es el caso por ejemplo, de los automotores adquiridos mediante modalidades de crédito, pues al momento de presentarse el siniestro, el valor de la indemnización a la fecha, no resulta suficiente para solventar el valor de lo financiado, quedando entonces, el asegurado, sin el automotor y con saldo pendiente por pagar.

Lo procedente entonces hubiese sido que la norma estableciera, para el caso de los seguros de automóviles, como valor de la indemnización, el valor asegurado al inicio de la vigencia de la póliza, sin que éste pueda ser modificado durante la misma.

Sobre el particular, el Dr. Juan Manuel Díaz-Granados, expresa lo siguiente:

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

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

*...No obstante el deseo del legislador, la norma dice una cosa muy distinta, ya que se refiere exclusivamente al valor asegurado y no al monto indemnizable, razón por la cual esta nueva disposición no producirá los efectos que pretendía el legislador...*²⁹

²⁹ (El Nuevo Estatuto del Consumidor, su Incidencia en el Contrato de Seguro, 2012, p. 22)

Por su parte, reza el artículo 34 de la citada Ley lo siguiente:

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

Por tanto, ahora, las referidas condiciones junto con las cláusulas confusas se interpretarán a favor del consumidor.

Y, por su parte, el numeral tercero del artículo 37 de la referida Ley indica:

“...En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y 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...”.

Aunado a lo dicho, debemos anotar que el gremio asegurador se encuentra a la espera que la Superintendencia Financiera, expida una reglamentación sobre esta normativa, pues ella impacta todo lo que tiene que ver con el mercadeo masivo de los seguros, incluso, los denominados microseguros, pues en estos canales de distribución se dificulta la entrega de las condiciones de manera anticipada a los tomadores.

Somos partidarios de la tesis que este requisito se agota con el deber de información y consejo que ostentan los intervinientes en la colocación de los seguros; eso sí, bajo el entendido que es responsabilidad del consumidor, no sólo recibir las condiciones, sino enterarse de ellas, pues de nada sirve que las reciba anticipadamente cuando no las estudia y entiende, y de allí, que conforme a lo anotado, resulte fundamental la participación del intermediario.

La mentada Ley insertó por primera vez en nuestra legislación, la definición de cláusula abusiva, definiéndolas en los artículos 42 y 43, donde presenta un listado indicativo de 14 cláusulas abusivas, castigadas con la ineficacia de pleno derecho. Sobre el particular, la Ley 1328 de 2009, en su artículo 11, contempla también un listado de cuatro tipos de cláusulas abusivas y faculta a la Superintendencia Financiera para establecer de manera previa y general otro tipo de cláusulas de esta naturaleza.

El artículo 57 de la referida Ley asignó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera. En consecuencia, los consumidores financieros podrán someter al conocimiento de aquélla, los asuntos contenciosos que se susciten entre unos y otros, relativos a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad que adelanten.

Y, el artículo 58 de la citada ley estableció como procedimiento especial para estos casos, el proceso verbal sumario, para el cual no se requiere abogado. Sobre este punto, una atribución que resulta por demás novedosa, consiste en que el Juez de conocimiento o la Superintendencia puedan proferir fallos infra, extra y ultrapetita.

Sobre el particular, el profesor Díaz-Granados ha señalado que:

*“...esta norma sería en principio aplicable al procedimiento de la Superintendencia Financiera, pero dada la existencia de una norma especial que establece que el fallo será en derecho, nos inclinamos a pensar que este debe ser el criterio rector de sus decisiones...”*³⁰

Se trata pues de dos normativas que se encuentran en proceso de implementación y reglamentación. En lo relativo al Estatuto del Consumidor, el Gobierno Nacional a la fecha ha expedido tres reglamentaciones, a saber: la primera, de autoría del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, estableciendo los criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, a la hora de imponer sanciones; y el segundo y el tercero, de autoría del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, modificando la estructura y planta de la Superintendencia Financiera, con el ánimo de configurar una dependencia de carácter jurisdiccional que adelante todos los procesos sancionatorios contemplados en la normativa³¹.

Para finalizar, la Superintendencia Financiera, en el mes de abril, expidió la Circular No. 28 de 2012, en la que reitera la obligación que les asiste a las aseguradoras los deberes de brindar a los asegurados y tomadores información transparente, cierta, suficiente y oportuna.

³⁰ Ibid., p. 33.

³¹ (DÍAZ-GRANADOS, 2012, p. 6)

Status del Consumidor y Cláusulas Abusivas

Sobre el status de consumidor, el profesor Alejandro Duque Pérez ha sostenido que:

...El consumidor y el empresario poseen un status diferente: desde el punto de vista económico la supremacía del empresario proporcionador de bienes y servicios es superior a la capacidad del consumidor. Por si fuera poco, el consumidor se ve compelido a adquirir los bienes y servicios que el empresario ofrece, pues son condición necesaria de existencia en la sociedad actual, sin ellos verá comprometido el desarrollo máximo de su libertad material. Esta situación restringe el campo de libertad del consumidor al momento de la decisión.

...Surge entonces como relevante para el derecho la figura del “consumidor”, categoría eminentemente económica y sociológica que identifica al sujeto como destinatario de los productos o servicios distribuidos en el mercado por las empresas.

...El status de consumidor nace en el campo económico donde el consumidor es entendido como “Homo economicus”, que opera en el mercado como destinatario de bienes y servicios, y en el campo sociológico, donde es entendido como contraparte débil de la empresa, como un sujeto que por lo común no está informado sobre las operaciones que realiza, ni sobre las características de los productos y servicios, y que no está provisto de poder de negociación, sino únicamente dotado de la facultad de decisión entre productos, entre servicios, entre ofertas negociales que a menudo son idénticas entre sí.

...Todo esto hace necesario darle a ese consumidor el status jurídico que le corresponde. Es necesario transformar ese status de consumidor económico y sociológico en status jurídico. Sólo así la categoría de consumidor adquiere valor normativo y exige ser destinatario de normas establecidas para fines de tutela y protección al público destinatario de productos y servicios.

...Y el primer instrumento necesario será un nuevo concepto de contrato como el que hemos planteado, concepto de contrato en el cual el perfeccionamiento exige además del acuerdo de voluntades como condición necesaria, la adecuada satisfacción de necesidades sociales como condición suficiente, siendo la suma de estas dos condiciones la que constituye el supuesto normativo que habrá de realizarse para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente la creación de normas particulares y concretas cuya fuente formal sea éste...³²

³² (Una Revisión del Concepto Clásico de Contrato Aproximación al Contrato de Consumo, 2008)

Como lo advertimos antes, respecto de las cláusulas abusivas, resulta relevante tener en cuenta lo estipulado por los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, al definir las y estipularlas, respectivamente, lo que configura en últimas, una innovación de tipo legislativo. Así, las cláusulas abusivas de orden contractual resultan ser aquellas que advierten y derivan de un lado, un desequilibrio injustificado y significativo para una parte o varias de las contratantes; y de otro, un beneficio desmedido por el exceso y la desproporción para la otra parte inserta en el contrato. Lo anterior, bajo el entendido que, según la Corte Suprema de Justicia³³, el principio de la autonomía de la voluntad al permitir a los contratantes pactar libremente sus obligaciones, no resulta ser una categoría absoluta, pues en efecto, está limitado por el principio de la buena fe, lo que justifica la citada prohibición legal.

Se trata pues, de cláusulas que ameritan todo el reproche del derecho, al entrañar una violación de la equidad natural que propician y generan como se anotó, un desequilibrio manifiesto entre las cargas, los derechos y las obligaciones de los contratantes. Aunado a lo dicho, las cláusulas abusivas vulneran el principio de la buena fe, pues distancian al contratante débil de aquello que razonablemente albergaba como expectativas del contrato, por ejemplo, efectuando una sustracción del mismo, de aquellas obligaciones que deberían entenderse incluidas.

Al decir del doctor LAGUADO GIRALDO, el artículo 1603 del Código Civil y los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, hablan de lo que la doctrina denomina buena fe objetiva. “...Según este mandato, los contratos deben ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo aquello a que expresamente se han obligado sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él...”³⁴

Como corolario de lo expuesto, resulta claro que las cláusulas abusivas a la luz del principio de la buena fe objetiva, recogido por nuestro ordenamiento y desarrollado por la doctrina académica y judicial, deben ser objeto del más alto reproche, como quiera que afectan de tajo el citado equilibrio entre los contratantes; y aunado a lo dicho, también es factible advertir que, con arreglo al nuevo Estatuto del Consumidor, aquellas cláusulas que limiten la responsabilidad del productor por lo defectuoso del producto, que estipulen la renuncia de derechos por parte del

³³ Corte Suprema de Justicia, Sent. 5670, de febrero 2 de 2001.

³⁴ (Condiciones Generales Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro)

consumidor o la inversión de la carga probatoria en detrimento de este último, serán ineficaces y, por tanto, se tendrán por no escritas.

Conclusiones

- La evolución histórica del seguro a la luz del derecho del consumo, evidencia con absoluta claridad el interés del legislador por proteger los derechos del consumidor.
- El carácter de consensual otorgado al seguro como se vio, dio mayor claridad a las relaciones contractuales entre consumidor y aseguradora, como quiera que el surgimiento del contrato ya no está en cabeza de esta última, pues por el contrario, las partes lo definen.
- La determinación legislativa de las denominadas cláusulas abusivas, mediante una expresa definición del concepto de aquéllas, como la integración de listas indicativas de las mismas, permito hoy, sin los escollos legales del pasado, acreditar y verificar en el ámbito contractual la existencia de éstas ante las autoridades pertinentes.
- La figura del defensor del consumidor financiero y de seguros configura una aproximación a la defensa real de los intereses del primero; sin embargo, como se advirtió, la falta de obligatoriedad de los conceptos por aquel rendidos constituye también un grave obstáculo para la efectiva garantía de los referidos derechos.
- Las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Financiera y a la Superintendencia de Industria y Comercio, y la brevedad del procedimiento al interior de aquéllas, respecto de las controversias sometibles a su conocimiento, en definitiva aseguran la posibilidad de contar con el estudio acucioso de instituciones tecnócratas y concedoras de la especialidad de la materia.

Bibliografía

BUSTAMANTE FERRER, JAIME/URIBE OSORIO, A. INÉS. *Principios Jurídicos del Seguro.*

Condiciones Generales Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro. **LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS.** Bogotá D.C. : Pontificia Universidad Javeriana. Vniversitas.

DÍAZ-GRANADOS, JUAN MANUEL. 2012. *Ámbito Jurídico.* 344, 2012.

El Nuevo Estatuto del Consumidor, su Incidencia en el Contrato de Seguro. **DÍAZ-GRANADOS, JUAN MANUEL. 2012.** Cartagena de Indias : s.n., 2012. I Congreso Internacional de Derecho de Seguros: La Protección del Consumidor y el Seguro de Responsabilidad Civil.

FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA. 2011. *La Industria Aseguradora en Colombia 35 años.* Bogotá D.C. : FASECOLDA, 2011. Vol. 1.

ISAZA, FELIPE. 2011. Aspectos Institucionales y Jurídicos, Historia Legal del Seguro en Colombia. [aut. libro] FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA. *La Industria Aseguradora en Colombia 35 Años.* Bogotá D.C. : FASECOLDA, 2011, Vol. 1.

JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO. 2012. *La Prescripción en el Contrato de Seguro Colección Ensayos.* Primera. Bogotá D.C. : Temis, 2012. Vol. 16.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. 1999. *Comentarios al Contrato de Seguro.* Tercera. Bogotá D.C. : Dupré, 1999.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. 1998. *Responsabilidad Civil Extracontractual.* Décima. Bogotá D.C. : Temis, 1998.

NARVAÉZ BONET, JORGE EDUARDO. 2007. *De la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental y el Seguro Ecológico en Colombia Seguros Temas Esenciales.* Bogotá D.C. : ECOE Universidad de la Sabana, 2007.

ORDÓÑEZ, ANDRÉS ELOY. 1998. *El Contrato de Seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios.* Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia, 1998.

OSSA G., J. EFRÉN. 1988. *Teoría General del Seguro.* Bogotá D.C. : Temis, 1988.

Una Revisión del Concepto Clásico de Contrato Aproximación al Contrato de Consumo. **DUQUE PÉREZ, ALEJANDRO. 2008.** 109, Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana, 2008, Vol. 38. Revista, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.