

Segunda parte

Discursos de ascenso e ingreso como miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA MIRADA A SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Jorge Villegas Betancur**
Académico de número
Capítulo seccional (Medellín)

“Los tres pilares del trípode del consentimiento son el deseo, los datos y la duda”.

Frank Herbert

Resumen: Este artículo explora el concepto de consentimiento informado y su evolución dentro del derecho colombiano. Inicia trazando la incorporación del consentimiento informado en diversos sectores como el derecho civil, financiero y médico, resaltando su papel fundamental en garantizar una toma de decisiones transparente entre las partes. Además, se examina el consentimiento informado tanto como una obligación contractual como un principio jurídico más amplio basado en la buena fe. Asimismo, se discuten las influencias de las normativas de protección al consumidor y los importantes desarrollos legales que han moldeado la comprensión y aplicación del consentimiento informado en Colombia. El análisis se apoya en referencias a marcos legislativos clave y jurisprudencia, ofreciendo una revisión integral de cómo opera el consentimiento informado en múltiples disciplinas jurídicas.

* Trabajo presentado en sesión del 30 de mayo de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado (1987). Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios y Magister en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Profesor del Negocio Jurídico Financiero de la Especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad EAFIT. Vicepresidente de Asuntos Legales y Corporativos de La Cámara de Comercio de Medellín Para Antioquia.

Contacto: jorge.villegas@camaramedellin.com.co

Palabras clave: Consentimiento informado; derecho colombiano; derecho contractual; protección al consumidor; buena fe; ética médica; evolución jurídica.

INFORMED CONSENT A LOOK AT THEIR INCORPORATION INTO COLOMBIAN LAW

Abstract: This article examines the concept of informed consent and its integration into Colombian law. It traces the historical development of informed consent across various legal fields, including civil, financial, and medical law, emphasizing its key role in facilitating transparent decision-making between parties. The author explores informed consent as both a contractual obligation and a broader legal principle rooted in good faith. Additionally, the article highlights the impact of consumer protection regulations and significant legal developments that have shaped the understanding and application of informed consent in Colombia. Through analysis of key legislative frameworks and court rulings, the article provides a comprehensive review of how informed consent operates within different legal contexts.

Keywords: Informed Consent; Colombian Law; Contract Law; Consumer protection; Good Faith; Medical Ethics; Legal Evolution.

Generalidades de la institución jurídica “Consentimiento Informado”

El propósito inicial del trabajo fue hacer un ejercicio de identificación de la cronología de la incorporación del *consentimiento informado* en el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, en el ejercicio de análisis de las fuentes nos encontramos con una dificultad metodológica, en la medida en que la institución no tiene el mismo tratamiento en las distintas especialidades del derecho. Si bien es cierto que en todas ellas forma parte de los elementos de existencia o validez del negocio jurídico, su tratamiento, naturaleza jurídica, requisitos de tiempo y modo y las sanciones por su inobservancia son diferentes: (i) en el derecho civil se le cataloga como una *obligación secundaria* derivada del principio de la buena fe; (ii) en el derecho de los seguros y el derecho médico, como un *deber especial de información*, con el propósito de ayudar a las partes contratantes a precaver el vicio del consentimiento por causa de error; (iii) en el derecho comercial y en el derecho financiero, como un *derecho innominado* del consumidor a ser informado, y (iv) en el derecho del consumo de finales del siglo XX, como un *derecho nominado* en las normas de protección de los consumidores.

En todos esos tratamientos, el *consentimiento informado* es un proceso volitivo de la persona (facultad de decidir y ordenar la propia conducta, vinculada al libre albedrío y a la libre determinación), que requiere como paso previo a la emisión de la manifestación de voluntad una información clara, suficiente, oportuna y veraz, de acuerdo con el negocio jurídico concreto, para precaver incurrir en vicios del consentimiento por error.

Las relaciones negociales han surtido grandes cambios en la medida en que los fenómenos políticos, económicos y sociales han evolucionado: del sistema de producción feudal, basado en economías rurales y rústicas, a un sistema de producción capitalista, que conllevó una transición a economías urbanas, con influencia de la industrialización con sistemas de producción en volumen y el desarrollo de mercados con relaciones negociales masivas.

Como respuesta a esos cambios políticos, económicos y sociales, el derecho de los contratos ha evolucionado adoptando el sistema de contratos preestipulados o en serie, bajo la modalidad de contratos por adhesión, para atender las dinámicas de esos fenómenos, en los que las relaciones negociales se dan en grandes cantidades y son realizadas por muchos sujetos al mismo tiempo, pero, además, son realizadas por los mismos sujetos de forma reiterada o recurrente en cortos periodos.

El *consentimiento informado*, concepto desarrollado en el seno del derecho moderno, no es una modificación de la estructura del negocio jurídico que conocemos desde el derecho clásico, por cuanto no altera los elementos de la existencia¹ o validez² como son la voluntad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la forma solemne. Por el contrario, es el desarrollo de uno de los elementos de la existencia y validez³ del negocio jurídico, como

¹ **Los requisitos para la existencia de los actos jurídicos.** Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son *la voluntad manifestada*, el *consentimiento*, el *objeto* y la *forma solemne*. Sin la *voluntad manifestada* o sin el *consentimiento* no hay, por definición, acto jurídico. Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª. ed. (Bogotá: Temis, 2016).

² **Los requisitos para la validez de los actos jurídicos.** Pero, por otra parte, también hay condiciones que ya no se refieren a la *existencia* misma de los actos jurídicos, sino que tocan con su *validez*. Como ya quedó dicho, un acto *existe* cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato*....

³ **Resumen de los requisitos.** De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la *voluntad* o el *consentimiento*, el *objeto* genérico y específico y la *forma solemne*, mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la

lo es el consentimiento libre de vicios. Ese desarrollo parte del principio de la buena fe como principio general del derecho civil, pasando por la buena fe pre y contractual del Código de Comercio y la buena fe ubérrima (*ultra bona fidei*) del contrato de los seguros. En todas aquellas modalidades del principio se envuelve en su esencia el *deber de información*⁴ para la emisión de un consentimiento libre de vicios, deber que es finalmente recogido por el derecho moderno bajo formas más sofisticadas en cuanto a su contenido, tiempo y modo en que se debe presentar, y que se ha denominado *consentimiento informado*.

Actualmente se asocia el desarrollo normativo del *consentimiento informado* con las dinámicas de los sistemas de protección de los consumidores de finales del siglo XX y de los del siglo XXI. Creencia errónea en la medida en que su elemento medular, el *deber de información*, como señalamos, ha sido un componente de los elementos de existencia y validez del contrato, como lo son la voluntad y el consentimiento en los sistemas jurídicos clásicos, derivados del principio de la buena fe. En su trabajo “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, Salgado Ramírez explica que los juristas romanos discutieron sobre la problemática del alcance y delimitación del deber de información. Discusiones que se desvanecieron en la era

capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato...*

⁴ El deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe. La buena fe es una regla relacional de comportamiento cuyo contenido es objetivo y su entendimiento va siempre en función de la tutela de ambas partes en el contrato, o sea, en garantía de la confianza de que mutuamente seguirán los postulados de buena fe. Por ello, no se la puede tomar con una elasticidad que le permita al obligado comportarse según su mejor saber o entender, con sacrificio del interés ajeno. El sujeto debe actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta y, en cada caso en particular, de conformidad con los más estrictos que impone la naturaleza del contrato en cuestión. La buena fe contractual, como norma de comportamiento, extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, convirtiéndose en una columna importante del contrato. La fuerza que tiene la buena fe dentro de su función integradora como principio general del derecho se ha encargado no solamente de colmar las lagunas existentes en la legislación, sino también de servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora. Es por ello por lo que la buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza, si no, por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales. Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, no. 21(2011): 327-350.

de la codificación, pero que tuvieron un renacimiento con el fenómeno del consumo en masa y del *boom* del deber de información en el ámbito del derecho comunitario europeo.⁵

El concepto de *consentimiento informado*, como lo denominan algunas de las legislaciones modernas y especializadas, entre ellas las que regulan los servicios de salud y procedimientos médicos, los regímenes de protección a los consumidores de productos y servicios financieros y los consumidores en general,⁶ hace referencia al *deber de información* que recíprocamente tienen las partes en un contrato para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas.

Las características y condiciones de ese deber de información para un consentimiento sano y libre de vicios varían, de un lado, por la función económica y por la naturaleza del contrato específico, esto es, por el tipo contractual, y, de otro lado, por los cambios normativos recientes, como los postulados del Estado Social de Derecho, del que se deriva una fuerte injerencia en el principio de la autonomía de la voluntad en procura de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en temas como la salud, las actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de

⁵ Ya desde la Antigüedad griega y romana, filósofos y juristas lidiaron con la dificultad de delimitación del deber precontractual de información, y tanto sus discusiones como los casos reales e hipotéticos por ellos planteados marcaron la configuración de su estudio posterior, pasando por el Medioevo, por santo Tomás, por los teólogos de la segunda escolástica (fundamentales para el desarrollo del pensamiento económico), hasta llegar incluso a reflejarse en los estudios de importantes doctrinantes ya bien entrado el siglo XVIII. Solo con el advenimiento de las codificaciones, en particular la del derecho francés, puede decirse que mermó su estudio, el cual solo *renacerá* (al menos para el sistema de derecho romano) con ocasión del fenómeno del consumo en masa y del *boom* de deberes de información en el ámbito del derecho comunitario europeo. No es, por tanto, una cuestión reciente, sino una problemática con una tradición de más de dos milenios la que viene a ser desempolvada. Catalina SALGADO RAMÍREZ. “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, 305-306, en *Perspectivas del Derecho del Consumo* de Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

⁶ El Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 del 2009) y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011).

captación del público, las relaciones de consumo⁷ y la administración de justicia mediante los métodos de resolución de controversias.

La incorporación del concepto de *consentimiento informado* en el sistema jurídico colombiano, específicamente en el ámbito del derecho privado y concretamente en el derecho de los contratos, se da en diferentes momentos y atendiendo a una muy variada gama de necesidades o fenómenos políticos, económicos o sociales. Por ello es necesario, desde el punto de vista metodológico, aplicar dos variables que faciliten la comprensión del tema: de un lado, la de la línea del tiempo (cronología) y, del otro, la del alcance, en procura de dilucidar la naturaleza jurídica, establecer las características (condiciones de tiempo, modo y lugar) e identificar las problemáticas que se pretenden solucionar o las necesidades que se quieren cubrir con la regulación adoptada. En cada una de esas variables haremos referencia al marco legal, algunas alusiones a la doctrina desarrollada y, finalmente, pues no podría faltar en un trabajo para la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a algunas líneas marcadas por la jurisprudencia nacional.

En ese orden de ideas, en el derecho de los negocios en Colombia la evolución de la obligación de las partes, en cuanto a proveer información con el propósito de la emisión de un consentimiento libre de vicios, la podríamos separar en cinco hitos: (i) el sistema del Código Civil colombiano; (ii) la legislación sobre seguros en Colombia hasta el inicio de la vigencia del Código de Comercio; (iii) el régimen del Código de Comercio de 1971; (iv) la regulación en materia de ética médica; (v) la era de protección de los consumidores en Colombia.

El sistema del Código Civil colombiano

En el Código Civil, el régimen de los contratos está soportado en los pilares de los elementos de existencia y validez del negocio jurídico: entre los primeros destaca el artículo 1502,⁸ que las personas (contratantes)

⁷ En diversos espacios académicos se predica de estas actividades, esto es, la financiera, aseguradora y bursátil, y de los mercados y el consumo, que, de conformidad con la filosofía del derecho y la sistemática jurídica, reúnen los elementos necesarios para sostener su autonomía como ramas del derecho.

⁸ **Artículo 1502.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1.º) que sea legalmente capaz. 2.º) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3.º) Que recaiga sobre un objeto lícito. 4.º) Que tenga una causa lícita.

consientan el acto o la declaración (la voluntad) y que su consentimiento no adolezca de vicio. En este sistema, a diferencia del régimen del Código de Comercio colombiano, no se reguló el proceso de formación del consentimiento,⁹ pero se desarrollaron los tipos de error que vician ese consentimiento.

El deber de información no estaba desarrollado en sus elementos o en sus características. Su alcance fue dado por los fallos de la Corte Suprema de Justicia alrededor de las controversias por vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo contemplados en el artículo 1508.

El Código Civil, como estructura base del sistema de los contratos del derecho privado, no contempló de manera expresa disposiciones que regulen aspectos como el contenido o la forma en que debe suministrarse la información que va a servir como elemento de juicio para la toma de la decisión sobre la celebración o no del contrato. Ese deber de suministrar información surge, entonces, del principio de la buena fe,¹⁰ de allí se desprende esa obligación con la otra parte, con el propósito de evitar la intromisión de vicios que afecten la existencia o la validez del consentimiento.

El principio de la buena fe¹¹ funge como articulador de los elementos de existencia y validez del negocio jurídico que, como lo ha dicho nuestra

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

⁹ “Las legislaciones antiguas, continuadoras ortodoxas de los principios del derecho romano, parecen ignorar qué sucede antes del contrato con las declaraciones de voluntad que lo formarán. Parten del supuesto de que el contrato es un acuerdo prácticamente simultáneo entre las partes, cuando en realidad esas partes han recorrido a veces un camino bastante espinoso y demorado para llegar al contrato”. Jaime ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2003).

¹⁰ En efecto, es el caso del deber de información contractual, el cual consiste en dar noticia, informar, enterar a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos que permiten, dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que sirvan para satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo bajo los postulados de buena fe. Martha L. NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información”. *Ensayos de Derecho Privado*, 8, n.º. 96 (2018).

¹¹ **Artículo 1603.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Corte Suprema de Justicia,¹² debe existir no solo en la ejecución del contrato, sino también en la etapa precontractual, esto es, en todo el iter contractual.

Ha indicado además la Corte, haciendo alusión a los elementos o características del principio de la buena fe en las relaciones negociales:

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad.¹³

En igual sentido, la doctrina, para esta etapa precontractual, decantando los deberes que emanan del principio de la buena fe, ha resaltado el *de aviso* para prevenir que la otra parte incurra en error respecto a un elemento esencial del negocio.¹⁴ En similar sentido, Neme Villarreal resalta que

... el deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe, la cual facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos y determinar el alcance de las obligaciones y los derechos asumidos en aras de una correcta ejecución del contrato.¹⁵

Si tratamos de dilucidar la naturaleza jurídica del *consentimiento informado* en este hito del régimen del Código Civil, ante ausencia de norma expresa que lo defina, describa o mencione, debemos acudir a los distintos análisis doctrinales y los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre vicios del consentimiento cuya causa sea el *error*.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, Exp. 6146, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp. 5372, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

¹⁴ Jorge PARRA BENÍTEZ, en *Estudio sobre la buena fe*, citando a Manrique Nieto (2007), señala que “la doctrina, por otra parte, se ha ocupado de esclarecer más los deberes que brotan de la buena fe en la etapa precontractual, como sigue: 1° La parte que en el curso de la negociación se percata de que la otra incurre en error respecto de un elemento esencial del negocio tiene el deber de aviso, pero no se exige una búsqueda de las causas de dicho error, ni una precisión de otros particulares datos para iluminar a la otra parte sobre el punto...”.

¹⁵ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”.

Una posición muy generalizada de la doctrina¹⁶ señala que las partes en la celebración del contrato y en la ejecución de este, en virtud de la autonomía de la voluntad, no solamente se comprometen frente a las obligaciones convenidas, sino que, por el contrario, adquieren una serie de obligaciones adicionales derivadas del principio integrador de la buena fe,¹⁷ como el comportarse leal y honestamente. Al respecto señala Neme Villarreal: “Por ello, la buena fe ajusta el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad y probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales”.

Sobre esas obligaciones, deberes o reglas derivadas del principio de la buena fe, pero haciendo ya alusión a la técnica de elaboración del texto contractual que recoge el propósito negocial de las partes, señala la misma autora: “Esas reglas no se expresan normalmente en la trama contractual; pero eso no significa que no se tengan en cuenta al momento de valorar el comportamiento de las partes, pues estas se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico”.¹⁸

Dentro de los parámetros de lealtad, diligencia, honestidad y probidad surge, entre otros, *el deber de informar* todos los hechos y actos relevantes en procura de la emisión de un consentimiento libre de vicios por error. Por la naturaleza jurídica del concepto *consentimiento informado* en este hito del sistema del Código Civil, lo podemos enmarcar como un *deber secundario*, tal y como lo han denominado algunos doctrinantes.

Esa información suministrada por los contratantes, regida por el principio de la buena fe contractual, se moldeará dependiendo del contrato en concreto, pues la función económica y el propósito de cada tipo contractual marcarán las características de la información requerida para la emisión del consentimiento libre de vicios. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica para atender un litigio, o en un contrato para la confección de una obra material, o en un contrato de compraventa de semillas genéticamente modificadas, o

¹⁶ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”; PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*; SALGADO RAMÍREZ. “Consideraciones sobre el deber...”; CHINCHILLA IMBETT. “El deber de información...”.

¹⁷ Código Civil. Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

¹⁸ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”.

en un contrato de permuta de bienes inmuebles rurales para explotación agroindustrial.

La legislación sobre seguros y la comercial del Código de Comercio de 1971

El contrato de seguros tiene como función económica el que un actor profesional asuma el pago de una indemnización por el acaecimiento de ciertas contingencias o ciertos riesgos¹⁹ previamente amparados, con un valor denominado *prima*. Para el otorgamiento del seguro (celebración del contrato), la compañía de seguros debe suministrarle al asegurado, entre otros datos, información acerca del tipo de seguro (personas como vida, invalidez, enfermedades de alto costo. Cosas: hurto, daños, incendio y terremoto, autos), los amparos básicos y las exclusiones, la vigencia del contrato, el costo o prima, la forma de pago, las prohibiciones al asegurado, las condiciones de aviso en caso de materializarse el riesgo o siniestro.

Si le damos una breve mirada a la historia de la industria aseguradora encontramos que a finales del siglo XIX se constituyó la primera sociedad aseguradora: la Compañía Colombiana de Seguros, cuyo objeto social era el amparo en la modalidad de seguro de transporte para los cargamentos llevados por el río Magdalena. La Ley 68 de 1924 (artículo 25) sometió a las compañías de seguros a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.²⁰

La Ley 105 de 1927, “orgánica de las compañías de seguros”, trajo las primeras normas para regular la actividad aseguradora, el régimen de las compañías, el régimen de los agentes, condiciones de las pólizas y las coberturas, condiciones para el pago de las indemnizaciones. Esta norma consagró los primeros antecedentes en lo referente *al deber de información* en el contrato de seguro, en tres frentes:

Publicidad. Con una prohibición de ofrecer al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Por ejemplo,

¹⁹ Código de Comercio. Artículo 1054. Denomínese riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

²⁰ Arturo GÓMEZ DUQUE, *Régimen de seguros. El contrato de seguros*. Parte especial II (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2017).

cuando el agente acreditado ofrece un seguro bajo un plan determinado y lo ha sustituido por otro.

Contractual. Las pólizas tenían la obligación de contemplar todas las condiciones del contrato.

Información precontractual. Para el ramo del seguro de vida, cuando la compañía aseguradora no exigiera, antes de expedir la póliza, el certificado médico, se entendía que aquella renunciaba a la preexistencia.²¹

Bajo la regulación mercantil del Código de 1971, el contrato de seguro en Colombia (artículo 1036 al 1162, Código de Comercio), dada su función económica de amparar o cubrir una amplia gama de contingencias o riesgos, la aseguradora debe contar con una información previa suministrada por el potencial asegurado. Ese deber de información, por la naturaleza del contrato y de las obligaciones derivadas de él para las partes, opera en doble sentido.

Prescribe el artículo 1045 del Código de Comercio que son elementos esenciales del contrato de seguro el interés asegurable; el riesgo asegurable; la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

De otro lado, el artículo 1058 establece las condiciones de la declaración del estado del riesgo por parte del potencial asegurado y las sanciones a las que estaría expuesto por inexactitud u ocultamiento de información

²¹ **Ley 105 de 1927. Artículo 20.** Prohíbese a las compañías de seguros que directamente o por medio de sus agentes, por medio de publicaciones o verbalmente ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990). Artículo 22. Cuando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causas de la salud del asegurado en caso de que este no fuere aceptable a tiempo de verificar el seguro (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990). Artículo 30. Cuando se compruebe que un agente acreditado por una compañía de seguro ha ofrecido un seguro bajo un plan determinado y lo ha sustituido por otro, con engaño para el cliente, la respectiva compañía incurrirá en una multa de \$100 a \$500. Toda compañía de seguros de vida inscribirá a sus agentes en la Superintendencia Bancaria. El certificado de inscripción expedido por dicha Oficina servirá de prueba de la personería del agente y deberá ser prestado por este al Alcalde de la localidad donde vaya a hacer negocios de seguros. Dicho funcionario deberá cerciorarse con la Gerencia de la compañía de que tal agente no ha sido suspendido (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990).

(reticencia). Según esta disposición, 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. Trae la disposición conceptos como la *reticencia* o *inexactitud* sobre hechos o circunstancias que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo hubieran *retraído* de celebrar el contrato de seguro. Observemos cómo se dan acá los postulados para la figura del *consentimiento informado*.

Bajo el régimen del Código de Comercio, para los contratos en general, la jurisprudencia y la doctrina²² analizan el deber de información, esto es, para la emisión de un consentimiento libre de vicios (*consentimiento informado*) bajo el principio de la buena fe, dentro del alcance establecido en dicho Código en los artículos 863 (etapa precontractual)²³ y 871 (etapa contractual). Adicionalmente, para el contrato de seguro se habla de una buena fe calificada más estricta: la ubérrima buena fe, o *ultra bona fidei*; al respecto señala Parra Benítez citando a Zuleta Holguín: "... se afirma, entonces, que en el contrato de seguro la buena fe se liga a la causa misma de la obligación, puesto que la etapa precontractual es decisiva para la celebración y validez del contrato y para su correcta ejecución".²⁴

En torno al mismo principio de la ubérrima buena fe, el gremio de los aseguradores, en el artículo "La reticencia en el contrato de seguros", explica:

Dicho principio tiene una especial relevancia en los contratos de seguros, pues existe el deber considerado de ubérrima buena fe (ubérrima *bona fidei*),²⁵ lo que significa una buena fe calificada que demanda mayor deber

²² PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*.

²³ M. P. Rafael Romero Sierra. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, septiembre de 1989, tomo XVIII n.º 213, p. 597; M. P. José Alejandro Bonivento Fernández. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, enero de 1990, tomo XIX, n.º 217, p. 75; M. P. Pedro Lafont Pianetta. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, septiembre de 1990, tomo XIX, n.º 225, p. 649.

²⁴ PARRA BENÍTEZ, en *Estudio sobre la buena fe*, citando a Francisco Zuleta Holguín.

²⁵ Expone Parra Benítez: "Esta concepción es de aplicación frecuente en el medio judicial. Por ejemplo, así tuvo lugar en un proceso en el que se alegaba por la aseguradora que al tiempo de contratar el tomador-asegurado fue reticente, porque había ocultado que había padecido de un cáncer, habiéndose demostrado que no había él omitido informar que (antes del contrato) había sido operado de un pólipo en el colon, diagnosticado como benigno y curado en un 100%" (PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*, 140).

Fallo del 5 de agosto de 1991, citado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito Especializado de Medellín y en el cual se señaló: "De modo que si el obrar de una persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente (en este caso los médicos), vale decir, con determinado *standard* de usos sociales y buenas costumbres, fuerza concluir,

de comportamiento, es decir, que no es suficiente la común honestidad requerida en cualquier contrato, sino que exige que esta conducta debe ser llevada al extremo. De hecho, en el contrato de seguros la ubérrima buena fe se hace aún más necesaria en la etapa precontractual, puesto que el asegurador está supeditado a la declaración del estado del riesgo por parte del asegurado para poder tasar de una manera equilibrada las condiciones sobre las cuales será viable ejecutar la relación contractual.²⁶

En su trabajo de investigación sobre más de 50 sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Begué Hoyos analiza el alcance que estas corporaciones le dan al artículo 1058²⁷ e identifica la época del cambio de tendencia jurisprudencial²⁸ en torno al deber de

que actúa de buena fe pues ésta hace relación a una conciencia honesta, a un sentimiento de honradez, de decoro”. Sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 31 de enero de 1992, en el cual la corporación cita la ubérrima buena fe como concepto metajurídico; en palabras de Garrigues: “La exigencia de la buena fe lleva en el contrato de seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido se dice que el seguro es *uberrimae fidecontractus*. Esta nota peculiar del seguro se manifiesta no sólo en la ejecución del contrato al imponer al asegurado la obligación de comunicar al asegurador los cambios y alteraciones que hayan sufrido los objetos asegurados y que aumenten los riesgos (arts. 11 y 12 de la ley), sino en el momento anterior al contrato. Esto es lo típico del seguro. Sabemos ya que la compañía aseguradora, como toda empresa que utilice formularios en su contratación, tiene que redactar el contrato de buena fe, omitiendo las cláusulas lesivas o simplemente oscuras”.

²⁶ FASECOLDA (s. f.). *La reticencia en el contrato de seguros*.

²⁷ Como se evidencia en la abundante jurisprudencia proferida por las altas cortes, uno de los conflictos más comunes entre tomadoras, aseguradas o beneficiarias y las aseguradoras se presenta cuando estas objetan las reclamaciones presentadas por aquellas argumentando que la tomadora, al momento de contratar el seguro, no informó sinceramente aquellos hechos o circunstancias que determinaban el estado del riesgo (objeción comúnmente denominada como *reticencia*). Las aseguradoras, invocando el artículo 1058 del Código de Comercio, señalan que, durante la negociación del contrato, la tomadora tenía un deber precontractual de información y que, al haberlo incumplido, el contrato debe ser anulado, exonerándolas de pagar la indemnización que está siendo reclamada.

²⁸ María BEGUÉ HOYOS y Daniel Vásquez Vega. “Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 44 (2023): 313-346. Este trabajo analiza más de 50 sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional para identificar cómo ha sido interpretado el artículo 1058 del Código de Comercio a la hora de resolver las disputas descritas. La investigación permite evidenciar cómo, desde la expedición de este Código y hasta más o menos finales de la primera década del siglo XXI, el régimen legal fue interpretado por las altas cortes de tal forma que se accedió a la defensa planteada por las compañías de seguro, procediéndose a rescindir el contrato, y, consecuentemente, se negaron las pretensiones de las beneficiarias. Esta interpretación de las altas cortes, además, comulgaba con la postura de la mayoría de la doctrina en materia de seguros. Sin embargo, la investigación también reveló que en la última década esta postura inicial de la jurisprudencia comenzó a cambiar. Durante los últimos 10 años, las altas cortes se han separado de su precedente y se han inclinado por interpretaciones del artículo 1058 que

información. La investigación le permitió evidenciar que, desde la vigencia del Código de Comercio hasta la primera década del siglo XXI, la posición de las altas cortes fue la de rescindir el contrato de seguros por omisión de la información (reticencia) a la que estaba obligado el asegurado. Mientras que en los últimos 10 años se han separado de su precedente manteniendo la validez del contrato de seguros.

En el ejercicio de dilucidar la naturaleza jurídica del *consentimiento informado*, en este hito de la legislación sobre seguros en Colombia hasta el inicio de la vigencia del Código de Comercio, encontramos elementos adicionales a los del sistema del Código Civil. En primer lugar, hay que señalar que operan los mismos elementos y argumentos desarrollados a partir del principio de la buena fe del Código Civil. Adicionalmente, encontramos que el derecho positivo colombiano, Ley 105 de 1927, atendiendo a la naturaleza del contrato de seguros, reguló el *deber de información* en los tres frentes ya mencionados: publicidad, etapa contractual (pólizas) y etapa precontractual (para la información requerida sobre el estado previo de salud del asegurado).

Nótese que para el momento de vigencia de la Ley de Seguros se introduce el concepto de *publicidad*, entendida como ofrecimiento al público (grupo de personas amplio e indeterminado) de las modalidades de seguros, señal indicativa de la evolución de las economías feudales, rurales, caracterizadas por relaciones negociales uno a uno, normalmente entre vecinos, a la economía capitalista, industrializada, de urbes, caracterizada por la realización de negocios masivos, en serie, bajo el concepto de actos de comercio y de dinámicas de mercados.

En este hito, el concepto de *consentimiento informado* reviste la naturaleza jurídica de una obligación precontractual y contractual, expresamente contemplada en la ley para el contrato específico de seguros en sus distintas modalidades, con indicación de los requisitos de tiempo, modo y lugar para la obligación de suministro de la información requerida. La norma señala también la consecuencia jurídica; por ejemplo, cuando un agente haya ofrecido (información precontractual) un seguro bajo un plan determinado y lo haya sustituido por otro, con engaño para el cliente, la respectiva compañía incurrirá en una multa de \$100 a \$500 (Ley 105 de 1927).

privilegian la posición de las beneficiarias, de tal forma que se tiende a mantener la validez del contrato de seguro y a condenar a las aseguradoras al pago de la indemnización reclamada.

La transición de las economías feudales con producción esencialmente agrícola, originada en zonas rurales, a una economía de producción capitalista mayoritariamente industrializada, originada en las zonas urbanas o contiguas a estas, trajo consigo transformaciones políticas, económicas y sociales que fueron recogidas por el derecho comercial, cuyo eje central son los actos de comercio y la empresa.

A diferencia del régimen de los contratos del Código Civil colombiano, nuestro Código de Comercio sí reguló el proceso de formación del consentimiento en las convenciones y los contratos en los artículos 845 a 864. En este proceso del *iter contractus*, los pasos previos, como la invitación a contratar, la oferta o propuesta por contratar, conllevan esquemas de información acordes con los productos o servicios (actos de comercio) intermediados o transados en los mercados.

Se suma a esta regulación la consagración expresa del principio de la buena fe exenta de culpa (artículo 863, Código de Comercio) con la que deben proceder las partes en la etapa precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Para la etapa de celebración y ejecución del contrato igualmente se consagra el principio de la buena fe (artículo 871, Código de Comercio): “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Derivado del principio de la buena fe, la doctrina en materia del derecho mercantil ha identificado deberes primarios y otros secundarios o accesorios, entre los que se destaca el deber u obligación de información:

Los deberes secundarios de conducta pueden ser de finalidad negativa (como el de protección) o de finalidad positiva (como el de información) y son, en criterio de Manrique: a) Deber de cooperación y deber de prudencia y diligencia. b) *Obligación de información*. c) Deber de fidelidad. d) Deber profesional de facilitar la ejecución del contrato. e) Deber del acreedor de mitigar su propio daño. f) Deber de no actuar contra los actos propios. g) Deberes secundarios de comportamiento.²⁹ (Énfasis agregado)

En el régimen del Código de Comercio, en algunos de los contratos allí tipificados, se señala de manera expresa la obligación de suministrar infor-

²⁹ PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*.

mación en la etapa precontractual, como acontece en el contrato de compra-venta sobre muestras o calidades definidas (artículo 913); o en el contrato de transporte de cosas (artículos 1010 y 1011, Código de Comercio), en el cual se contempla el suministro de informes y documentos del remitente antes del transporte, así como información sobre la cosa transportada. Información relevante para el transportador en su proceso de emisión de su declaración de voluntad y consentimiento para la celebración del contrato. También hicimos referencia en el punto anterior sobre el contrato de seguros, igualmente regulado por el Código de Comercio, el cual contempla un deber de información para las partes.

En la gama de contratos regulados por el Código de Comercio, pero que hoy forman parte de los contratos del derecho financiero colombiano derivados de la actividad financiera, aseguradora y bursátil,³⁰ actividades de interés público, como las califica el artículo 335 de la Constitución Política, el deber de información se ha acentuado por el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado³¹ y por la regulación de los regímenes de protección de los consumidores contenidos en las leyes 1328 del 2009 y 1480 del 2012. De esto nos ocuparemos en los apartados siguientes.

Dilucidar la naturaleza jurídica del concepto de *consentimiento informado* en el hito del sistema del Código de Comercio como una obligación o deber de informar luce más sencillo en la medida en que, a diferencia del sistema del Código Civil, aquel sí detalla el *iter contractus* con los pasos de la etapa precontractual, cuyo punto de partida es la oferta o propuesta (Código de Comercio, artículo 845). En la formulación de la propuesta se deben incluir los elementos esenciales del negocio jurídico, los cuales serán informados con la oferta al destinatario de esta.

Adicionalmente el *deber de información* se especializa o concreta dependiendo el tipo de contrato (seguros, transporte, etc.) o para la actividad comercial, puesto que, se definen reglas en los casos de oferta de mercaderías

³⁰ Son los contratos regulados en el Título V “Del contrato de seguro”; Título VII “Del depósito”; Capítulo II “Del depósito en almacenes generales”; Título XI “De la fiducia”; Título XVII “De los contratos bancarios”; Capítulo I “Cuenta corriente bancaria”; Capítulo II “Depósito a término”; Capítulo III “Depósito de ahorro”; Capítulo V “Apertura de crédito y descuento”; Capítulo VI “Cartas de crédito”, y Capítulo VII “Cajillas de seguridad”.

³¹ Este fenómeno se podría describir como un proceso en el que los derechos fundamentales y los principios constitucionales intervienen en las actividades de los particulares, las cuales tradicionalmente se regían por el principio de la autonomía de la voluntad, limitado exclusivamente por el orden público, la buena fe y las buenas costumbres.

o para las ofertas en vitrinas o mostradores (artículos 845 a 847, Código de Comercio). El principio de la buena fe en el Código de Comercio está consagrado expresamente para las etapas precontractual y contractual (artículo 871). Del principio de la buena fe surge igualmente para los contratos del derecho mercantil el *deber de información*, de acuerdo con los análisis realizados para los contratos civiles.

Hasta el sistema del Código de Comercio, la expresión *consentimiento informado* no es utilizada en los textos legales: este está comprendido en el *deber de información* para nutrir el proceso de formación del consentimiento y la manifestación de la voluntad.

La regulación en materia de ética médica

A diferencia de como se ha desarrollado el proceso de incorporación del concepto de *consentimiento informado* en el ámbito negocial, con carácter patrimonial, iniciado en el sistema del Código Civil y en el principio de la buena fe, en el caso del derecho médico ese proceso tiene su origen en esencia en la protección, de un lado, de los postulados de la ética médica y de los derechos fundamentales, como los de la vida y la salud, y, de otro, en el desarrollo legislativo de las buenas prácticas de salud y de la relación médico-paciente.

En este hito podemos identificar cuatro momentos: (i) el periodo de incorporación normativa en la década de los 80, dentro del marco legal de la regulación ética del ejercicio de la medicina; (ii) el periodo del tratamiento constitucional del derecho a la atención de la salud en el Estado social de derecho de la Constitución de 1991; (iii) el periodo de expedición de reglamentos sobre el procedimiento del *consentimiento informado*; y (iv) el periodo de los proyectos de ley que pretendían actualizar el Estatuto de Ética Médica.

Algunos estudios como los de Mendoza y Herrera³² atribuyen la incorporación del concepto de *consentimiento informado* al derecho positivo en el ámbito de la salud al primer código, que establecía criterios para regular la investigación en seres humanos (Alemania, 1931), pasando por el Código

³² Juliana MENDOZA y Luis Herrera, “El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de Ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética”. *Revista CES de Derecho*, 8, n.º.1 (2017): 156-171.

de Núremberg (1947), por la Declaración de Helsinki (1964 a 2013) y por el Informe Belmont (1978).

Giraldo y López³³ citan investigaciones de Ortiz y Burdiles de 2010, dicen que fue a mediados del siglo XX, resultado de los primeros movimientos, que se exigió el reconocimiento del derecho a la información, basado en el libre consentimiento mutuo, como derecho de los pacientes; el resultado fue el pronunciamiento de los tribunales protegiendo esos derechos y que “... ante los reclamos y demandas los tribunales comenzaron a dar la razón a los ciudadanos, y que sus decisiones tuvieran un efecto multiplicador y a nivel mundial y se produjeran réplicas a favor de los derechos de los pacientes”.

El periodo de incorporación normativa en la década de los 80

Dentro del marco legal colombiano de la regulación ética del ejercicio de la medicina, la incorporación normativa del concepto de *consentimiento informado* en el derecho médico se surte en la década de los 80, y concretamente se materializa con la promulgación de la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, y con su Decreto Reglamentario 3388, del mismo año. Contempla expresamente la ley una declaración de 10 principios que constituyen el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica. Estos principios son el marco de referencia para la actuación de los galenos y para la relación médico-pacientes, la cual es de relevante importancia en lo referente a la protección de la salud. Dicha relación debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional. Esta relación tiene como elemento estructural la información en doble vía, esto es, del paciente al médico y del médico hacia el paciente, para la decisión voluntaria y espontánea de recibir la atención médica. Pero el marco legal de la ética médica, Ley 23 de 1981, no utiliza literalmente la expresión *consentimiento informado*.

La doctrina jurídica en esta materia ha expresado qué se entiende por *consentimiento informado*. Mendoza y Herrera, recogiendo voces de la doctrina jurídico-médica, explican que “se entiende el CI como un proceso

³³ Julio GIRALDO y Dixon López, “El consentimiento médico informado en Colombia”. Repositorio Institucional Unilibre, 2021. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23233/MD0198.pdf?sequence=1>

de ilustración continuada al paciente, en el cual éste expresa su voluntad de aceptar o rechazar un plan (diagnóstico, terapéutico o investigativo) formulado por el médico”.³⁴ Referente al propósito de esa información, en procura de la manifestación de la voluntad sobre los procedimientos médicos o quirúrgicos que van a tener impacto en la salud, agregan:

Este proceso debe permitir que el paciente comprenda los principales beneficios, riesgos y alternativas disponibles a la propuesta dada, para que, en uso de su derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad, pueda contar con los suficientes elementos de valor que le permitan decidir sobre las actuaciones que incidirán en su salud.

Los artículos 4 y 15 de la Ley 23 recogen esos elementos del *consentimiento informado*. En cuanto al deber de información, trae adicionalmente la ley obligaciones expresas para el profesional médico. En primer lugar, está sometida a reserva (artículo 4); conlleva el deber de información sobre los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente (artículo 15), y conlleva el deber de información sobre reacciones adversas inmediatas o tardías producidas por efectos del tratamiento (artículo 16).

En cuanto a la forma de algunas modalidades de información propias de la relación médico-jurídica, establece la ley reglas para la prescripción médica³⁵ y la historia clínica,³⁶ ambas amparadas por el deber de reserva profesional en la medida en que se trata de información catalogada hoy como sensible. En este hito podríamos señalar que la naturaleza jurídica del *consentimiento informado* es la de un *deber primario de información cualificado*, complementado por principios expresamente consagrados por la ley, como el compromiso responsable, leal y auténtico por parte del médico (guardará y respetará el secreto profesional).

³⁴ MENDOZA y HERRERA, “El consentimiento informado en...”.

³⁵ Artículo 33. Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

³⁶ Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

Artículo 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

El periodo del tratamiento constitucional del derecho a la atención de la salud en el Estado social de derecho de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 erigió en el artículo 49 como derecho constitucional la atención de la salud, catalogado como uno fundamental conexo con el derecho fundamental a la vida, y añadió que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Esta consagración constitucional trajo varios efectos en el derecho a la atención de la salud, entre ellos el de la protección judicial, mediante la acción constitucional de tutela cuando este resulte vulnerado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos establecidos en la ley.

La norma constitucional no hace mención directa del concepto de *consentimiento informado*, pero a partir de la consagración constitucional del derecho de atención de la salud para los ciudadanos, las altas cortes se han referido al tema (Mendoza & Herrera, 2017):³⁷ la Corte Constitucional en sentencias de control de constitucionalidad,³⁸ de tutela³⁹ y de unificación;⁴⁰ el Consejo de Estado⁴¹ y la Corte Suprema de Justicia han hecho lo propio dentro de su ámbito de competencias.

En los pronunciamientos de las altas cortes, haciendo un ejercicio metodológico de construir una línea de tiempo, podemos identificar tendencias jurisprudenciales iniciando con la ubicación del concepto de *consentimiento informado* como un “principio articulador de otros derechos y principios”, algo similar a lo que en el sistema del Código Civil representa

³⁷ MENDOZA Y HERRERA, “El consentimiento informado en...”.

³⁸ Se pueden consultar: C-479-92; C-517-92; C-559-92; C-560-92; C-580-92; C-590-92; C-176-96; C-045-2001; C-506-2001; C-540-2001; C-580-2001; C-646-2001; C-742-2001; C-828-2001; C-837-2001; C-867-2001; C-921-2001; C-1173-2001; C-1250-2001; C-006-2002; C-010-2002; C-013-2002; C-092-2002; C-109-2002; C-130-2002; C-157-2002; C-176-2002; C-184-2002; C-066-03; C-331-03; C-040-04; C-124-04; C-227-04; C-349-04; C-510-04; C-355-06; C-1041-07; C-260-08; C-491-12; C-055-22.

³⁹ Se pueden consultar: T-401/94; T-411/94; T-477/95; T-474/96; T-1390/00; T-1390/00; T-597/01; T-823/02; T-850/02; T-866/06; T-1025/02; T-1021/03; T-510/03; T-762/04; T-1131/04; T-1229/05; T-866/06; T-1019/06; T-560A/07; T216/08; T653/08; T-921/08; T-452/10; T-622/14.

⁴⁰ Se puede consultar: SU-337/99.

⁴¹ Se pueden consultar: sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: 9 de julio de 1993, Exp. 7795; 3 de mayo de 1999, Exp. 11169; 24 de enero del 2002, Exp. 12706; 13 de diciembre del 2004, Exp. 14722; 3 de mayo del 2007, Exp. 16098; 23 de abril de 2008, Exp. 15737 y del 27 de marzo del 2014, Exp. 26660.

el principio de la buena fe. Adicionalmente, en la sentencia la Corte le da el carácter de *principio autónomo*, pero con la función de materializar otros principios constitucionales como los de autonomía, libertad de autodeterminación y beneficencia.

Señala la Corte que el principio del *consentimiento informado* es parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía, que se encuentran reconocidos por la Constitución, por lo que se constituye aquel en elemento determinante para la protección de otros derechos. Al respecto dijo la Corte en la Sentencia T 477/95:

En conclusión, puede indicarse que: (i) el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud materializa importantes postulados constitucionales como el principio de autonomía, el derecho a la información y el derecho a la salud, entre otros. Pese a ello, este mandato no es absoluto y debe ponderarse con otros principios como el de beneficencia, que prevalece en situaciones excepcionales.

En el fallo de tutela mencionado, la Corte, además, en alusión al *consentimiento informado* señala una serie de características y condiciones que debe reunir la información provista, pues enfatiza que esta debe ser suficiente, oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa. Aquel debe ser libre, es decir, voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción.

Introduce este fallo la característica del *consentimiento informado cualificado* para algunos casos donde particularmente, y dado el grado de complejidad de invasión del procedimiento médico por realizar, se requiere de un *consentimiento informado* más detallado, más técnico, con información y explicación por reacciones adversas posibles, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento:

... bajo este criterio, la información suministrada al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionada con la complejidad del procedimiento y, por ello, éste tiene mayor capacidad de decisión sobre su cuerpo en relación a la intervención quirúrgica anticonceptiva.

Esta clase de consentimiento trae como exigencia cierta solemnidad para que dicho consentimiento sea válido, como que se debe dar por escrito y con la condición en cuanto que sea persistente. Lo anterior con miras a reforzar las garantías de autonomía, información y salud del paciente.

En un tema tan sensible como lo es el derecho a morir dignamente (eutanasia), la Corte Constitucional en sentencias de tutela ha abordado el análisis del concepto de *consentimiento informado*. En reciente sentencia, la Corte al respecto ha destacado de este principio que “el consentimiento constituye el elemento central para el ejercicio del derecho a la muerte digna”. Al respecto, puntualizó que, conforme a los criterios establecidos desde la Sentencia C-239 de 1997, el consentimiento debe ser “libre, informado e inequívoco”,⁴² y que tiene como presupuesto ser manifestado por “una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra”.

En este periodo sostuvo además la Corte que el consentimiento puede ser *previo* a la ocurrencia del evento médico (enfermedad) o *posterior*, y que puede expresarse tanto de manera *escrita* como de forma *verbal*. Igualmente, enfatizó que el consentimiento puede ser *sustituto*, es decir, manifestado por otra persona cuando el paciente se encuentre en imposibilidad fáctica para comunicarlo.

Finalmente, abordó la Corte las características del consentimiento *sustituto*, el cual ha sido objeto de un desarrollo especial por tratarse de uno de los aspectos que genera mayores dudas en relación con el derecho a morir dignamente. Advirtió: “... con el objetivo de no prolongar su sufrimiento, la familia del paciente puede expresar válidamente el consentimiento sustituto”, y añadió que en tales casos “la verificación del conjunto de condiciones de acceso a las prestaciones para morir dignamente deberá ser más estricta”.

El periodo de expedición de reglamentos sobre el procedimiento del consentimiento informado

A partir de la consagración constitucional en el artículo 49 del derecho a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, garantizándoles a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

⁴² En Sentencia T-970 del 2014, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, SPV Mauricio González Cuervo, citada por la Sentencia T-048 del 2023, la Corte específicamente dijo que el consentimiento debe ser “(i) libre, cuando no existen presiones externas o de terceros sobre la decisión de la persona de poner fin a su vida, pues lo determinante es que la causa de esa decisión corresponda a la voluntad genuina del paciente de poner fin al intenso dolor que lo aqueja; (ii) informado, cuando el profesional de la salud ha brindado tanto al paciente como a su familia toda la información objetiva y necesaria sobre su condición médica, y ello permite a la persona no tomar decisiones apresuradas en torno a la decisión vital en juego; e (iii) inequívoco, esto es, que se trate de una decisión consistente y sostenida en el tiempo”.

protección y recuperación de la salud, la ley desarrolló la norma constitucional en distintos frentes con el propósito de poner en funcionamiento el esquema adoptado por la Constitución de 1991.

Dentro de la rama ejecutiva del poder público, es el Ministerio de Salud y Protección Social la entidad encargada de conocer, dirigir, evaluar y orientar el sistema de seguridad social en salud, mediante la formulación de políticas, planes y programas, la coordinación intersectorial y la articulación de actores de salud con el fin de mejorar la calidad, oportunidad, accesibilidad de los servicios y sostenibilidad del sistema.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-760 del 2008, con el propósito de darle operatividad al proceso de preparación, emisión, documentación y aceptación del principio constitucional del *consentimiento informado*, le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social la adopción de las medidas necesarias para asegurar que, al momento de afiliarse a una entidad promotora de salud del régimen contributivo o subsidiado, le sea entregada a toda persona la Carta de Derechos y Deberes del Paciente y la Carta de Desempeño de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de servicios de Salud que formen parte de su red.

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió las resoluciones 1817, 2818 y 4392, todas del 2009, por medio de las cuales se definieron los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el sistema general de seguridad social en salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de los regímenes contributivo y subsidiado.

Dentro de las funciones reseñadas en las resoluciones, y con miras a facilitar la aplicación del principio constitucional del *consentimiento informado*, el Ministerio de Salud y Protección Social ha desarrollado dentro del programa Paquetes Instruccionales Guía Técnica⁴³ *Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud*, la guía que tiene como propósito garantizar la funcionabilidad de los procedimientos de *consentimiento informado* y desarrollar y fortalecer destrezas y competencias relacionadas con dichos procedimientos para que no se presenten errores en la atención, y disminuir así la posibilidad de ocurrencia de eventos adversos.

⁴³ Este ministerio ha desarrollado la guía técnica *Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud* en dos versiones: versión 1 2009 y versión 2 2017. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/paginas/freeseachresults.aspx?k=&k=gu%C3%ADa%20consentimiento%20informado>

Desde la óptica de la naturaleza jurídica, recoge la guía elementos como que se trata de un derecho que es la expresión de la autonomía frente a la decisión que adopta el paciente. Señala textualmente la guía que el *consentimiento informado*:

Es un derecho y es el medio de concertar un plan terapéutico entre el médico y su paciente. Es la expresión de la autonomía y la posibilidad que tiene un usuario en la decisión de su futuro y contexto de calidad de vida que puede lograr frente a un evento de salud específico.⁴⁴

Desde la mirada del procedimiento operativo, prescribe la guía:

Es un procedimiento a través del cual un paciente es informado respecto a todos los alcances de los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa propuesta por el profesional de salud con total conocimiento de esta decisión, lo cual debe constar por escrito.⁴⁵

El periodo de los proyectos de ley que pretendían actualizar el Estatuto de Ética Médica

El servicio de salud ha evolucionado en el alcance y características de los distintos elementos que lo componen. Al ser un derecho de rango constitucional, goza de la protección de control de constitucionalidad y de protección por su vulneración mediante la acción de tutela. Las altas cortes en sus fallos, con los parámetros que se adoptan bajo un modelo de Estado social de derecho, han moldeado el alcance de la prestación de esos servicios en cuanto a los elementos siguientes: ¿qué servicio se debe prestar?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿por quién? y ¿por cuánto se debe prestar el servicio de atención médica-quirúrgica u hospitalaria? Asimismo, los procedimientos y técnicas médico-quirúrgicas han evolucionado vertiginosamente en lo que va corrido del siglo XXI.

Todos esos factores, sumados a los componentes éticos y jurídicos que los deben acompañar, han motivado la presentación de varios proyectos de ley con el propósito de modificar la Ley 23 de 1981. En dichos proyectos se refleja un cambio en el alcance y características del concepto de *consentimiento informado*. Entre aquellos presentados y que no han

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud en dos versiones: versión 1, 2009, y versión 2, 2017.

surtido completo el proceso legislativo para convertirse en ley, traemos a consideración dos para el análisis.

Proyecto de ley 24 del 2015, Senado, “por medio del cual se crea el nuevo Código de Ética Médica”, de iniciativa del honorable senador Juan Manuel Galán P. En la justificación⁴⁶ del proyecto para reformar el Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981) se resalta el paso de un sistema en el que la atención médica está fundamentada en la relación *médico-paciente* a una relación *médico-paciente-Estado*.⁴⁷

El proyecto, a diferencia⁴⁸ de la Ley 23, trae en el artículo 17 una descripción de las características de la información, pero no propiamente una definición del *consentimiento informado*:

Artículo 17. DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. Previa información suficiente, veraz, comprensible y oportuna, el médico pedirá al paciente o a quien lo represente, su consentimiento para realizar los actos médicos que considere pertinentes, en particular aquellos que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible.

Señala expresamente el artículo en su parágrafo 1.º que “cuando se trate de menores entre los siete (7) y los dieciocho (18) años de edad se obtendrá su asentimiento informado siempre que sea posible”. El parágrafo 4.º trae

⁴⁶ En la exposición de motivos señala el senador Galán, entre otros argumentos para la modificación de la Ley 23 de 1981, que “... es así como luego de casi siete lustros de estar vigente, el Código de Ética presenta grandes inconsistencias con el desarrollo de la vida actual. Esta necesidad de actualizar la normatividad fue prevista hace veinte años, a través del autorizado concepto del abogado Alfonso Tamayo Tamayo, uno de los redactores del Código de Ética Médica, quien en su momento manifestó que ‘muchas precisiones, cambios, supresiones y reformas podrán introducirse a la ley de ética médica para hacerla un instrumento cada vez más claro y adecuado para regular las diferentes relaciones que existen en el trabajo médico’, palabras que adquieren mayor validez en los días que corren, cuando la modalidad de ejercicio y las relaciones laborales de los médicos han sufrido fuertes cambios, desde que fue contemplada en 1981”.

⁴⁷ “El paciente superó su condición de incapacitado mental y moral para convertirse en un sujeto activo, con derechos legales; el médico a su vez continúa siendo el benefactor del paciente, pero no a contrapelo del querer de este; y finalmente el Estado, que en cuestiones médicas no fue tenido en cuenta, asumió la responsabilidad de estatuir la salud como un derecho y de garantizar su vigencia, es decir, de actuar con criterio justo. Sin duda alguna, tal ingrediente, involucrado hoy en el concepto de ética médica, tiene sus raíces en las tesis propuestas por John Stuart Mill en su tratado de filosofía moral *El utilitarismo*” (texto del proyecto de ley 24 del 2015. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2015%20-%202016/PL%200024-15%20Nuevo%20Codigo%20de%20Etica.pdf>).

⁴⁸ Mendoza y Herrera hacen un análisis comparativo del proyecto de ley 24 del 2015 con el modelo de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) y con otros códigos de ética médica (MENDOZA Y HERRERA, “El consentimiento informado en...”).

una especie de definición, pero más con miras al alcance de la autorización para el procedimiento:

PARÁGRAFO CUARTO. El consentimiento informado es el marco general de autorización con que cuenta el facultativo, pero no se requiere su validación permanente para cada acto particular; salvo cuando cambie el riesgo del paciente o se trate de una intervención extraordinaria o diferente a la inicialmente explicada. El consentimiento informado podrá ser revocado por el paciente en cualquier momento del proceso de atención.

El mencionado proyecto trae, asimismo, una disposición (artículo 43) que le exige al médico el *consentimiento informado* para la realización de investigaciones en seres humanos, y este debe estar acorde con el marco legal vigente.

En las conclusiones de su trabajo comparativo sobre el Proyecto de ley 24 del 2015 frente a la Ley 23 de 1981, Mendoza y Herrera hacen una crítica respecto de los actores que deben ser tenidos en cuenta para la estructuración de la propuesta.

Aunque se ratifica la necesidad de promulgar un nuevo código de ética médica en Colombia, para que este código encarne los fines de la medicina moderna y dé cuenta de la sociedad democrática, laica y plural que representa, requiere reformular sus principios, siendo además claro y suficiente en lo procedimental. Por tanto, en su desarrollo necesita contar con la participación de la academia en extenso e integrar a los diferentes actores en su discurso.⁴⁹

Proyecto de ley 104 del 2019, Cámara, “Por medio del cual se modifica la Ley 23 de 1981 y se dictan otras disposiciones”. Señala en la exposición de motivos que el proyecto tiene como propósito actualizar el sistema de ética médica adoptado mediante la Ley 23 de 1981. Para dicho cometido el proyecto actualiza y adiciona los principios para el ejercicio de la medicina y lo referente al desarrollo del ejercicio profesional de la medicina; introduce un nuevo concepto acerca del *consentimiento informado* con la adición de un nuevo artículo, con una pretendida definición y descripción de sus elementos; actualiza y adiciona aspectos sobre la historia clínica, el secreto profesional, los requisitos para ejercer la profesión de la medicina, los requisitos para las sanciones, los procesos disciplinarios ético-profe-

⁴⁹ *Idem.*

sionales y sus características, además de los aspectos temporales y normativos, el contenido de los fallos, la prescripción y los recursos.

Luego de un análisis de los distintos artículos que en el proyecto de ley hacen referencia al concepto de *consentimiento informado*, podemos concluir que dicha regulación no propone una estructura organizada de ese componente de la relación jurídica médico-paciente-Estado. Si bien es cierto que modifica varios artículos en lo atinente al deber de información para emitir un consentimiento y las características y condiciones de esa información, no es claro en la estructura de la definición, pues de ella, que es más una descripción de la información y del procedimiento para suministrarla, no se deduce la naturaleza jurídica de aquel.

El proyecto aborda, en distintos apartes del texto, elementos relacionados con la información en la relación médico-paciente-Estado. Parte de una redefinición de esa relación adicionándole que esta debe fundarse “en un compromiso responsable, leal y auténtico entre quienes participan en ella respetando los derechos y garantías civiles del ser humano”. La inclusión de esos principios serán referentes de interpretación del concepto de *consentimiento informado*, algo similar a la función del principio de buena fe en el sistema del Código Civil.

Señala el proyecto que el médico “no expondrá a ningún ser humano a riesgos injustificados”, y le exige explicarle al paciente, anticipadamente, las consecuencias del tratamiento, debiendo obtener el consentimiento del paciente, de forma asimismo anticipada, para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente (artículo 7 del proyecto de ley, el cual modifica al artículo 15 de la Ley 23 de 1981). En el artículo 8, que propone adicionar el artículo 15 de la ley con el artículo 15a, trae una definición (parágrafo 2.º) que, más que una definición de la naturaleza jurídica, es una descripción del proceso para obtenerlo y de las características de la información.

Así, este *consentimiento informado* es el proceso en el cual se da una comunicación verbal clara y asertiva entre el paciente o quien lo represente y el médico, la cual constará por escrito. Se requiere su validación cuando cambie el riesgo del paciente o se trate de una intervención extraordinaria o distinta a la explicada en principio. El *consentimiento informado*, como ya dijimos, podrá ser revocado por el paciente en cualquier momento del proceso de atención.

Este artículo, además, describe las características de la información suministrada al paciente, la cual debe ser clara, veraz, comprensible, oportuna, suficiente, completa, accesible, fidedigna, oficiosa y, en algunos casos, cualificada, según la complejidad del procedimiento, tratamiento o patología, los beneficios y posibles complicaciones a corto, mediano y largo plazo, y las consecuencias posibles en otros seres humanos.

Este proyecto de ley en la actualidad se encuentra en trámite en la Comisión Séptima Constitucional Permanente, según la página web de la Cámara de Representantes.⁵⁰

La era de protección de los consumidores en Colombia

El siglo XXI se caracteriza porque la mayor parte de la población del planeta está localizada en las ciudades, y la economía se ha globalizado, pues han desaparecido las fronteras para las grandes corporaciones fabricantes de bienes y para las prestadoras de servicios a millones de consumidores y usuarios de todas las latitudes. Es por ello por lo que una inmensa mayoría de los ciudadanos nos vemos en la imperiosa necesidad de establecer una variada gama de vínculos jurídico-económicos para la realización de nuestras actividades cotidianas.

Para atender la necesidad de regular la relación jurídico-económica de los ciudadanos que actúan en los mercados bajo determinadas circunstancias condicionantes impuestas por la dinámica que estos exigen para su viabilidad como negocio, surge una moderna concepción del derecho denominada *derecho del consumo*, cuya finalidad es la corrección del desequilibrio estructural que está latente en la relación entre consumidores y profesionales, sean estos productores o proveedores de bienes o prestadores de servicios.

Las relaciones de consumo, una realidad del siglo XXI, requieren de condiciones de mercado que les permitan negocios por volumen, con millones de sujetos indeterminados, con sistemas de mercadeo y publicidad ágiles e innovadores, y, en muchos casos, hasta agresivos, con una infraestructura robusta para su distribución que facilite el acceso de millones de personas.

Esta fenomenología exige de un marco normativo que atienda esas realidades y condicionamientos que conllevan implícitamente una asimetría y

⁵⁰ <https://www.camara.gov.co/etica-medica-0>

un desbalance entre los sujetos del derecho a la hora de contratar, lo cual, a su vez, pide un nivel de intervencionismo estatal y de proteccionismo propio de una regulación especializada y autónoma, como lo es el derecho del consumo.

Régimen del Decreto 3466 de 1986

La evolución del tratamiento legal de los consumidores, que en nuestro ordenamiento jurídico migró de una falta de consagración en la Constitución de 1886 a una regulación propia del derecho privado por medio de reglamentos técnicos para la seguridad de productos industriales y para la seguridad de artículos de consumo humano y de uso doméstico, dictados a finales de la década de los 50. Transcurridos casi 30 años de los primeros referentes normativos se expide la regulación del denominado por la doctrina Estatuto de Protección al Consumidor, contenido en el Decreto 3466 de 1982,⁵¹ en el cual se incluyen disposiciones que procuran equilibrar las asimetrías generadas por las nuevas formas de promoción y comercialización de bienes o servicios y su financiación.

Desde la mirada de la protección a los consumidores, recordemos que bajo el modelo de protección al consumidor del Decreto 3466, la protección contractual se remitía integralmente al régimen de los contratos del Código Civil y del Estatuto Mercantil, según la relación contractual fuera civil o comercial, y así lo reconoció la jurisprudencia.

En este marco legal no se utiliza el concepto de *consentimiento informado*, pero sí se inicia una era de cualificación de la información que debe ser suministrada al consumidor para la toma informada de su decisión, esto es, para manifestar su voluntad frente al contrato específico.

Esa cualificación de los sistemas de información se materializa en la regulación referente a las marcas, leyendas y propagandas cuando exige que toda la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser “veraz y suficiente”, y quedan expresamente prohibidas las que no correspondan a la realidad, así como “las que induzcan o puedan inducir

⁵¹ Decreto 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

a error” respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad o idoneidad hayan sido registradas o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, toda propaganda que se haga de ellos deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad de ella, o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso.

En lo referente a la información suministrada al consumidor bajo la forma de propaganda, regula los tipos de *con imágenes*, *comercial con incentivos*, especiales (productos nocivos) y *de fijación de precios*. Todo esto como parte del deber de información en procura de ilustrar lo suficiente al consumidor para la emisión de su consentimiento o declaración de voluntad en la relación jurídico-negocial concreta.

Régimen de protección del consumidor financiero anterior al régimen de la Constitución de 1991

La era de protección del consumidor financiero comienza mucho antes del régimen de la Ley 1328 del 2009. Efectivamente, la Ley 45 de 1990, en la relación de las aseguradoras con sus asegurados, definió algunas reglas específicamente para el *deber de información*, esto es, información previa con miras a la celebración, o no, de la relación contractual de seguros, en la medida en que las aseguradoras deben suministrar información de fácil comprensión, especificando los amparos básicos y las exclusiones, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva (artículo 44). Las pólizas deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado.

Finalmente, trajo la ley un postulado para la protección de la libertad de contratación, mediante el cual la Superintendencia Bancaria resguardará la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora, y, en su caso, el intermediario, y aplicará las sanciones correspondientes cuando verifique conductas o prácticas que contraríen lo dispuesto en esta ley.

Régimen de protección del consumidor financiero de la Constitución Política de 1991

La reforma constitucional de 1991 trae nuevos lineamientos políticos, sociales y económicos, entre ellos los postulados de protección a los consumidores, consagrados en su artículo 78,⁵² lo cual les da una primacía importante a dichos postulados sobre otras normas del derecho privado, y además se convierte en la fuente del cambio normativo contenido en los estatutos de protección a los consumidores financieros (Ley 1328 del 2009) y en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011), los cuales institucionalizan un régimen contractual altamente intervenido y proteccionista.

Recordemos que la Carta de 1991 elevó al rango constitucional las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, prescribiendo que son de *interés público*, lo que les impone una serie de condicionamientos en beneficio del interés general. A su vez, el artículo 51 consagró el derecho a una vivienda digna⁵³ señalándole al Estado la función de promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo, lo que derivó en un régimen de protección especial a los consumidores financieros de créditos de vivienda con garantía hipotecaria o financiación vía *leasing* habitacional.

⁵² 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 aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

⁵¹ 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.

⁵³ "... debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C. P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C. P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C. P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito..." (Corte Constitucional, 2000).

En lo referente a los contratos para la financiación de vivienda a largo plazo (créditos hipotecarios), derivado del rango constitucional dado a los esquemas de financiación para este esquema de financiación (artículo 51 CP), la Ley 546 de 1999 trajo normas de protección de los deudores hipotecarios por adquisición de vivienda, algunas de ellas relacionadas con los contratos de adhesión, el *deber de información* (art. 21) y los contratos homogéneos.

El deber de información, consagrado expresamente como una obligación, de las entidades financieras autorizadas por la Super Financiera para el otorgamiento de financiación para la adquisición de vivienda estableció las condiciones de tiempo, modo y canal por el cual se debía suministrar la información, antes y durante la ejecución del contrato. En cuanto al modo, señala la disposición que aquella debe ser “cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos”. Adicionalmente, la forma (cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos) en los términos que determine la entidad de supervisión, vigilancia y control.

En cuanto al suministro de la información a todos los deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda, esta se requiere para dos propósitos y en dos momentos: (i) para el otorgamiento de la financiación, por lo que la información debe ser previa, con el propósito de que el potencial deudor financiero cuente con elementos suficientes para la toma de su decisión informada. (ii) Durante la ejecución del contrato de crédito, esto es, el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán una información clara y comprensible, que incluya como mínimo una proyección de lo que serían los intereses por pagar en el próximo año y los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo periodo, todo ello con el propósito de que el deudor pueda solicitar la refinanciación de su obligación hipotecaria.⁵⁴

⁵⁴ El Decreto 2555 del 2010 consagra una norma similar para las operaciones de *leasing* habitacional. Artículo 2.28.1.3.5. Deber de información para la protección de los usuarios. Las entidades autorizadas deberán suministrar anualmente, durante el primer mes de cada año calendario, información suficiente y de fácil comprensión para los locatarios respecto de las condiciones de sus operaciones de *leasing* habitacional, en los términos que determine la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con sus facultades legales. En todo caso, la información que se suministre debe incluir como mínimo lo siguiente: a) una proyección de los cánones a pagar en el año que comienza. Dicha proyección se acompañará de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicará de manera expresa que los cambios en tales supuestos implicarán necesariamente modificaciones en los montos proyectados; b) la

Régimen de protección del consumidor financiero del régimen del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) (D. L. 663 de 1993)

La Ley 45 de 1990 (incorporada en el EOSF), en relación con el *deber de información*, trajo una disposición para regular la información que las entidades financieras suministrarán al público que tenga como propósito promover su imagen, sus productos o servicios.

La Ley 795 del 2003 (incorporada en el EOSF) trajo una disposición que, si bien no habla de *consentimiento informado*, sí regula el deber de información a los usuarios, con el propósito de que cuenten con elementos suficientes para tomar *decisiones informadas*. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En el sistema de protección de los consumidores financieros no se hace un cambio a la arquitectura del negocio jurídico financiero el cual se rige por las normas del Código de Comercio, específicamente por lo prescrito en el artículo 822. En esa dirección, el “*deber de información*” en el negocio jurídico financiero hace parte de los requisitos para la emisión del consentimiento, pero no es clara la Ley en señalar la sanción por la omisión del deber de información que tiene como finalidad ilustrar al consumidor financiero para la emisión de un consentimiento libre de vicios por error.

Régimen de protección del consumidor de la Ley 1328 del 2009⁵⁵

Dicha reforma dedicó un título exclusivamente para regular el régimen de protección al consumidor financiero, el cual incluye definiciones,

discriminación de los montos imputados al precio del bien, el costo financiero y los seguros pagados por el locatario en el año inmediatamente anterior.

⁵⁵ Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación*. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección.

Para los efectos del presente título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.

principios, derechos, obligaciones, un sistema de atención al consumidor financiero, el régimen de información, cláusulas y prácticas abusivas, la defensoría del consumidor financiero, los procedimientos y el régimen sancionatorio. Sin embargo, no trae la definición de *consentimiento informado*, ni mucho menos regula su naturaleza, pero dentro del sistema de la ley, reconociendo la realidad de la relación jurídico-financiera, donde el consumidor es la parte débil y tratándose de una relación derivada de una actividad de interés público, el Estado le brinda una serie de mecanismos de protección al consumidor financiero que deben ser aplicados de forma sistemática y conexa.

Contempla la ley la definición de *contrato de adhesión* y sus consecuencias jurídicas, la *debida diligencia*, los principios de *libertad de elección* y de *transparencia*, y las características de la información, la cual debe ser “cierta, suficiente, clara y oportuna”.

En la relación jurídica financiera, por regla general, el consumidor no tiene la oportunidad de discutir los términos y alcance de los servicios que le ofrecen. Entre los mecanismos se encuentra todo lo relacionado con el *deber de información*. La ley define los contratos de adhesión como aquellos “elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.

De otro lado, estatuyó el deber de la *debida diligencia* como una obligación de las entidades vigiladas por la Super Financiera en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, con el propósito de que ellos reciban *la información* o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda hacia la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.

En lo referente al principio de *libertad de elección*, señala la norma que las partes podrán escoger libremente a sus respectivas contrapartes, sin perjuicio de los productos de obligatorio ofrecimiento por las entidades vigi-

ladas. La negativa para la prestación de servicios o para el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros.

Este principio está íntimamente ligado con el *deber de información* al que están obligadas las entidades financieras. Sobre este deber se ocupa la norma en extenso en diferentes componentes del sistema de protección en los que lo aborda, y prescribe algunas características o reglas, como en las definiciones (artículo 2); en los principios (artículo 3); en los derechos y obligaciones de los consumidores (artículo 5); en las prácticas propias de protección que deben observar los consumidores (artículo 6); obligación especial de las entidades financieras (artículo 7).

En esta disposición señala que la información debe ser cierta, suficiente, clara y oportuna, con el propósito de permitirles especialmente a los consumidores financieros conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser idónea, de forma tal que garantice y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.

Finalmente, y en pos de facilitar el entendimiento del consumidor financiero acerca de la relación jurídico-financiera que va a formalizar, la entidad financiera está en la obligación de elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes con claridad y en caracteres legibles a simple vista, y tendrá que ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos. En el capítulo “Información al consumidor financiero”, artículo 9 “Contenido mínimo de información al consumidor financiero”, detalla las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros también las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.

La Superintendencia Financiera de Colombia deberá impartir instrucciones especiales referidas a la información que será suministrada a los consumidores financieros de manera previa a la formalización del contrato, al momento de su celebración y durante la ejecución de este, indicándole a la entidad vigilada los medios y canales que deba utilizar, los cuales han de ser de fácil acceso para los consumidores financieros.

En cuanto a los textos o modelos de los contratos de adhesión, las entidades vigiladas deberán publicar en su página de internet el texto de dichos modelos 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.

Régimen de protección del consumidor de la Ley 1480 del 2011

En la era de la industrialización, el crecimiento de la población se concentra especialmente en las ciudades, la economía se diversifica y las actividades productivas se tecnifican para producciones a gran escala, lo que exige de nuevos agentes e intermediación para su comercialización en los mercados; asimismo, se organiza la prestación de los servicios públicos con la participación de particulares. Para esta época, mediados del siglo XX, las relaciones de consumo se rigen por los códigos de comercio.

El derecho del consumo en Colombia se materializa en la existencia de un marco jurídico jerarquizado, que comienza con disposiciones de rango constitucional (artículos 50, 78 y 150 *n*.º 13), continúa con el desarrollo legislativo de los denominados *estatutos del consumidor* (Ley 1328 del 2009 y 1480 del 2011) y finaliza con la intervención del Estado en la economía vía regulación, mediante los decretos reglamentarios 2555 y 3993 del 2010; 704 del 2012; 735, 865 y 1377 del 2013, y las resoluciones y circulares de las superintendencias Financiera, de Industria y Comercio y de Servicios Públicos Domiciliarios. No obstante, son palpables los avances en materia de regulación, es del caso advertir que no es suficiente, pues persisten vacíos y omisiones en algunos asuntos estructurales, así como deficiencias de armonía normativa al utilizar criterios diferentes para establecer los derechos, las obligaciones y los instrumentos de protección de los distintos consumidores.

El Estatuto del Consumidor incorpora una serie de mecanismos e instrumentos, algunos no contemplados en el Decreto 3466; además, pretende una regulación integral de la materia, y regula el deber de información, la publicidad y la protección contractual:

- (a) En el derecho del consumo se convierten en un elemento estructural e indispensable el *derecho a la información* y el *derecho a la educación* como mecanismos de protección de la parte débil de la relación en procura de un equilibrio en las relaciones de consumo. Los *derechos de información y de educación* facultan al consumidor para, en primer lugar, exigir la información e ilustración necesarias para entender las características técnicas y de seguridad de los bienes o servicios que adquiere, y luego para obtener la información necesaria que le facilite conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, así como los instrumentos y mecanismos para hacer valer esos derechos consagrados a su favor por los estatutos de protección.

Entre los principios que trae el artículo 1 de la ley encontramos el de la *información adecuada*:

Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: ... el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

El *deber de información* tiene un mayor grado de especialidad con respecto al Decreto 3466. Esto es, lo cualifica incluyendo normas de protección a *los niños, niñas y adolescentes*.⁵⁶ Establece un mínimo de información para los consumidores, la cual debe ser “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que se ofrezcan”. Asimismo, habla de información específica para la comercialización de productos defectuosos; prescribe que la información mínima debe estar en lengua castellana; determina la información para las transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obliga-

⁵⁶ Ley 1480 del 2011. Artículo 28. Derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes. El Gobierno nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006.

torias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica; establece los mínimos de información que debe suministrar todo productor o todo proveedor, según la relación jurídico-económica de que se trate.⁵⁷ Asimismo, prescribe las condiciones para el suministro de información de productos nocivos para la salud, y, por otro lado, especifica: “*El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado.*”

Establece la ley como sanción la responsabilidad de los productores o proveedores de bienes o servicios por todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información suministrada a los consumidores.

- (b) La publicidad. Prescribe la ley la fuerza vinculante de la publicidad al señalar que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”. Regula lo concerniente a publicidad engañosa, de la cual podrá ser responsable solidariamente el medio de comunicación si se comprueba dolo o culpa grave. También establece las condiciones y reglas para la publicidad de productos nocivos y para las promociones y ofertas.
- (c) La protección contractual. Incluye expresamente esta figura como mecanismo fundamental para lograr el objetivo consagrado en la ley. Presenta, comparativamente hablando, un esquema de protección contractual más estructurado y organizado que el contenido en la Ley 1328, con una mayor técnica jurídica, lo que facilita su interpretación y aplicación. Trae la regulación de la interpretación favorable al consumidor; de productos no requeridos; la prohibición de ventas atadas; las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión; las reglas de las cláusulas prohibidas; de las cláusulas de permanencia mínima; las cláusulas abusivas y la sanción (ineficaces de pleno derecho).

Ley 1480 de 2011 en su artículo 3º contempla los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, entre ellos, el derecho a recibir información,

⁵⁷ Ley 1480 del 2011. “Artículo 24. Contenido de la información. La información mínima comprenderá: 1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información: ...”

que sea completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, *comprensible, precisa e idónea* respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos. También consagra el derecho a la educación: Los ciudadanos tienen derecho a *recibir educación sobre los derechos de los consumidores*, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas. (Énfasis agregado)

El régimen de protección del consumidor de la ley 1480 consagró expresamente normas para las relaciones jurídicas materializadas mediante el sistema de comercio electrónico, entendido como “*la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.*”

Esta normativa especial para los negocios jurídicos adelantados bajo esta modalidad consagró el “*deber de información*” en sus componentes de tiempo, modo y medio a utilizar procurando que se le suministre al consumidor los elementos necesarios para la celebración del negocio jurídico. En el artículo 50 se consagra como obligación de los proveedores o expendedores el suministro de información. Especificó la norma en cuanto a la condición de tiempo, que ésta sea suministrada “en todo momento”, debiéndose entender que hace referencia tanto a la etapa pre - contractual como a la de ejecución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Señala igualmente la norma las características que debe revestir dicha información, la cual debe ser “*cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan*” y revestir otras características sobre el tamaño, el peso, las medidas, el material del que está construido, etc. En cuanto al medio mediante el cual se debe suministrar la información los proveedores o expendedores deben señalar el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos.

Como podemos observar de este desarrollo normativo el legislador ha cualificado en detalle las condiciones de tiempo, modo y lugar del “*deber de información*”, sin hacer alusión específica a que es un elemento cualificado dentro de la estructura del negocio jurídico mediante los mecanismos contemplados en el comercio electrónico.

Para efectos de interpretación y aplicación de las normas del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011) es menester que dicho Estatuto defina de manera expresa la naturaleza de las normas de protección al consumidor como de orden público, artículo 4⁵⁸ e incluya una serie de principios claves para la interpretación de sus disposiciones, siendo esta disposición la columna vertebral de todo el sistema de protección de los consumidores y usuarios en Colombia, y, por supuesto, del régimen de protección contractual.

El *consentimiento informado* en los sistemas de administración de justicia a través de los métodos de resolución de controversias

La figura de resolución de controversias en derecho financiero reseña un antecedente en la Ley 510 de 1999, la cual estableció que las partes podrían convenir que la definición de las diferencias surgidas de los contratos hipotecarios o de los títulos, y la ejecución de las obligaciones que en ellos constan, incluyendo el remate y venta de los bienes o su restitución forzosa, se sometiera a la decisión de un árbitro. No obstante, tratándose de un contrato de adhesión, esta norma no hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*. La ley traía una serie de reglas que tenían como objetivo proteger al consumidor financiero.

Posteriormente, la Ley 546⁵⁹ del mismo año reguló el pacto arbitral con los mismos alcances de la 510, estableciendo que solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento arbitral, así como que el pacto o la cláusula compromisoria debía constar por escrito y que no se aplicaría para los conflictos suscitados por la reliquidación de los deudores en el sistema UPAC. Esta norma tampoco hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*.

En el ámbito de los consumidores, la Ley 142 de 1994 consagró la posibilidad de someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre la compañía y los usuarios. Esta norma tampoco hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*, pero sí estableció unas normas de protección

⁵⁸ Artículo 4.º. "Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley..."

⁵⁹ El artículo 35 de la ley 546 de 1999 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1140-00 del 30 de agosto del 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

a los usuarios respecto de los mecanismos de solución de controversias bajo la figura del abuso de posición dominante, por la cual se presume dicha posición de la empresa de servicios públicos, en los contratos de servicios públicos, en cláusulas como las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al usuario en el evento que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos, o también las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias.

En ese mismo ámbito del derecho del consumo, la Ley 1480 del 2011, en su artículo 43, numeral 12, tipificó como cláusulas abusivas aquellas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. Dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 del 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional). Sobre el cambio normativo que significó esa derogatoria manifestó Camilo Gómez:

Con este cambio normativo, el legislador hizo a un lado una postura reticente frente a la utilización de las cláusulas compromisorias en los contratos por adhesión, la cual se encontraba sustentada en que su inclusión en el cuerpo del contrato por la parte dominante de la relación contractual causaba un detrimento injustificado en contra del consumidor al obligarlo a renunciar a la justicia ordinaria sin su consentimiento, para pasar a permitirle sin someterla a ninguna condición o limitación que salvaguardara los derechos de la parte débil.⁶⁰

La Ley 1563 del 2012 prescribe que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición, o aquellos que la ley autorice. A su vez, define el pacto arbitral como un negocio jurídico en virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

De acuerdo con este marco legal, el pacto arbitral es un negocio jurídico que debe reunir los elementos del negocio jurídico para su existencia y validez. Sobre el elemento *consentimiento* para el negocio jurídico de consumo (contrato de adhesión) y el del pacto arbitral para las controversias

⁶⁰ Camilo GÓMEZ, *El arbitraje de consumo en Colombia: un análisis de su regulación y propuesta* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016).

que surjan de dicho negocio jurídico, la ley colombiana no señala formalidad alguna, pero sí habilita a las partes para que la cláusula compromisoria forme parte del contrato o que aquellas hagan constar dicho pacto en documento separado inequívocamente referido a él. Aquella que se pacte en documento separado del contrato para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

En este marco general del negocio jurídico de consumo regido por la Ley 1480 y del pacto arbitral que forme parte de aquellos regidos por la Ley 1563, no hay una ritualidad específica para el *consentimiento*; este se nutre o ilustra mediante el *deber de información*, que aplica para los contratos de adhesión bajo los parámetros de información mínima prescritos en el Título V, “De la información”, Capítulo Único, “De la información”, artículo 23 (de la información mínima y responsabilidad) y artículo 24 (contenido de la información).

Proyecto de ley 08 del 2023, Senado, “por medio del cual se crea la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos..”

Establece el proyecto que podrán someterse a arbitraje los procesos ejecutivos cuando exista pacto arbitral. Define el *pacto arbitral ejecutivo* como el negocio jurídico mediante el cual las partes se obligan a someter al arbitraje la ejecución de títulos ejecutivos y las controversias derivadas del negocio subyacente del título afecto al pacto. El pacto arbitral ejecutivo implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ejecutivas y controversias ante los jueces. La cláusula compromisoria ejecutiva no podrá formar parte del título ejecutivo que se invoque como tal. Deberá constar en un documento anexo a él o separado de él, pero referido a él.

Contempla el texto del proyecto la regulación sobre información mínima y la de protección al consumidor, señalando que en los contratos celebrados con consumidores en los que se estipule un pacto arbitral o en relación con los cuales se pacte arbitraje, se deberá suministrar al consumidor información “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los efectos y alcances del pacto arbitral”.

Señala expresamente el proyecto que la información referida con esas características conlleva el propósito de permitirle al consumidor conocer los efectos del pacto arbitral, sus derechos, obligaciones, condiciones y

costos relacionados con dicho pacto. Adicionalmente a la regulación del *deber de información* para el pacto arbitral de procesos ejecutivos en contratos con consumidores, el proyecto trae unas normas especiales para el *proceso ejecutivo arbitral del crédito hipotecario* que facultan a las partes para que, en la celebración del contrato de crédito hipotecario, en sus modificaciones o en los acuerdos posteriores, acuerden el pacto arbitral ejecutivo (artículo 27).

Exige el proyecto de ley para este tipo de contratos que el pacto sea especial y conlleve un *consentimiento suficientemente informado*. Igualmente, trae una prohibición en cuanto a que los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda de interés social, en los términos del artículo 85 de la Ley 1955 del 2019 y 91 de la Ley 388 de 1997, no podrán ser objeto del pacto arbitral ejecutivo “ni mediante el consentimiento informado”.

Implementa el proyecto un sistema de verificación del cumplimiento del *deber de información* para la obtención de un *consentimiento informado* en el procedimiento notarial de otorgamiento de la escritura pública de hipoteca, en el cual el notario tiene la obligación de preguntarle al propietario del inmueble acerca de si ha sido informado sobre el pacto arbitral, y, en todo caso, le informará y advertirá sobre el alcance del proceso ejecutivo arbitral. El notario deberá dejar constancia expresa de la estipulación del pacto arbitral incluido en el contrato y de las consecuencias que esto implica. Trae el prospecto de norma sanción para el notario que omita el deber de información: “El notario que omita dejar constancia en la respectiva escritura pública de los deberes establecidos en el presente artículo incurrirá en causal de mala conducta”. Los árbitros y los jueces serán garantes del cumplimiento integral de la normatividad contemplada en el proyecto.

Bibliografía

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2003.

_____. “Abuso de la posición dominante contractual”. En *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*, pp. 159, editado por J. Arrubla Paucar et al. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

BEGUÉ HOYOS, María y Daniel Vásquez Vega. “Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano”.

- Revista de Derecho Privado*, n.º. 44 (2023): 313-346. doi:<https://doi./10.18601/01234366.44.11>
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 21(2011): 327-350.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-955 del 2000. Demandas de inconstitucionalidad incoadas contra las leyes 546 del 23 de diciembre de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-048 del 2023. Derecho a morir dignamente.
- FASECOLDA. “La reticencia en el contrato de seguros”. *El Tintero*, s. f.
- GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Legis, 2012.
- GIRALDO, Julio y Dixon López, “El consentimiento médico informado en Colombia”. Repositorio Institucional Unilibre, 2021. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23233/MD0198.pdf?sequence=1>
- GÓMEZ, Camilo. *El arbitraje de consumo en Colombia: un análisis de su regulación y propuesta*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016.
- GÓMEZ DUQUE, Arturo. *Régimen de seguros. El contrato de seguros*. Parte especial II. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2017.
- MENDOZA, Juliana y Luis Herrera, “El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de Ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética”. *Revista CES Derecho*, 8, n.º.1 (2017): 156-171.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud en dos versiones”, versión 1, 2009, y versión 2, 2017. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/paginas/freesearchresults.aspx?k=&k=gu%C3%ADa%20consentimiento%20informado>
- NEME VILLARREAL, Martha L. “El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información”. *Ensayos de Derecho Privado*, 8, n.º. 96 (2018).
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, E. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª. ed. Bogotá: Temis, 2016.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Estudio sobre la buena fe*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011.

- RODRÍGUEZ YONG, Camilo A. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, I. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario, 2013.
- SALGADO RAMÍREZ, Catalina. “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, pp. 305-306. En *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La decisión judicial, naturaleza, hermenéutica y aplicación del derecho*, I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Sorbos de azufre para el consumidor”. *Ámbito Jurídico*, 29 octubre 2013.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Instituciones de derecho comercial*, I, 5ª. ed. Bogotá: Librería Señal Editora, 2008.
- VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Introducción al derecho del consumo*, I. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- ZULETA HOLGUÍN, Francisco. *Mecánica procesal del contrato de seguros*. Bogotá: Dintel, s. f.