

LA CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO

CATALINA GAVIRIA RUANO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

AREA DE DERECHO PRIVADO

BOGOTÁ D.C.

2001

LA CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGUROS

CATALINA GAVIRIA RUANO

Trabajo de Grado para optar al título de
Abogado

Director
GABRIEL JAIME VIVAS DIEZ
Abogado Especializado en Derecho de Seguros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

AREA DE DERECHO PRIVADO

BOGOTÁ D.C.

2001

CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	
1. DE LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS	1
1.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	1
1.1.1. Definición y Desarrollo del Principio de la Autonomía de la Voluntad	4
1.1.2. Límites y Cargas del Principio de la Autonomía de la Voluntad	10
1.1.2.1. Límites Derivados de la Ley	11
1.1.2.2. Límites Derivados del Orden Público	16
1.1.2.3. Límites Derivados de las Buenas Costumbres	19
1.1.2.4. Otros límites a la Autonomía de la Voluntad Privada	20
1.1.2.5. Cargas al Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada	23
1.1.3. Consagración Legal del Principio de la Autonomía de la Voluntad en Colombia	24
1.1.4. Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada y el Régimen Contractual colombiano	27
1.2. IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS	29
1.3. ETAPAS EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS	34
1.3.1. Negociaciones Preliminares	35
1.3.2. Oferta	38
1.3.2.1. Definición y Características en el derecho colombiano	38
1.3.2.2. Requisitos de la Oferta	42
1.3.2.2.1. Exteriorizada y con intención de obligarse	42
1.3.2.2.2. Debe contener los elementos esenciales del negocio propuesto	42
1.3.2.3. Comunicación de la Oferta	44
1.3.2.4. Duración de la Oferta	45
1.3.3. Aceptación	45
1.3.3.1. Elementos de la Aceptación	46
1.3.3.2. Requisitos de la Aceptación	48
1.3.3.3. Efectos de la Aceptación	50
1.4. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO	51

2.	DEL PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD Y LA CONSENSUALIDAD EN EL RÉGIMEN COMERCIAL COLOMBIANO	55
2.1.	LA FORMA EN LOS CONTRATOS	56
2.2.	EL FORMALISMO	57
2.2.1.	Clases de Formalidades	58
2.2.1.1.	Formalidades Ad-Sustanciam Actus	59
2.2.1.2.	Formalidades Ad- probationem	64
2.2.1.3.	Formalidades Ad-voluntatem	65
2.2.1.4.	Formalidades protectoras y por razón de registro	67
2.2.2.	Evolución histórica del Formalismo	68
2.2.2.1.	Mesopotamia	68
2.2.2.2.	Roma	70
2.2.2.3.	Derechos Bárbaros	71
2.2.2.4.	Código de Napoleón de 1804	72
2.2.2.5.	Código Civil de Andrés Bello	73
2.2.2.6.	Renacimiento del formalismo en la Edad Contemporánea	74
2.2.3.	Clasificación moderna de los contratos según su forma de perfeccionamiento	75
2.2.4.	Desventajas y ventajas del Formalismo	78
2.3.	LA CONSENSUALIDAD	80
2.3.1.	Fundamentos del Principio de la Consensualidad en el principio de la Autonomía de la Voluntad	80
2.3.2.	Contenido del Principio de la Consensualidad	81
2.3.3.	Evolución histórica del Principio de la Consensualidad	82
2.3.4.	Alcances del Principio de la Consensualidad - Atenuantes	84
2.3.5.	Ventajas y Desventajas del Principio de la Consensualidad	86
3.	CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO	89
3.1.	BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR: CONTRATO DE SEGURO SOLEMNE	90
3.1.1.	Itercontractus del seguro en el Código de Comercio antes de la Ley 389 de 1997	94
3.1.1.1.	Propuesta de seguro	94
3.1.1.2.	Aceptación de la propuesta de seguro	97
3.1.2.	Naturaleza Jurídica de la Póliza	99
3.1.3.	Funciones de la Póliza	100
3.1.3.1.	Función constitutiva de la póliza	100
3.1.3.2.	Función probatoria de la póliza	100
3.1.4.	Requisitos de la póliza	101
3.1.5.	Contenido de la póliza	104
3.1.6.	Documentos que hacen parte integrante de la póliza	107
3.1.6.1.	La solicitud de seguro	107
3.1.6.2.	Anexos	107
3.1.7.	Mérito Ejecutivo de la Póliza	108

3.2.	ANTECEDENTES DE LA REFORMA QUE ESTABLECE LA CONSENSUALIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO	112
3.2.1.	Antecedentes normativos: Antiguo Código de Comercio	113
3.2.2.	Antecedentes Jurisprudenciales	114
3.2.3.	Antecedentes en el proyecto de Reforma al Código de Comercio en el año 1971	119
3.2.4.	Antecedentes Prácticos	123
3.2.5.	El contrato estatal de seguros	126
3.3.	COMENTARIOS A LOS PROYECTOS DE LEY QUE MODIFICAN EL CONTRATO DE SEGURO (Ley 389 de 1997)	128
3.3.1.	Proyecto de Ley 65 de 1995. Senado de la República de Colombia	129
3.3.1.1.	Motivaciones del Proyecto	130
3.3.1.1.1.	Abolición de conductas consideradas como abuso de posición dominante	130
3.3.1.1.2.	Agilidad en la celebración de negocios comerciales	132
3.3.1.1.3.	Legalización de la costumbre contralegem	132
3.3.1.2.	Sobre el perfeccionamiento del contrato de seguro	133
3.3.1.3.	Sobre la prueba del contrato de seguro	135
3.3.2.	Modificaciones al Proyecto de Ley 65 de 1995, durante los debates en Senado y Cámara	137
3.4.	VIGENCIA DE LA LEY	142
3.5.	ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES	143
3.5.1.	Perfeccionamiento del contrato de seguro	144
3.5.1.1.	Iter contractus del seguro después de la Ley 389 de 1997	144
3.5.1.2.	Implicaciones e inquietudes que surgen después de la reforma	151
3.5.1.2.1.	Momento en el que se perfecciona el contrato	152
3.5.1.2.2.	Seguro por cuenta de un tercero	153
3.5.1.2.3.	Pago de la prima	154
3.5.1.2.4.	Modificaciones y prórrogas	158
3.5.1.2.5.	Revocación del contrato de seguro	161
3.5.1.2.6.	Garantías del contrato de seguro	161
3.5.2.	Prueba del contrato de seguro	162
3.5.2.1.	La prueba documental escrita	166
3.5.2.1.1.	Qué ocurre si la póliza no se expide?	168
3.5.2.1.2.	Medio de prueba supletivo	169
3.5.2.1.3.	Diferencias entre las condiciones particulares acordadas verbalmente y las que aparezcan consignadas en la póliza emitida por la aseguradora al tomador, ó en la póliza registrada ante la Superintendencia Bancaria	170
3.5.2.1.4.	Mérito Ejecutivo de los escritos a través de los cuales se prueba el contrato de seguro	174
3.5.2.1.5.	Autenticidad de las firmas en las pólizas	176
3.5.2.2.	La confesión	177
3.5.3.	Implicaciones de la Reforma a la Ley 389 de 1997 en el coaseguro y el reaseguro	179

4.	LEGISLACION COMPARADA: FORMA DEL CONTRATO DE SEGURO	181
4.1.	PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO	182
4.1.1.	Legislaciones que aceptan la consensualidad en el contrato de seguro	182
4.1.1.1.	Argentina	182
4.1.1.2.	Bolivia	184
4.1.1.3.	Guatemala	184
4.1.1.4.	Honduras	186
4.1.1.5.	México	187
4.1.1.6.	Paraguay	188
4.1.2.	Legislaciones que establecen una formalidad especial para el perfeccionamiento del contrato de seguro	189
4.1.2.1.	Brasil	189
4.1.2.2.	Ecuador	190
4.1.2.3.	España	192
4.1.2.4.	Nicaragua	194
4.1.2.5.	Uruguay	195
4.1.2.6.	Venezuela	196
4.2.	PRUEBA DEL CONTRATO	198
4.2.1.	Aceptación del medio de prueba escrito y todos los demás, siempre y cuando exista principio de prueba por escrito	200
4.2.1.1.	Argentina	204
4.2.1.2.	Paraguay	206
4.2.1.3.	Bolivia	207
4.2.1.4.	Guatemala	209
4.2.2.	Aceptación exclusiva de los medios probatorios escritos	212
4.2.2.1.	Honduras	212
4.2.3.	Aceptación de la prueba del contrato de seguro a través de escritos y confesión	213
4.2.3.1.	México	214
5.	LOS SEGUROS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO	217
6.	CONCLUSIONES	224
	BIBLIOGRAFÍA	237

INTRODUCCIÓN

Era el año 1995, época en la que existió en el Congreso de la República un proyecto de ley que pretendía reformar el contrato de seguro. Sin lugar a dudas el cambio que se pretendía era inmenso, toda vez que, el contrato de seguro había nacido en la legislación colombiana como un contrato de forma solemne, y ahora, más de dos siglos después, se pretendía transformarlo en “consensual” y regular de manera diferente la prueba del mismo.

El tema, sin lugar a dudas muy interesante, ya que implicaba un cambio radical en la legislación comercial colombiana, generó mayor interés en mí, debido a mi incursión en el sector asegurador.

En el año de 1997, la Ley 389 modificó la regulación del contrato de seguro que hace parte del Código de Comercio, estableciendo libertad en la forma para su perfeccionamiento, es decir, permitiendo que surgiera a la vida jurídica con el simple acuerdo de voluntades expresado aún verbalmente (“consensualidad”) y determinando como únicos medios probatorios conducentes para el mismo, el escrito y la confesión. Aun cuando la Ley 389 de 1997 también reguló apartes diferentes de la relación asegurativa, ellos no serán materia de este estudio. Valga la pena aclarar también que debido al gran cambio que se gestaba, los efectos de la Ley sólo iniciaron en enero de 1998.

Aun cuando ya han pasado varios años desde que se promulgó esta ley, consideramos que el estudio sobre el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro a la luz de la Ley 389 de 1997 mantiene vigencia y, hasta la fecha, son pocos los doctrinantes que han presentado al público un análisis profundo del mismo. Por esta razón, tomamos la iniciativa de investigar y elaborar este trabajo, cuyo fruto es el que ahora se presenta en las siguientes páginas.

En este Trabajo de Grado los lectores encontrarán en el capítulo inicial, anotaciones generales sobre el Perfeccionamiento de los Contratos. Partiendo de un breve estudio sobre el Principio de la Autonomía de la Voluntad y la forma en que dicha facultad de autorregulación de intereses ha sido plasmada en la Ley, pasaremos a estudiar, también en forma breve, la formación misma de los contratos, comenzando por la etapa de los tratos preliminares, la emisión de la oferta y los efectos de la aceptación de la misma, como acto recepticio de la voluntad a través del cual todo contrato es perfeccionado. Encontraremos que la voluntad en sí misma es la raíz de todo acuerdo comercial y que la forma en que ha de manifestarse esa voluntad será determinante para establecer la eficacia legal del mismo.

En un segundo capítulo, y teniendo como fundamento el hecho de que la forma con la que se manifieste el consentimiento es importantísima para el perfeccionamiento del contrato, estudiaremos las dos tendencias legislativas principales al respecto, es decir, la Formalidad y el Consensualismo. Analizaremos su contenido, consagración legal, consecuencias en cuanto a la formación y prueba del contrato y las ventajas de una u otra tendencia.

En el tercer capítulo de este Trabajo, analizaremos de manera particular el perfeccionamiento del contrato de seguro, haciendo referencia tanto a los requerimientos establecidos legalmente antes de la reforma, cuando la legislación vigente le otorgaba el carácter de contrato solemne, como a los requerimientos actuales, luego de que fue considerado como un contrato consensual. En tanto que el régimen probatorio del contrato también fue modificado por la Ley en comento, nuestro estudio también profundizará sobre esta materia.

Para ello, obviamente tendremos que acudir al estudio de los proyectos de ley y las motivaciones que tuvieron los legisladores para aprobar el texto final de la misma, condiciones que servirán para interpretar su contenido y que constituyen por lo tanto, su espíritu. Analizaremos los textos legales vigentes y las implicaciones prácticas que surgen como consecuencia inmediata.

Ahora bien, más allá de los requerimientos propios de perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, definidos por la ley, también estudiaremos las demás normas del Código de Comercio que regula este contrato y que parten de la base de un contrato solemne. Estudiaremos así cuál podría ser su suerte en cuanto a si mantienen o no su vigencia y cual sería su interpretación, luego de que, como lo hemos mencionado repetidas veces, el contrato de seguro ostenta la característica de consensual.

Respecto del aspecto probatorio del contrato, es pertinente estudiar las condiciones del mérito ejecutivo del escrito con el cual se pruebe el contrato de seguro, en tanto que el escrito podrá no siempre consistir en la póliza de seguro.

Así las cosas, el capítulo que ahora reseñamos, desarrolla el tema central del trabajo, mientras que los dos anteriores son un preámbulo necesario para entender su contenido.

En el cuarto capítulo, tendremos la oportunidad de revisar algunas de las legislaciones vigentes en América Latina y España, en especial aquellas que son idénticas (como lo es el caso de México), y aquellas que sin serlo, son bastante similares a la actual colombiana como la argentina y guatemalteca. Trataremos de hallar similitudes y divergencias entre ellas, incluyendo un análisis sobre las ventajas y dificultades de cada una de ellas.

Terminaremos este Trabajo con un estudio breve sobre las facilidades que otorga esta nueva regulación del contrato de seguro para vincularlo a nuevos mecanismos de comercialización más ágiles y masivos como el internet, enunciando algunas de las cuestiones que deben ser analizadas al pensar en esta iniciativa.

Finalmente debemos afirmar la existencia de opiniones y conceptos diversos a los que presentaremos a continuación, condición que enriquece el tema de estudio. También debemos reconocer que, desafortunadamente, habrán muchos interrogantes que permanecerán en la mente de los lectores a pesar del estudio que hemos realizado y que se plasman en este documento, así que sólo nos resta agradecer la oportunidad que nos dan al leerlo y esperamos que al terminarlo, puedan considerarlo como un estudio serio sobre el tema de la consensualidad en el contrato de seguro y las implicaciones en su régimen probatorio.

1. DE LA FORMACION DE LOS CONTRATOS

En este primer capítulo, estudiaremos el Principio de la Autonomía de la Voluntad como sustento básico a partir del cual surgirá para las partes, la facultad de regular sus intereses, al igual que el fundamento de la libertad de la forma en el perfeccionamiento de los contratos.

Adicionalmente, estudiaremos la evolución propia de la formación de los contratos, con lo cual entenderemos los conceptos básicos a partir de los cuales se perfecciona el contrato de seguro en particular.

Valga la pena aclarar al respecto, que este estudio, es un preámbulo al tema central del Trabajo cual es el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro cuyo régimen fue modificado por la Ley 389 de 1997, razón por la cual será un estudio breve, pero que nos permitirá abordar el tema con un marco teórico general.

1.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El hombre nace libre, con la posibilidad de actuar sin limitación alguna y bajo el principio de hacer o realizar lo que le plazca. Sin embargo, con el tiempo, y en la medida que su hábitat se va volviendo más complejo, es decir, en la medida en que los círculos sociales

en los que se desarrolla se van volviendo cada vez más amplios, se hace necesaria la adopción de reglas generales de conducta que permitan la convivencia humana, imponiendo límites a esa libertad absoluta.

Estas reglas de conducta, conformadas por una serie de normas y principios, se convirtieron en fuente de derecho y tuvieron como objeto la reglamentación de la conducta humana, para a su vez, permitir la vida organizada en sociedad.

La complejidad cada vez mayor de las estructuras sociales, obligaron a la creación de organismos superiores encargados del gobierno y la defensa del conglomerado social. Hacemos referencia al Estado, quien encontró en la expedición de normas, una de sus mayores facultades para controlar el accionar de los individuos, y buscar el orden, el respeto, la convivencia y la tolerancia en la sociedad.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos por regular las estructuras sociales, es imposible normatizar todas las conductas del hombre en sociedad, y por ello dentro de la estructura legal propuesta por el Estado, tiene cabida la Autonomía de la Voluntad. El doctor Rodrigo Lozano López haciendo referencia a la sociedad, señala que se trata de “una realidad móvil, dinámica y mutable, que hace casi siempre imposible la concepción y existencia de un sistema capaz de cobijar absoluta y pormenorizadamente todo el complejo de relaciones y actividades sociales jurídicamente relevantes, de prever y regular efectivamente las circunstancias de cada momento. Por ello es que en mayor o menor grado, dependiendo a veces de los supuestos filosóficos o políticos, todo

ordenamiento positivo debe reconocer en cierta magnitud, eficacia jurídica a la iniciativa privada para arreglar sus intereses particulares”¹.

Así, la prerrogativa que otorga el Estado a las personas para autoregular sus actuaciones y sus intereses particulares, se conoce cómo el Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada. La doctrina ha establecido que, “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercitan mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”².

La autodeterminación de intereses particulares se materializa en la facultad de las partes para celebrar entre sí actos que tengan como efecto último la modificación en su condición jurídica, patrimonial y personal. El instrumento jurídico por excelencia que permite el cumplimiento de ese objetivo es el contrato.

Entonces, gracias a la autonomía de la voluntad privada, las personas no solo pueden establecer el contenido y finalidad de sus obligaciones y derechos, sino que, además, pueden determinar los medios o formas a través de las cuales entenderán que se ha formalizado su relación, sean éstas complejas y formales ó libres.

Es decir, con fundamento en el Principio de la Autonomía de la Voluntad las personas se encuentran legitimadas para elegir la forma con la cual entenderán perfeccionados dichos contratos, dentro de la cual, se encuentra la opción de la ausencia de formas específicas, cuya manifestación más común es la consensualidad.

¹ LOZANO LOPEZ, Rodrigo. Tesis de Grado : El formalismo y su consideración en el código mercantil colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1982, p.5.

² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Bogotá: Editorial Temis, 1980, p. 6.

Ahora bien, aun cuando el tema central de este Trabajo de Grado es el estudio de la forma con la que ha de perfeccionarse el contrato de seguro, el régimen probatorio y las implicaciones que ello conlleva en las normas que lo rigen, encontramos prudente desarrollar en este primer capítulo el Principio de la Autonomía de la Voluntad, toda vez que a partir de él, como lo pudimos esbozar brevemente en los párrafos anteriores, es que se ha desarrollado no sólo la institución jurídica del contrato como acuerdo de voluntades entre las partes, que es Ley para las mismas, sino la teoría de la consensualidad.

1.1.1. Definición y Desarrollo del Principio de la Autonomía de la Voluntad. Son múltiples las definiciones que la doctrina ha dado al Principio de la Autonomía de la Voluntad; para el chileno Arturo Alessandri es la “libertad de la que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”³. Por su parte Renato Scognamiglio ha establecido que se trata de “el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones economico-sociales”⁴. En Colombia, el profesor Ospina Fernández presenta una definición del principio en comento más detallada en sus características, al identificarla como “la facultad para manifestar la voluntad de celebrar contratos, sea que estos estén o no contemplados en la Ley, y que las autoriza además para fijar los efectos jurídicos de estos contratos y para elegir la Ley que regirá sus decisiones”⁵.

³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Alejandro. De los contratos. Santafé de Bogotá, D.C: Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile, p 10.

⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del Contrato. Milán: Casa Editorial Dr. Francesco Villardi, 1964, p. 15.

El contenido de dicha facultad es entonces amplísimo, no sólo consiste en la libertad para decidir si nos obligamos o no en un negocio jurídico; también consiste en la facultad de elegir cuándo, dónde y por qué nos obligamos, los efectos de la negociación, e incluso, la forma a través de la cual se entenderá que se ha manifestado satisfactoriamente el consentimiento de las partes a través del cual se perfecciona el acuerdo⁶.

Sin embargo, esa capacidad autoreguladora nos es omnímoda; siempre requerirá de una previsión normativa preexistente que determine los parámetros generales de la conducta a realizar y otorgue eficacia a la actuación particular. Por ello, a pesar de su amplitud en sentido práctico, la Autonomía de la Voluntad siempre se verá sometida a unos límites y cargas mínimos, cuyo fin último es la protección del orden público y las buenas costumbres, tal como se establece en el Código Civil colombiano.

Como lo mencionábamos anteriormente, la ley regula unas conductas, pero en su incapacidad de comprenderlas todas, se acude a la Autonomía de la Voluntad para dar vida y materializar los acuerdos particulares, otorgando capacidad a las partes para crear derecho. Podríamos afirmar que esa, es una de sus principales funciones.

En cuanto al desarrollo histórico de dicho Principio, debemos advertir sin embargo que, a pesar de la importancia que es inherente a él, inicialmente no fue reconocido ni aplicado en su amplia dimensión. En efecto, el derecho romano, piedra angular del derecho civil

⁵ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y de los demás actos y negocios jurídicos. Santafé de Bogotá D.C: Cuarta Edición, 1994, p. 6.

⁶ Las descritas, son las atribuciones que otorga el Principio de la Autonomía de la Voluntad a los individuos, según el doctor Pérez Vives en su libro Teoría General de las Obligaciones, Vol.1, Parte 1, Editorial Temis, 1966, p. 88.

moderno, desconocía la eficacia de la voluntad de las partes como creadora de normas particulares que pudieran regular sus relaciones.

Así, quienes tuvieran una necesidad particular, debían elegir uno de los tipos contractuales creados por la ley romana y su autonomía se limitaba a la capacidad de decidir si querían involucrarse en la negociación; pero el contenido de la negociación y la forma como debían las partes manifestar su consentimiento, estaba altamente limitada a los ritos y formalismos establecidos por la misma Ley, sin los cuales, el acto no generaba efectos jurídicos.

Ahora bien, con el pasar de los años, las necesidades del comercio y la complejidad misma de las relaciones sociales, se hicieron insuficientes los modelos contractuales propuestos en los antiguos cuerpos legislativos romanos. Ello generó que poco a poco surgieran tipos contractuales menos formalistas⁷ e incluso, la creación de “convenios atípicos de mera autonomía (do ut des, do ut facias, etc)”⁸.

En la Edad Media, época de los glosadores y canonistas, se adopta la idea del “solus consensus obligat”. En efecto, el consentimiento como manifestación de voluntad privada, parecía ser la “causa de los contratos innominados⁹” y de algunos pactos comerciales. En el derecho canónico, la voluntad se consideraba como la causa del contrato de donación, el cual además, se perfeccionaba con el consentimiento de las partes manifestado de forma simple, aún verbalmente.

⁷ Serán analizadas en el siguiente capítulo de este Trabajo de Grado.

⁸ CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado, La Autonomía de la Voluntad, p.25

⁹ MONROY CABRA, Marco G. Introducción al Derecho. Bogotá : Undécima Edición, Editorial Temis, p.426.

Esta tendencia evolutiva encuentra su mayor expresión durante los siglos XVII y XVIII, época en la que los postulados del liberalismo económico y el entorno individualista y voluntarista, permitió la aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad en su más amplia dimensión. A la luz de dichos postulados, “(...) los intercambios económicos se realizan por medio de concesiones recíprocas, que son el resultado de las voluntades contratantes (...). La autoridad política no se inmiscuye en los intercambios económicos que son producto de las voluntades individuales; en un sistema de esta índole, el contrato, puesto que descansa en la voluntad única de las partes, es el instrumento por excelencia de los intercambios económicos”¹⁰. El estado sólo puede inmiscuirse y prohibir la realización de aquellos que contraríen el orden público.

Estas concepciones filosóficas, políticas y sobre todo económicas de la época, se reflejaron también en el ámbito jurídico, por intermedio de la Escuela Racionalista cuya premisa consistía en que “la voluntad humana es la fuente de todo derecho, (...) directamente a través del contrato (...). Si la voluntad es la generadora de todo derecho, debe permitírsele libremente su creación”¹¹.

El Código de Napoleón de 1804 se convierte en uno de los ejemplos clásicos de la concepción voluntarista en el ámbito jurídico. El principio de la Autonomía de la Voluntad fue consagrado de la siguiente manera: “En los actos y contratos está permitido todo lo que no está prohibido”¹².

¹⁰ LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato, Volumen I, Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1993, p. 85.

¹¹ ABELIEUK M., René. Las Obligaciones, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.80.

¹² EILER RAUCH, Sara. De la formación del consentimiento en los contratos. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1935, p. 6.

Ahora bien, en la época moderna, podríamos decir que el Principio de la Autonomía de la Voluntad se vió de nuevo limitado. Recordemos que la única causa por la cual el Estado podía limitar la libertad de las personas era la afectación del orden público. Sin embargo, con el paso del tiempo, la noción de orden público fue distorsionándose ó ampliándose según varios puntos de vista, hasta llegar a concebirse como la prelación del interés general sobre el particular, situación que permitió que el Estado fuera inmiscuyéndose mayormente en las relaciones socioeconómicas de las ciudadanos.

La ideología del idealismo social¹³ y la escuela jurídica del positivismo¹⁴ enmarcan la filosofía que subordina la voluntad de los individuos a las normas dictadas por el Estado, limitando así, su ámbito.

La Revolución Industrial y el inicio de los esquemas políticos socialistas y comunistas marcan un cambio sustantivo en la concepción política, social y jurídica. El intervencionismo estatal en los intercambios económicos, determina que sea el mismo Estado quien, a través de normas, regule las condiciones de formación, contenido y efectos de los contratos, y nos lleva a la preponderancia del dirigismo contractual y la estandarización, sobre la libertad de contratación¹⁵.

¹³ También conocida como marxismo jurídico, que sostiene que “la fuente del derecho es la voluntad de la clase que domina cada periodo histórico. Esa clase crea normas jurídicas para hacer posible y organizar la sumisión de la clase oprimida; luego la fuente de todo derecho no es la voluntad de toda la sociedad, sino la voluntad de la clase que detenta los medios de producción como “suyos”. HERRERA JARAMILLO, Francisco José. Filosofía del Derecho. Ciencias Jurídicas. Colección profesores 14. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1996, p. 128.

¹⁴ “El positivismo jurídico sólo acepta la existencia del derecho vigente en una determinada sociedad y una cierta época, atendiendo sólo a su validez formal y sin entrar a indagar la justicia o injusticia de su contenido.”. MONROY CABRA, Marco. Op. Cit., p. 9.

¹⁵ El dirigismo contractual, fruto de la intervención estatal en las relaciones económicas, produjo la creación de contratos forzosos y normados. En los primeros, la característica predominante es que debían ser obligatoriamente celebrados por las partes, como por ejemplo los seguros obligatorios; situación que restaba definitivamente la autonomía de la voluntad. Los segundos, tienen como característica que el contenido de los mismos está reglada por ley, como por ejemplo, el tiempo máximo de arrendamiento de vivienda urbana.

En efecto, “desde la segunda mitad del siglo XIX y aun después de comienzos del siglo XX, muchos autores pusieron en duda el principio de la autonomía de la voluntad. El positivismo estatista, que ejerció poderosa influencia sobre gran parte de la doctrina se inclinaba hacia la decadencia de ese principio, en la medida en que la identificación del derecho con el Estado tenía como consecuencia dar a la ley y al reglamento el privilegio de ser fuente de todos los derechos subjetivos y de reducir la voluntad individual, es decir, el contrato, al desencadenamiento de una situación jurídica cuyo contenido no debía depender de las voluntades de los sujetos de derecho”¹⁶.

No obstante lo anterior, en la actualidad, el principio de la Autonomía de la Voluntad mantiene vigencia en nuestras codificaciones. Don Andrés Bello, tomando como fuente principal el Código de Napoleón de 1804, redacta el cuerpo legislativo que años después fue adoptado por la República de Colombia como Código Civil.

Dicho Código, vigente en esta época salvo algunas modificaciones menores, consagra de manera equilibrada el Principio de la Autonomía de la Voluntad. Así, otorga un amplio radio de acción a las partes en su facultad de autoregulación, pero a su vez, la somete a

El fenómeno de la estandarización por su parte, tiene su origen en el aumento de transacciones económicas y a la necesidad de que ellas se perfeccionen con rapidez, situación que ha motivado la creación de contratos tipo, predeterminados en formularios, los cuales pueden ser diseñados por ambas partes (contratos uniformes que no limitan la autonomía de la voluntad) o diseñados por una sola parte (contratos por adhesión), con los cuales se limita abruptamente la capacidad de negociar, hasta el punto en que la parte simplemente deberá aceptar la contratación pero no tendrá la capacidad de negociar las condiciones bajo las cuales se obliga.

Tomado de VALLESPINOS, El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad, p. 218 y siguientes.

¹⁶ LARROUMET, Op. Cit., p. 89

preceptos legales imperativos, en busca de la protección especial del orden público, la moral y las buenas costumbres¹⁷.

1.1.2. Límites y Cargas del Principio de la Autonomía de la Voluntad. Esa facultad de autoregulación que se obtiene a través del Principio de la Autonomía Privada no es ilimitada o libertina. No podría serlo ya que sería contraria al orden y la seguridad necesarias para la convivencia del hombre en sociedad. Aun cuando tenemos la libertad de elegir sobre la contratación, debemos obedecer a unos límites y cargas claramente establecidas por la Ley.

Como lo mencionábamos en párrafos anteriores, la concepción moderna del principio de la Autonomía de la Voluntad implica una delegación a las partes del poder regulador de los legisladores, pero sometida a lo establecido por la ley, las buenas costumbres y el orden público. Ellos precisamente, se convertirán en sus limitantes.

Incluso desde el Código de Napoleón de 1804, ordenamiento jurídico reconocido como netamente liberal, el Principio de la Autonomía de la Voluntad se veía limitado por el orden público y las buenas costumbres¹⁸.

¹⁷ Así se plasmó por ejemplo, en el artículo 1524 del Código Civil colombiano en el que se establece que: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)”. (Subrayado nuestro).

¹⁸ Así se menciona en el artículo 6 del Código Civil Napoleónico: “On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I, Medellín: Séptima Edición, Biblioteca Jurídica, 1995, p. 27.

Partiendo de la base de que la Autonomía de la Voluntad se encuentra sometida a principios superiores como los mencionados, debemos manifestar que esa sumisión se materializa en límites y cargas. Mientras los límites se refieren a la “imposibilidad de disponer sobre los requisitos de existencia y validez del acto o negocio, así como los efectos de los mismos, las cargas hacen relación a la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo”¹⁹.

Comenzaremos por el análisis de los límites:

1.1.2.1. Límites derivados de la Ley. La Ley, como encarnación del poder del estado, goza de dos características importantes, la generalidad, es decir, la capacidad de ser aplicable a todos los individuos de una sociedad, y la coercibilidad, es decir, la posibilidad de hacerla cumplir por la fuerza aún contra la voluntad de los individuos.

Estas características hacen que la Ley sea el instrumento principal a través del cual se limita el Principio de la Autonomía de la Voluntad.

En el orden legal existen dos tipos de normas, las de carácter imperativo, que “son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absolutamente ni relativamente, por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar²⁰”, es decir, son aquellas que por engendrar un contenido de orden público son de obligatorio cumplimiento; y, las normas de carácter dispositivo, también conocidas como supletivas, que regulan las situaciones

¹⁹ CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1979, p. 47.

jurídicas a falta de voluntad expresa de las partes y pueden ser dejadas de lado cuando las partes disponen algo en su contra.

Las normas imperativas nacen para proteger la vida en sociedad, se orientan a la protección del interés general aunque en algunos casos, también a la protección del mismo interés particular.

Con base en estas consideraciones y con el objeto de ofrecer seguridad jurídica tanto a la sociedad como a los involucrados en la negociación, se crean normas imperativas que “tienden a proteger la estabilidad y publicidad de los actos y negocios jurídicos de los particulares²⁰”, son ellas las que regulan la existencia, validez y oponibilidad de los negocios y actos jurídicos, y cuyo incumplimiento genera la ineficacia o inoponibilidad de los mismos.

En esta sanción, las partes encuentran precisamente la limitante legal a la autonomía de la voluntad. En efecto, quien contrata, desea generar unos efectos jurídicos los cuales no se materializarán si se incumplen las normas imperativas que determinan la existencia y validez del negocio.

Por su parte, las normas supletivas, como su mismo nombre lo indica, determinan aspectos del contrato cuándo las partes han omitido su propia regulación. Por esta razón, no podríamos decir en estricto sentido que esta clase particular de normas sean limitativas de la voluntad privada, consideramos más apropiado afirmar que son ellas un complemento a los vacíos que pueden dejar las partes en sus negociaciones. Son

²⁰ DEL VECHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1947, p. 345.

²¹ CANCINO, Fernando. *Op. Cit.*, p. 41.

simples marcos legales a los que las partes pueden acudir, pero incluso, podrían pactar en su contra²².

Ahora bien, dentro de la limitante legal a la autonomía de la voluntad, debemos contemplar muy brevemente también el fenómeno de la tipicidad negocial, es “la acogida y regulación de una serie de supuestos de hechos concretos, por un ordenamiento jurídico determinado²³”. Para explicar este fenómeno es menester mencionar que en la práctica, se nos presentan infinidad de acuerdos que pueden ser catalogados como negocios jurídicos. Unos de ellos, debido a su importancia y frecuencia en el uso, han sido “tipificados” por La Ley, es decir, han sido “bautizados” (contratos nominados) y regulados en cuanto a sus elementos, obligaciones y modo de perfeccionamiento. Otros, simplemente por su novedad y particularidad no han sido regulados por ella, ni incluso, han sido nominados (contratos innominados). Los primeros, son conocidos como contratos típicos; los segundos, son conocidos como atípicos²⁴.

Como lo hemos venido analizando, la ley es la que establece el contenido y los efectos de los contratos típicos, es decir, establece los elementos de éste.

²² Uno de los múltiples ejemplos que aparecen en el Código Civil de este tipo de normas supletivas es el establecido en el artículo 1929, el cual haciendo referencia al lugar y época del pago del precio en el contrato de compraventa señala lo siguiente: “El precio deberá pagarse en el lugar o tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario (...)”. (Subrayado nuestro). Es decir, las partes pueden pactar el lugar y el tiempo en que se efectuará el pago del precio en el lugar que deseen; si nada dicen, se hará al tiempo de entrega de la cosa vendida; pero tienen la facultad para pactar en contra de lo que dice la norma.

²³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Tomo II, Medellín: 2a edición, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1992, p. 17.

²⁴ El doctor Arrubla Paucar, en la obra citada anteriormente, menciona lo siguiente respecto de los contratos típicos, son “los contratos que están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o incluso, por alguna ley especial”. Mientras que sobre los contratos atípicos menciona que son aquellos que “no están individualizados ni regulados en la ley civil o mercantil, pero que se practican de forma reiterada por parte del conglomerado social y que, por lo tanto, en esos usos tienen una función identificable e inclusive una regulación”. Participan de esta última clase también,

El doctor Arturo Alessandri Rodríguez, al referirse a los elementos del contrato, menciona que de ellos “se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”²⁵.

Son cosas de la esencia de un contrato las que determinan la “fisonomía” del contrato y lo diferencian de los demás, *las que determinan su formación*. Son justamente “aquellas sin las cuales o no se produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente²⁶”; por ello, el no cumplir con dichos elementos, generará la ineficiencia del negocio.

Las cosas de la naturaleza por su parte, son aquellas que pertenecen al contrato, mas no son necesarias para identificarlo. Están establecidas por Ley, así las partes omitan mencionarlas en sus acuerdos y para eliminarlas, deberá mediar una estipulación particular de las partes en ese sentido.

Finalmente, las cosas accidentales, son las que se agregan por voluntad de las partes y, precisan las obligaciones que surgen del contrato, pero no lo modifican sustancialmente.

Por su particularidad, deben ser expresamente pactadas por las partes para que generen efectos.

aquellos “acuerdos ocasionales que ocurren entre las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada”. *Ibíd*, p. 19.

²⁵ ALESSANDRI, *Op Cit*, p.8.

²⁶ ALESSANDRI, *Ibíd*.

Así, las partes deberán “verter” su voluntad dispositiva en el modelo contractual y cumplir con los requerimientos que la Ley establece, es decir, tanto los elementos esenciales del tipo como los requerimientos propios para su formación; de lo contrario, los efectos buscados con el acto no se realizarán. Justamente en ello consiste la limitante a la Autonomía de la Voluntad en cuanto a la tipicidad negocial.

La Autonomía de la Voluntad existe, en cuanto a que las partes podrán decidir la contratación, elegir el tipo contractual determinado por la Ley, incluir elementos accidentales a los contratos, ó podrán celebrar contratos atípicos estableciendo sus elementos; sin embargo, dicha autonomía se encuentra limitada por la obediencia de los elementos esenciales de los tipos, en caso de un contrato típico y la obediencia de los requisitos generales para la formación de los mismos, tanto típicos, como atípicos.

Profundizando un poco la afirmación anterior, y adelantándonos a menciones que haremos en los capítulos siguientes²⁷, también es menester recalcar que, en algunos tipos legales, la Ley ha determinado como requisito especial para la formación del contrato, el

obedecimiento de una forma específica para el perfeccionamiento del mismo; es decir, obliga a las partes a manifestar su voluntad de contratar a través de un escrito ó el cumplimiento de alguna solemnidad, sin la cual se entenderá que las partes no han consentido en el acuerdo y por tanto, no se perfeccionará el contrato. Cuando ello ocurre, también nos encontramos en presencia de una restricción de la autonomía de la

²⁷ Capítulo II: Del principio de la consensualidad y las formalidades en el régimen comercial colombiano.

voluntad, toda vez que las partes no podrán obligarse por el sólo ministerio de su voluntad, expresada de manera “simple” ó verbalmente²⁸.

Como lo mencionamos anteriormente, sobre éste y otros puntos girará el desarrollo de este Trabajo de Grado. A lo largo de él, estudiaremos la forma a través de la cual ha de perfeccionarse el contrato de seguro; en especial porque luego de la Ley 389 de 1997 se da plena aplicación al Principio de la Consensualidad, cuyo fundamento se encuentra precisamente en la Autonomía de la Voluntad, en tanto que con base en la libertad negocial, se faculta a las partes para celebrar el contrato con la simple expresión de sus voluntades de manera verbal, apartándose del formalismo, ó a elegir la forma a través de la cual se efectúe el perfeccionamiento de dicho contrato.

1.1.2.2. Límites derivados del Orden Público. Al iniciar el análisis sobre los límites al Principio de la Autonomía de la Voluntad derivados del Orden Público, debemos advertir al lector que ésta Institución –hacemos referencia al Orden Público-, aun cuando es de mención común en los ordenamientos civiles y comerciales colombianos, carece de definición legal, toda vez que se integra por elementos espaciales, temporales y costumbristas de un determinado grupo social.

²⁸Lo mencionado hasta el momento será de vital importancia para el desarrollo del tema central de este trabajo, toda vez que, en cuanto al contrato de seguro se refiere, antes de la reforma del año 1997, el Código de Comercio colombiano establecía como requisito esencial para el perfeccionamiento del mismo, la manifestación de la voluntad de contratar a través de una forma específica consistente en la suscripción por parte del asegurador de un escrito que debía cumplir con unos requisitos específicos, llamado póliza. La inobservancia de este requisito implicaba la falta de voluntad para contratar de ambas partes y por tanto, no se generaban los efectos perseguidos por las partes, así hubiera mediado un previo acuerdo verbal de voluntades.

En épocas actuales, son varias las normas del Código Civil que hacen mención a él, en especial el artículo 16 de este ordenamiento que a su tenor reza: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. También los artículos 1518²⁹, 1524³⁰ y 1741³¹ del mismo ordenamiento, entre otros.

Antes que nada, valga la pena aclarar que la concepción de orden público ha variado en el tiempo. En el siglo XVIII el orden público era determinado por ministerio de la ley, de manera que, “se presumía en el legislador una capacidad previsor de las circunstancias que podían considerarse como de orden público”³². Adicionalmente, como al Estado se le asignaba una función netamente política, mas no económica, las normas que hacían relación al orden público se referían más que nada a la organización estatal misma y a la familia.

Para la tesis individualista, el Orden Público “corresponde a la necesidad de realizar el equilibrio de las libertades públicas. Al lado de la libertad, el legislador debe aspirar a que impere el orden, que consiste en el mantenimiento del equilibrio de las libertades individuales”³³. Para ofrecer las garantías pertinentes, la Ley establece unos limitantes a la voluntad de las partes, de manera que, será permitido todo lo que no esté prohibido por ellas; dichas prohibiciones serán las mínimas para que todos los individuos puedan realizar sus derechos y libertades.

²⁹ Artículo 1518 del Código Civil: “(...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea físicamente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

³⁰ Artículo 1524: “(...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)”.

³¹ Artículo 1741: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y (...) son nulidades absolutas”.

³²ARRUBLA, Op. Cit., p. 26.

La aparición de tesis sociales de las que ya hemos hablado como el comunismo, intervencionismo estatal e incluso el dirigismo, modifican la concepción del orden público dándole una función social, refiriéndolo más que nada al interés social. El doctor Fernando Hinestrosa, lo define como los “dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y, procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se considere en el momento”³⁴.

Para el doctor Marco Monroy Cabra, “hoy se considera que el orden público está constituido por aquellas ideas morales, políticas, económicas, sociales, que tienden a garantizar en una sociedad, la paz, la seguridad, la estabilidad y la salubridad públicas³⁵”.

Así, en tanto que el interés social puede ser diferente dependiendo del tiempo y el lugar en el que se desarrolle una sociedad particular, el contenido del mismo también es flexible.

En el ámbito contractual, la autonomía de la libertad se encuentra limitada entonces, por aquellos conceptos sociales que deben prevalecer sobre la libertad individual. Para determinar si un acuerdo interpartes contraviene el Orden Público, los doctrinantes³⁶ se inclinan por hacer un análisis comparativo entre el acuerdo de los particulares y el beneficio o perjuicio que ella genera a la sociedad; de manera que, si se genera un perjuicio a la sociedad, la conducta es contraria al orden público y por lo tanto, no puede generar efectos jurídicos válidos dentro de un grupo social.

³³ MONROY. Op. Cit., p. 432.

³⁴ HINESTROSA, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 23.

³⁵ MONROY . Op. Cit., p. 432.

1.1.2.3. Límite Derivado de las Buenas Costumbres. Al igual que el concepto de Orden Público, el concepto de las Buenas Costumbres es de difícil determinación. Se entiende por tales los patrones o modelos ideales de conducta de tipo moral creadas por un grupo social determinado y que constituyen un parámetro de la valoración sobre la bondad de la conducta humana en general, y sobre la conducta tipificada en lo particular.

La moral y el derecho son normas que regulan la conducta humana; sin embargo, unas y otras ofrecen grandes diferencias³⁷. Ambas existen y se complementan recíprocamente. La moral actúa sobre la consciencia interior del ser humano, mientras que el derecho lo que busca es la convivencia pacífica de cada uno dentro de una sociedad. Por ello, lo que es adecuado moralmente, es permitido legalmente y se prohíbe legalmente lo que es moralmente inadecuado.

“Hay ciertos principios basados en la naturaleza humana y que son conocidos por la recta razón, que constituyen el patrimonio moral de los pueblos y forman una conciencia moral, que no pueden ser violados, ni tampoco son susceptibles de pactos privados³⁸”. En ello precisamente consiste la limitación a la autonomía de la voluntad.

³⁶ PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las obligaciones, Vol. I, Parte I, Bogotá: Editorial Temis, 1966, p. 88.

³⁷ Para la mayoría de doctrinantes como Cossio, Del Vecchio, García Maynez, todos ellos recopilados en el Libro ya citado del doctor Monroy Cabra, las diferencias principales son cuatro: La bilateralidad del derecho y la unilateralidad de la moral; la heteronomía del derecho y la autonomía de la moral; la coercibilidad del derecho y la incoercibilidad de la moral; y la interioridad de la moral frente a la exterioridad del derecho.

³⁸ MONROY CABRA. Op. Cit., p. 432.

En conclusión, la ley también contempla restricciones a la autonomía de la voluntad por razones de mantenimiento de la moral y las buenas costumbres en el ámbito contractual. De hecho, los artículos a los que hemos hecho referencia anteriormente no sólo mencionan limitaciones respecto del orden público, sino que también hacen referencia a la protección de la moral y buenas costumbres. Un ejemplo palpable de un contrato contrario a las buenas costumbres sería por ejemplo, la compraventa de material genético humano.

1.1.2.4. Otros Límites a la Autonomía de la Voluntad Privada. Como lo habíamos mencionado en apartes anteriores de este capítulo, el aumento de las necesidades comerciales y la variedad de los productos, los avances modernos y la industrialización, dieron origen a cambios sociales y económicos profundos.

Dichos cambios, no sólo trajeron como consecuencia una mayor intromisión estatal incluso hasta lo relacionado con la regulación contractual, lo que a su vez representaba, un detrimento en la autonomía de la voluntad privada.

El tráfico comercial en masa también se convirtió en una limitante a la Autonomía de la Voluntad Privada, toda vez que trajo como consecuencia la estandarización de los contratos, especialmente aquellos que comercialmente se utilizaban de manera recurrente como el de seguros y el de transporte.

Una forma en la que se manifestó la estandarización fue precisamente los que se llamaron “Contratos de Adhesión ó Contratos por Adhesión”, en los que una de las partes

intervinientes en la negociación se limita a aceptar o rechazar el negocio, cuyo formato y cláusulas ya han sido previamente establecidas por la otra parte. Para una de las partes, la autonomía de la voluntad se restringe toda vez que se limita su capacidad de negociación y sólo se permite la aceptación o rechazo del negocio, es decir, no se tiene la capacidad de acordar libremente las cláusulas y condiciones del contrato en virtud del cuál se obligan ambas partes.

Sin embargo, el abuso de esta institución por parte de los que ostentan el poderío económico y que con base en él intentan incluir cláusulas leoninas en contra de la parte “débil” económicamente, ha generado múltiples reacciones, entre ellas una reacción proteccionista, cuyo efecto directo es la previsión leal consistente en el hecho de que, ante inconvenientes de interpretación en las cláusulas del contrato, ellos se resolverán a favor de la parte adherente y no de quien realizó el formato del contrato³⁹.

Una segunda limitante a la autonomía de la voluntad privada se encuentra en la extensiva regulación que impuso para ciertos contratos el legislador. En efecto, debido también a los cambios económicos, sociales y filosóficos a los que hemos hecho referencia anteriormente, el Estado no podía mantenerse estático ni en una posición neutral, así que tuvo que intervenir más en la economía y en el aspecto social, inmiscuyéndose más en las normas contractuales, especialmente en asuntos como la determinación de los precios e intereses. Ello, en detrimento de la autonomía privada.

³⁹ Artículo 1624 del Código Civil: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse por ella”.

Finalmente, y como tercera limitante, encontramos que, a pesar de la agilidad requerida en el tráfico comercial en la época contemporánea, el Estado en aras de la protección del interés común y en especial de las partes y terceros, también requirió proveer de seguridad jurídica en la realización de los negocios. Por ello, a través de normas, exigió que el perfeccionamiento de algunos de los contratos fuera sometido a ciertas formalidades, lo anterior en busca de mecanismos probatorios apropiados que permitan certificar la existencia real de los contratos. Así que, en algunos casos se ha acudido a retomar la vieja exigencia de épocas romanas y exigir formalismos específicos a través de los cuales se entienda como válida la manifestación de la voluntad de las partes en el perfeccionamiento de los contratos.

Sin lugar a dudas este hecho, genera una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto que se requerirá de formalidades especiales para perfeccionar los acuerdos. No bastará una manifestación simple de la voluntad para celebrar contratos y mucho menos, se permitirán para estos casos específicos, las manifestaciones tácitas de voluntad como válidas para formar el consentimiento.

Analizados los límites de la Autonomía de la Voluntad, es pertinente dar paso al estudio de las cargas involucradas en el ejercicio de este principio.

1.1.2.5. Cargas al Principio de la Autonomía de la Voluntad. Además de las consideraciones antes enunciadas, debemos mencionar que el Principio de la Autonomía de la Voluntad se ve restringido por unas exigencias de índole positivo que deben cumplir

las partes con las que se busca generar eficacia jurídica a las negociaciones, y que son conocidas como “Cargas”.

Para el doctor Monroy Cabra, las cargas consisten en “la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción del interés individual, escogido entre los varios que puede escoger el sujeto. Una persona puede o no celebrar sus negocios jurídicos; pero, al hacerlo, debe pensar en que debe emplear el medio más apropiado para la regulación de sus intereses. Las cargas no son sino recomendaciones o consejos dados a los particulares, a fin de evitarles tropiezos en su ejercicio⁴⁰”.

“La carga de la autonomía de la voluntad tiene una función dual, a saber: a) de una parte, tiende a asegurar la validez del acto o negocio; y b) pretende evitar que su eficacia vinculante se extienda más allá de los confines previstos por el agente⁴¹”.

Entre ellas encontramos la *carga de la legalidad*, consistente en la exigencia de escoger adecuadamente el tipo negocial y de cumplir con los requerimientos legales que para él se establecen; la *carga de la claridad*, que exige la consignación clara y fiel a la voluntad de las partes involucradas en el negocio; la *carga de la sagacidad* en la realización del negocio, que consiste en la cautela, previsión con la que se debe actuar para evitar situaciones que de haber sido conocidas antes, no se hubiera efectuado la negociación; y la *carga del conocimiento*, consistente en la conciencia sobre los efectos positivos o negativos que puede acarrearle la ejecución del contrato.

⁴⁰ MONROY. Op. Cit., p. 434.

⁴¹ CANCINO. Op. Cit., p. 47.

En conclusión, hasta el momento hemos podido identificar el contenido del principio de la Autonomía de la Voluntad y hemos podido establecer las limitantes dentro del ejercicio del mismo. La seguridad jurídica, el orden público y el interés general, son argumentos que se han venido esgrimiendo para justificar la limitación a la Autonomía de la Voluntad de las partes a través de mecanismos como el retorno al formalismo. La inquietud que en este aspecto se nos genera es si estos argumentos justifican la consecuente lentitud de los negocios, en momentos actuales en los que la misma sociedad exige más agilidad y facilidad en la realización de los mismos, principalmente en el ámbito comercial.

1.1.3. Consagración Legal del Principio de la Autonomía de la Voluntad en Colombia. Es admirable la manera como Don Andrés Bello supo plasmar en el Código Civil el Principio de la Autonomía Privada y sus límites de forma equilibrada. En efecto, se consagra el principio en el artículo 1602 de esta codificación de la siguiente manera: “Todo contrato legalmente celebrado es Ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De la cita textual antes referida, se colige que son las partes las que de manera autónoma y libre determinan el contenido de los negocios que entre ellas se vaya a realizar, y una vez celebrado el acuerdo, deberán cumplir con lo estipulado, como si fuera una Ley en sentido material que rige su relación particular.

La fuerza de la voluntad de las partes se denota en el artículo 1518 del Código Civil en el que se establece que “conocida la voluntad de las partes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”, principio de interpretación contractual que recalca la importancia

de la voluntad por sí misma y deja en un segundo plano las formalidades como limitantes de esa autonomía contractual.

Ahora bien, en cuanto a las prescripciones de una forma específica para el perfeccionamiento de los contratos, debemos hacer referencia al artículo 1500 del Código Civil, en el cual se establece que ellos pueden celebrarse a través del cumplimiento de varias formas: real, solemne ó consensual. Igualmente, debemos mencionar que el artículo 21 de la Constitución Nacional de 1886, que fue incorporado al Código Civil establece un principio en virtud del cual, para los particulares, está permitido todo lo que no está prohibido. Estas dos normas interpretadas sistemáticamente nos conducen a afirmar que sólo deben obedecer a una forma específica aquellos contratos que hayan sido determinados como “formales” por la Ley; mientras que los demás, no deberán seguir ninguna forma y “por el solo consentimiento” se entienden perfeccionados.

Sin embargo, en el mismo artículo 1602 en el que se consagra el principio, se condiciona la validez del contrato, como manifestación autónoma de la voluntad privada, a que éste se efectúe de conformidad con lo previsto en la Ley. Esta disposición concuerda plenamente con lo establecido por el artículo 6 del Código Civil (ya citado) que a su tenor reza: “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley”.

En aplicación de lo anterior, y tal como lo mencionamos anteriormente, surgen las normas sobre existencia y validez de los contratos que deben ser cumplidas para que se ejerza eficazmente el poder autoregulador otorgado por el Principio de la Autonomía de la Voluntad, y cuya inobservancia implica la sanción de dichos negocios a través de mecanismos legales como la nulidad absoluta de los mismos.

En conclusión, podemos afirmar que, aun cuando el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen civil se encuentra expresamente consagrado, sus limitantes representadas por la Ley, el Orden Público, las Buenas Costumbres y el Formalismo también ocupan un lugar preponderante dentro de las normas civiles.

Por su parte, respecto de la consagración del Principio en comento en el Régimen Comercial, debemos mencionar antes que nada, que el artículo 822⁴² de este ordenamiento ordena la incorporación de normas sobre formación de actos y contratos y las obligaciones, efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse del ordenamiento civil en el ordenamiento comercial como propias, salvo que la ley establezca otra cosa.

De allí que, todo lo dicho anteriormente respecto del principio de la Autonomía de la Voluntad en el ordenamiento civil tiene cabida en el ordenamiento comercial también.

Adicionalmente, el Código de Comercio hace una alusión específica en algunos de sus artículos sobre el principio en comento; uno de sus ejemplos se encuentra en el artículo 4⁴³ de dicha normatividad que establece el predominio de la voluntad de las partes en la celebración de contratos sobre las normas supletivas y las costumbres mercantiles.

Respecto del tema particular del perfeccionamiento de los contratos, el Código de Comercio hace una mención especial. El artículo de este ordenamiento que consideramos, es el fundamento legal de la preponderancia de la libertad de la forma en

⁴² El artículo 822 del Código de Comercio textualmente menciona lo siguiente: “Los principios que gobiernan la formación de actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. (...)”.

la contratación comercial es sin lugar a dudas el artículo 824. En él se establece que “los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar y obligarse verbal, por escrito, o por cualquier medio inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

La claridad de esta disposición es absoluta y, aun cuando se consagra como limitantes del Principio de la Autonomía de la voluntad tanto a la Ley como al formalismo en el perfeccionamiento de aquellos contratos que así lo requieran, el principio de la Autonomía de la Voluntad tiene mayor cabida en el ordenamiento comercial.

1.1.4. Principio de la Autonomía de la Voluntad y el Régimen Contractual Colombiano. El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada consagrado en la legislación de un país determina el alcance contractual del mismo. Esta es la primera conclusión de lo hasta aquí desarrollado en este Trabajo de Grado.

De las facultades que otorgue la Ley a las partes para acordar las cláusulas de un negocio, al igual que lo que disponga en relación con la forma requerida para el perfeccionamiento de los contratos, se puede establecer la libertad que existe para contratar y por lo tanto, la facilidad, agilidad e innovación con la que se efectuarán dichas negociaciones.

⁴³ El artículo 4 del Código de Comercio establece lo siguiente: “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

En efecto, la libertad en la forma de perfeccionar el contrato, permite acceder a nuevos mecanismos a través de los cuales las partes puedan manifestar su voluntad de aceptar una oferta de contrato. Lo que a su vez genera una expansión de los mercados y de mecanismos a través de los cuales se pueda acceder a él.

La sociedad evoluciona a todos los niveles y el derecho no puede quedarse atrás. El derecho debe dar cabida a las innovaciones, debe ser capaz de adecuarse a los cambios y a su vez, reglamentar aquellas condiciones particulares que considera vitales para mantener el orden social y la seguridad jurídica. Lo anterior sin perjuicio de permitir mayor libertad en la contratación y por lo tanto, disminuir los límites a ella, como lo podría ser, por ejemplo, la exigencia de una formalidad como requisito para el perfeccionamiento de los contratos.

Tan complicado equilibrio sólo puede encontrarse a través de sistemas de perfeccionamiento y prueba de los contratos que permitan acceder a la flexibilidad en su formación, pero a la vez, otorgar mecanismos de prueba aceptables que ofrezcan tranquilidad a las partes. Un ejemplo de dicho ejercicio se encuentra en la nueva legislación sobre perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, el cual será estudiado en capítulos posteriores.

1.2. IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

La satisfacción de las necesidades humanas es el objetivo último existente detrás de cualquier negociación entre dos ó más partes. Generalmente, dicha negociación consiste

en que los involucrados manifiesten recíprocamente su intención de obligarse a la realización de alguna prestación, a cambio de recibir de la otra parte, una prestación deseada, sea un bien o servicio.

En el mundo del derecho, la transacción antes descrita toma la forma de un contrato y la doctrina lo define cómo un acuerdo de voluntades encaminado a la creación de obligaciones. En efecto, a ella hace mención el profesor Larroumet al considerarla en su acepción restrictiva: “El contrato es una convención que tiene por objeto crear un vínculo de obligación entre un acreedor y un deudor”⁴⁴. Esta es la concepción tomada por nuestro Código Civil⁴⁵.

A pesar de que nuestro Código Civil pareciera confundir los conceptos de contrato y convención, es pertinente aclarar que ésta es el género y ella es la especie; en efecto, mientras que a través de la convención no sólo surgen las obligaciones, sino que también pueden modificarse ó extinguirse, a través del contrato simplemente se formarían las obligaciones, consistentes en prestaciones de dar, hacer o no hacer. Por ello, es parcialmente cierta la afirmación presente en el Código Civil, se trata simplemente de hacer claridad en que el contrato es en sí mismo, una especie de convención.

Sin embargo, otro sector tiene una concepción más amplia de la noción de contrato, equiparándola a la convención; es esa la adoptada por nuestro ordenamiento comercial que en su artículo 846 lo define como “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”. En ella se incorporan dos elementos importantes, la posibilidad de participación en él de dos ó más personas, y la

⁴⁴ LARROUMET, Op. Cit., p. 59.

amplitud de efectos: mientras que en la teoría clásica adoptada por el Código Civil el contrato sólo genera obligaciones, en el Código de Comercio se generan otros efectos como la regulación y extinción no sólo de obligaciones, sino de relaciones patrimoniales⁴⁶.

El consentimiento, entendiéndose por éste “el concurso real de voluntades de dos ó más personas”⁴⁷, se fundamenta en la intención seria de cada una de las partes que se exterioriza y una vez conocida, cuando es coincidente, genera unos efectos jurídicos particulares, los cuales se convierten en la motivación última del acto⁴⁸.

En estricto sentido, la motivación para actuar (causa) y la finalidad pretendida (objeto), se unen y permiten que la voluntad individual de cada una de las partes se exteriorice de manera adecuada para que, al coincidir, surja a la vida jurídica el consentimiento, fundamento de lo que se conoce como contrato.

Tal y cómo lo hemos establecido hasta el momento, la voluntad en sí misma es el elemento fundamental para la formación de los contratos, toda vez que sin ella, no habría consentimiento y sin él, simplemente no existiría el acuerdo de voluntades.

⁴⁵ El Código Civil colombiano define el contrato en su artículo 1495 como “el acto por el cual una de las partes se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa”.

⁴⁶ Para los efectos de este trabajo en particular, no es relevante la distinción entre contrato y convención, al igual que la diferencia entre la definición de contrato a la luz de los Códigos Civil y Comercial colombianos; bástenos afirmar que el contrato es un acto jurídico plurilateral, cuyos requisitos de existencia son la concordancia de la voluntad de las partes que intervienen en él, es decir, lo que conocemos como consentimiento, y el objeto sobre el cual recae dicha voluntad de obligarse. Teniendo de presente esto, y en tanto que no es el fin de este Trabajo de Grado, no profundizaremos sobre el requisito del objeto. Adicionalmente, recordemos que el doctor OSPINA FERNANDEZ define el acto jurídico como “la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos”, Op. Cit., p. 17.

⁴⁷ ALLESANDRI. Op. Cit. p. 67.

⁴⁸ “La expresión consentimiento (del latín cum sentire), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (...)”. Así define Ulpiano, el consentimiento necesario para perfeccionar un contrato, según la cita transcrita en la obra de los doctores OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. Cit., p. 149.

Por ello, esa voluntad debe ser seria, es decir, debe perseguir un fin jurídico y debe exteriorizarse adecuadamente para que sea relevante desde el punto de vista de la generación de los efectos deseados.

La manifestación de esa voluntad debe hacerse de manera clara e inteligible cumpliendo con las formalidades que le señale la Ley dependiendo del contrato de que se trate. Es decir si en la Ley se prevén formalidades específicas para el perfeccionamiento del acto jurídico, cualquiera que sea, se deberá cumplir a cabalidad con esa forma específica requerida, so pena de ineficacia, por entenderse que la voluntad de contratar no fue manifestada por las partes.

En los contratos consensuales no se establece formalidad alguna y la simple manifestación de voluntad verbal ó incluso, la realización de ciertos actos en los que ella se manifiesta inequívocamente, lo perfeccionan y en consecuencia obliga a los contratantes. En ellos, aun cuando la voluntad no se manifiesta de una forma específica, existe una manifestación de voluntad de la que surge el consentimiento, y de él, el contrato.

Por su parte, en los contratos reales, la voluntad se manifiesta con la entrega material de la cosa; mientras que en los contratos solemnes, se requerirá de la observancia de ciertas formalidades especiales⁴⁹ para cada caso en concreto.

⁴⁹ Así lo establece el artículo 1500 del Código Civil Colombiano, al determinar una clasificación de los contratos según su forma de perfeccionamiento de la siguiente manera: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”. Por su parte, el Código de Comercio colombiano hace alusión al tema en el artículo 824, así: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por

Es importante aclarar que esta breve mención a la clasificación de los contratos la hacemos debido a su íntima relación con el tema de la manifestación de la voluntad, pero que en capítulos posteriores se hará un análisis más detenido sobre el punto. Incluso, tendremos la posibilidad de estudiar teorías como la planteada por el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo en su libro “La Estructura de la Forma en el Contrato de Seguro”, en virtud de la cual, sólo habría dos clases de contratos, los negocios de forma libre y los negocios de forma específica y no los tres mencionados anteriormente.

Valga la pena puntualizar que, el incumplimiento de estas formalidades trae como consecuencia la sanción legal consistente en la ineficacia del contrato, en tanto que no se entiende manifestada la voluntad de las partes. De allí la importancia que merece la voluntad en el perfeccionamiento de los contratos.

Luego del análisis efectuado, debemos concluir que se presenta una íntima relación entre los conceptos de la autonomía de la voluntad y los requerimientos para el perfeccionamiento de los contratos (teorías de consensualidad ó formalismo).

Acogiendo las palabras del doctor Ospina Fernández sobre el particular, debemos mencionar que “ (...) la liberación de la voluntad en el campo del derecho actual, no solamente versa sobre la amplitud del campo de acción que se reconoce al acto jurídico, sino también respecto de las formas elegidas por los agentes para manifestar su voluntad. De esta suerte, los postulados de la autonomía de la voluntad privada y de la consensualidad de los actos jurídicos se conjugan y complementan recíprocamente. Sin

cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

embargo, el derecho moderno tampoco ha podido prescindir totalmente del formalismo. Fundándose en varias consideraciones, atañaderas principalmente a la protección de los agentes y de los terceros, y a la seguridad del comercio, se ha visto en la necesidad de exigir que ciertos actos, en verdad no pocos, se revistan de formalidades más o menos rígidas, cuya inobservancia puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos⁵⁰.

Será entonces el momento, para dedicarnos al estudio general de las etapas de la formación de los contratos para así, determinar a profundidad la importancia de la forma en la estructuración de los mismos.

1.3. ETAPAS DE LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

A continuación, nos detendremos a estudiar las diferentes etapas de la formación de los negocios jurídicos, lo que nos permitirá comprender cómo se obtiene el consentimiento⁵¹, como elemento necesario para la existencia de éstos.

Para ello, debemos remitirnos a las normas que sobre el particular trae el Código de Comercio colombiano, toda vez que, nuestro Código Civil no hace mención específica al

⁵⁰ OSPINA FERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 29.

tema. Igualmente, acudiremos a las explicaciones doctrinales nacionales e internacionales sobre la materia.

Iniciamos mencionando que, en general, son tres las fases en las cuales surge el consentimiento de las partes. Son ellas, las negociaciones preliminares, la oferta y la aceptación. Sin embargo, en estricto sentido, la manifestación seria de la voluntad intencionada al perfeccionamiento del contrato se encuentra solamente en la oferta y la aceptación del negocio por las partes interesadas.

Hay procesos de formación de contratos muy cortos y sencillos, incluso instantáneos, debido a la sencillez de la estructura del contrato; al mismo tiempo, hay otros contratos en los que, por la magnitud de la negociación o de los elementos que en ella intervienen, suelen no ser tan ágiles. Como lo menciona el doctor Jorge Suescún, este proceso puede “ser dilatado y complejo, ya que no se cristaliza en forma inmediata, pues usualmente requiere del afinamiento de sus términos, con múltiples ofertas y contraofertas, pero a la postre el consentimiento habrá de producirse en virtud de una última propuesta que se acepte”⁵².

Por ello, creemos que es importante, dedicarnos brevemente al estudio de cada una de las etapas de la formación de los contratos.

⁵¹ CANCINO. Op. Cit., p. 54. Refiriéndose al consentimiento determina que, para su existencia “es indispensable la concordancia inequívoca de la voluntad de los negociantes”.

⁵² SUESCÚN, Jorge. La Oferta y la Aceptación: Análisis de derecho comparado y comentarios para la modificación de la legislación vigente. Bogotá, p. 305.

1.3.1. Negociaciones Preliminares. En esta fase inicial, conocida también como tratos preliminares, conversaciones previas o “pourparles” (como son conocidas en la doctrina francesa), las partes “exploran la necesidad de celebrar el contrato discutido”⁵³, determinan las conveniencias de su celebración, analizan la posibilidad de celebrarlo, la causa y el objeto del mismo, e incluso, en ciertos casos, plantean las condiciones en el que éste se ejecutaría.

Como lo expresa el doctor Gabriel Escobar Sanín, en esta etapa se presentan “informaciones y discusiones básicas para tener un criterio global pero preciso sobre la manera como debe concretarse un determinado negocio; es un proceso de atracción recíproca de las posibles partes, para crear o consolidar un serio interés por contratar”⁵⁴.

Este periodo se inicia en el momento en que las partes se contactan por primera vez y discuten la posibilidad de realizar el negocio y el contenido del mismo. Así mismo, finaliza, de diferentes formas, cuándo se efectúa una oferta con intención de obligarse o también cuando se desiste de continuar con las negociaciones preliminares.

Como decíamos, en esta etapa las partes todavía no tienen la intención de obligarse, simplemente formulan opiniones que pueden ser modificadas o retiradas respecto del contenido del negocio. Por ello, algunos doctrinantes⁵⁵ han considerado esta fase como una etapa precontractual, en la que se carece de fuerza vinculante.

⁵³ HINESTROSA REY, Martha. La Formación del Contrato. Tesis de Grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 8.

⁵⁴ ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. Tomo II, Bogotá, p. 381.

⁵⁵ ALESSANDRI . Op. Cit., p. 85; ESCOBAR SANIN. Op. Cit. p. 381.

Ahora bien, a pesar de la inexistencia de dicha fuerza vinculante, existe la obligación legal para las partes de obrar de buena fe incluso en esta etapa, “precisamente por no ser vinculantes, el postulado de la buena fe adquiere inusitada importancia”⁵⁶. Así lo establece el artículo 863 del Código de Comercio colombiano⁵⁷.

Es decir, a pesar de que con base en el principio de la autonomía de la voluntad, nadie puede ser obligado a contratar, durante esta etapa debe respetarse a la otra parte y por lo tanto, se asumen unas cargas específicas, entre ellas, la más importante de todas, y que asciende a una obligación legal, el proceder siempre de buena fe.

Por esa razón, la terminación abrupta de los tratos preliminares, representa una conducta abusiva que desconoce la finalidad de los tratos preliminares, que podría traer como consecuencia el inicio de una acción de responsabilidad extracontractual por la parte afectada, cuyo fundamento se encontraría en el incumplimiento de un acto ordenado por la Ley, cual es el proceder de buena fe exenta de culpa durante esta etapa⁵⁸. Así se concluye de la lectura de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana,

⁵⁶ CANCINO. Op. Cit., p. 58.

⁵⁷ “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en la parte precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

⁵⁸ Existen dos corrientes doctrinales respecto a la naturaleza de la responsabilidad que surge por el incumplimiento de los Tratos Preliminares: Algunos autores consideran que consiste en una responsabilidad de naturaleza extra contractual, toda vez que “los sujetos estarían obligados al mutuo respeto, según el estándar que consagra la obligación genérica de comportarse con la diligencia de un buen padre de familia (obbligó), no existiendo en esta etapa de formación ninguna relación obligacional específica. La posición contraria, sostiene que la responsabilidad precontractual debe comprenderse dentro de los casos de responsabilidad contractual. Quienes así piensan, afirman que al iniciarse las negociaciones se establece entre las partes una relación jurídica, que si bien no es una relación propiamente contractual, ya es una relación de confianza que supone recíprocas obligaciones con contenido positivo”. Así lo menciona el doctor JORGE SANTOS BALLESTEROS en su libro “Instituciones de Responsabilidad Civil”, Tomo I, Colección Ciencias Jurídicas Profesores, Bogotá: Edición Primera, 1996, p. 61.

proferida el 28 de junio de 1989 y lo sostiene la sentencia del 23 de noviembre del mismo año, emitido por la misma corporación⁵⁹.

A pesar de la inexistencia de fuerza vinculante en estas tratativas, los documentos y demás pruebas que puedan surgir en desarrollo de ellas son de gran importancia. En efecto, estos documentos (nos referimos a los producidos durante las tratativas) se constituyen en elementos de interpretación de la oferta (en la que sí existe fuerza vinculante) y del contrato mismo⁶⁰, ya que pueden establecer la verdadera intención de las partes. Adicionalmente, sólo a través de estos documentos se podrá establecer la responsabilidad precontractual a la que anteriormente hacíamos referencia.

1.3.2. Oferta. Una vez las partes ya han establecido dentro de la etapa de negociaciones preliminares la necesidad de celebrar el contrato, una de ellas manifestará a la otra su intención de celebrar el contrato determinado y sobre el que han versado las negociaciones preliminares. Justamente esta manifestación de voluntad originada en uno de los extremos de la relación, encaminada a producir como efecto jurídico particular

⁵⁹ En la sentencia de Junio arriba citada, se menciona lo siguiente: “durante el decurso de tales actos, tratos o conversaciones las partes contratantes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo; por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella cuyo interés ha sido solicitado por ella”.

⁶⁰ Al respecto debemos recordar que, de conformidad con la primera de las normas interpretativas de los contratos (artículos 1618 – 1624 del Código Civil), la intención de las partes, cuando es claramente conocida, debe hacerse prevalecer, sobre lo escrito en el mismo contrato.

el informar a la otra parte las condiciones sobre las cuales se realizaría el contrato, es lo que se conoce dentro del mundo jurídico como oferta⁶¹.

1.3.2.1. Definición y Características en el derecho colombiano. La definición legal de la oferta se encuentra en el artículo 845 del Código de Comercio que reza: “la oferta o propuesta, es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario”.

La diferencia entre los tratos preliminares y la oferta está precisamente, en la fuerza vinculante que ésta última genera entre las partes: Para el proponente, en tanto que no podrá revocar su oferta y para el destinatario, quien podrá exigir que se cumpla con lo ofrecido. Es decir, una vez comunicada la propuesta al destinatario, si éste la acepta en la forma que determina la Ley, el autor o proponente deberá cumplir con lo que en ella se establece.

La fuerza vinculante de la oferta tiene su soporte en el convencimiento último que tiene el autor de obligarse, manifestación de voluntad seria que, al ser reconocida por la Ley, le otorga como efectos la obligatoriedad de cumplir con lo propuesto y la imposibilidad de revocar dicha decisión, salvo que indemnice los perjuicios que con dicha conducta causa al destinatario.

⁶¹ Para GAUDEMMENT, citado por MARTHA REY HINESTROSA en la obra reseñada anteriormente en la página 30, define la oferta como: “una declaración firme de una persona que propone a la otra la celebración de un contrato determinado, en condiciones igualmente determinadas, bastando que el destinatario de la oferta la acepte para que aquél quede perfecto”.

La oferta presenta unas características determinadas: La primera de ellas, es que se constituye en un acto jurídico unilateral, en el que una de las partes manifiesta a la otra su intención de obligarse, creando como efecto jurídico inmediato, el compromiso con la otra parte de cumplir lo propuesto. En efecto, una vez se exterioriza la oferta, se modifica tanto la condición del proponente, quien deberá cumplir con su oferta, como la condición patrimonial del destinatario de la misma, quien tiene el derecho de aceptar o rechazar la propuesta.

La segunda de ellas, es que la oferta es un acto jurídico de naturaleza consensual y recepticia. La Ley no determina ninguna forma específica de manifestación que le otorgue validez, por lo que cualquier medio utilizado que permita la exteriorización de la propuesta sería eficaz para generar los efectos jurídicos deseados; así, lo realmente importante es que la propuesta sea conocida por el destinatario, ya que, de lo contrario, no cumpliría con su finalidad última cual es, buscar la aceptación de éste para perfeccionar el negocio. “Inclusive, si se trata de una propuesta de celebrar un contrato para cuya validez la ley exige el acatamiento de una formalidad particular, la oferta no obedece a ningún formalismo”⁶².

En consecuencia, además de consensual, la oferta es un acto recepticio, es decir, requiere que sea conocido por el destinatario para que genere los efectos deseados por el autor.

⁶² LARROUMET, Op. Cit., p.190.

Como tercera y cuarta características encontramos el que además de obligatoria, la oferta es irrevocable⁶³. Es obligatoria porque vincula jurídicamente al proponente en la negociación durante el término de vigencia de la misma. Es irrevocable porque el proponente carece de autonomía para dejar sin efecto la oferta comunicada al destinatario.

El artículo 846 del Código de Comercio determina que la oferta será irrevocable una vez sea comunicada al destinatario, y por ello en caso de retractación por parte del proponente, éste se verá en la obligación de indemnizar los perjuicios causados⁶⁴ en la persona del destinatario⁶⁵.

Ahora bien, es preciso aclarar que la fuerza vinculante de la oferta genera como obligación el mantener dicha voluntad, mas no genera como obligación la ejecución de las

⁶³ Aun cuando para nuestra legislación colombiana es clara la obligatoriedad de la oferta como manifestación unilateral de voluntad, son dos las tendencias doctrinales sobre este respecto. Para la Teoría Clásica francesa, la oferta no es obligatoria y puede ser retractada hasta el momento anterior a que sea aceptada por el destinatario, toda vez que, cuando ello ocurre, se presenta la formación del contrato. Bajo esa teoría, tanto la muerte como la sobreveniencia de una incapacidad en el proponente, generan la caducidad de la misma. Sin embargo, la retractación de la oferta puede traer como consecuencia la interposición de una acción por “responsabilidad cuasidelictual”, con base en el presupuesto de que “nadie puede sufrir un perjuicio por culpa ajena”.

Por su parte, la teoría alemana, profesa la obligatoriedad de la oferta, soportando su afirmación con base en argumentos de seriedad y seguridad jurídica necesaria en el tráfico negocial.

⁶⁴ Artículo 846 del Código de Comercio: La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”.

⁶⁵ A pesar de que la redacción del artículo citado no es la mejor, ya que permite la retractación de la oferta, debemos considerar que ésta sigue siendo obligatoria, y que, de no cumplirse, el destinatario podrá buscar que se cumpla a través de una acción de cumplimiento, y subsidiariamente, buscar la indemnización de los perjuicios causados.

Incluso, en la misma Ley se establece que, salvo que la obligación objeto del contrato sea de aquellas consideradas como “intuitu personae”, las relaciones entre autor o proponente y destinatario perduran así cualquiera de los dos se muera ó caiga en incapacidad legal, transfiriéndose la posibilidad de aceptación a los herederos, en caso de que el que se muera sea el destinatario, o la obligación de cumplir con las pretensiones acordadas en caso de que el que muera sea el oferente.

prestaciones propias del contrato. En efecto, la obligación de ejecución sólo surge cuando el contrato se ha perfeccionado, es decir, cuando con la manifestación de aceptación del negocio por parte del destinatario, confluyen las dos voluntades, surge el consentimiento, el consenso, el acuerdo.

Cómo última característica de la oferta podemos establecer que determina el contenido del contrato. Por mandamiento de la Ley, el contenido de la propuesta será irrevocable para el oferente, de manera que no podrá modificarlo; lo propio ocurre para el destinatario, ya que la aceptación del negocio debe ser pura y simple, de lo contrario, cualquier aceptación condicionada no se tendrá como válida para el perfeccionamiento del contrato, sino que por el contrario, se entenderá que es una “contraoferta” que a su vez, deberá aceptar el inicial proponente.

Tal como lo hemos manifestado hasta el momento, la oferta es una propuesta de contrato, por ello, su contenido debe ceñirse por lo menos, a los elementos esenciales del negocio propuesto, es decir, “aquellos elementos sin los cuales el negocio no puede existir o degenera en otro negocio distinto”⁶⁶.

Dependiendo del contrato que se desee perfeccionar, los elementos esenciales serán diferentes. Para el caso particular que nos ocupa, refiriéndonos al contrato de seguro, los elementos esenciales que debe contener toda oferta son los enunciados por el Código de Comercio en su artículo 1045, es decir, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional por parte del asegurador consistente en el pago de la indemnización en caso de siniestro.

1.3.2.2. Requisitos de la Oferta. La doctrina ha manifestado que son varios los requisitos de la oferta, entre ellos los siguientes:

1.3.2.2.1. Debe ser exteriorizada con intención de obligarse. Este requisito involucra el hecho de que el autor de la oferta sea capaz jurídicamente para transmitirla; de lo contrario, este acto unilateral será ineficaz. Igualmente implica que el autor tenga la intención de que los efectos de la oferta recaigan sobre él, ya que tiene la voluntad de cumplir con el deber que surgiría de la aceptación de la misma.

1.3.2.2.2. La oferta debe contener los elementos esenciales del negocio propuesto, sin que ninguno de ellos pueda obviarse⁶⁷. Aun cuando la doctrina menciona que la propuesta debe contener sólo los elementos esenciales del negocio, consideramos importante que en los negocios innominados o atípicos también se incluyan los elementos naturales, ya que por su misma esencia, no se encuentran regulados por la Ley.

Recordemos que tanto en nuestro Código de Civil como en el Código de Comercio se encuentran disposiciones en las que se determina que la obligación de las partes que

⁶⁶ Artículo 1501 del Código Civil.

⁶⁷ El doctor ESCOBAR SANÍN, en la obra citada anteriormente, menciona la importancia de que también se encuentren descritos en la oferta los elementos accidentales del negocio. Concordamos

intervienen en la celebración de un contrato consiste en cumplir no sólo con lo esencial, sino también, con “todas las cosas que emanan precisamente de la obligación , o que por Ley le pertenecen a ella”⁶⁸.

El objetivo final de este requerimiento es que la oferta sea lo suficientemente completa para que el destinatario comprenda la totalidad de la negociación y sólo le falte manifestar su aceptación para que pueda configurarse el consentimiento, elemento necesario para la formación del contrato.

Ahora bien, es preciso mencionar que en la oferta pueden existir elementos de la negociación que no sean determinados por el autor o proponente, sino que por voluntad de éste, puedan ser decididos por el destinatario. Esta es una oferta perfecta ya que en estricto sentido todos los elementos de la negociación son determinables desde el punto de vista del destinatario; mientras que sólo se podrá hablar de una invitación para ofertar cuando dichos elementos no se encuentran determinados o determinables.

1.3.2.3. Comunicación de la oferta. La oferta no genera ningún efecto si no es conocida por el destinatario, recordemos que ella es un acto de carácter recepticio, es decir, que su finalidad es buscar su aceptación para formar el contrato.

con la apreciación formulada ya que ellos serán los que determinen la particularidad del negocio y en su ausencia, el negocio también sería otro y no el propuesto.

⁶⁸ El artículo 1603 del Código Civil establece que “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”. En similares términos el artículo 871 del Código de Comercio establece: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo 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”.

Dependiendo de la clase de oferta, los medios utilizados para su comunicación serán diferentes; de esta manera, la oferta entre presentes podrá ser comunicada de manera oral, mientras que entre ausentes, se enviará por escrito al domicilio del destinatario⁶⁹.

Las ofertas a las que hemos hecho referencia se clasifican bajo el concepto de las ofertas expresas; pero también las puede haber tácitas. En efecto, para el Profesor Alessandri, la oferta expresa es la que “se hace mediante lenguaje hablado, escrito ó mímico, sea personalmente o a través de representante (...), la oferta tácita es la que se induce de ciertos hechos que revelan en su autor la intención inequívoca de celebrar un contrato”⁷⁰.

A pesar de que el Código de Comercio colombiano no hace una referencia expresa de la oferta tácita (como sí lo hace de la aceptación tácita en el artículo 854), consideramos que mientras que cumpla con los requisitos establecidos por Ley en el artículo 845 sí procedería su reconocimiento. Es decir, mientras la oferta contenga los elementos del negocio y sea comunicada por cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario, sería válida.

1.3.2.4. Duración de la Oferta. El oferente por sí mismo puede determinar el lapso de tiempo durante el cual estará vigente la oferta. Durante este periodo, el oferente se

⁶⁹ Dependiendo de la clase de oferta, el término de respuesta por parte del destinatario ó vigencia de la oferta, será diferente. Así lo establecen los artículos 850 y 851 del Código de Comercio colombiano

⁷⁰ ALESSANDRI. Op. Cit., p. 89.

encuentra vinculado al negocio propuesto, así que por lo general, el tiempo impuesto será el que él determine.

Pero, si se olvida hacer esta precisión, la Ley en forma supletiva soluciona esta situación de manera diferente dependiendo de la clase de oferta. En las ofertas verbales ó telefónicas, la duración o vigencia de la misma es de unos pocos segundos, acaso los suficientes para que el destinatario manifieste su aceptación o rechazo⁷¹, ya que se entiende que se trata de una oferta verbal entre presentes.

Si la oferta es por escrito entre presentes, el plazo es de seis (6) días contados a partir de la entrega. Si la oferta es escrita entre ausentes, al término anterior se le sumará el “termino de la distancia” según el medio empleado para la comunicación de la misma⁷².

Si transcurren los plazos anteriormente determinados sin que se produzca la contestación a la oferta, se genera la caducidad de la misma, lo que implica la liberación del oferente respecto de su vinculación a la misma.

1.3.3. Aceptación. Como ha quedado establecido, la oferta es un acto recepticio, que requiere de la aceptación del destinatario para que surta los efectos deseados por el proponente. Una vez surtida la aceptación, se formará el consentimiento y por tanto, el contrato.

⁷¹ Artículo 850 del Código de Comercio

⁷² Artículos 851 y 852 del Código de Comercio

La doctrina ha reseñado que “La aceptación es el acto jurídico por medio del cual el destinatario manifiesta su conformidad con los términos de la oferta”⁷³. De acuerdo con la definición transcrita, es claro que la aceptación es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio ya que, unido a la voluntad manifestada por el proponente con la oferta, se forma el consentimiento. Es decir, no hay consentimiento sin aceptación, pero tampoco lo hay sin oferta: se requiere de la concordancia de las dos voluntades de los contratantes para que el negocio pueda surgir a la vida jurídica.

1.3.3.1. Elementos de la Aceptación. En el acto de aceptación, según la doctora Sara Eiler⁷⁴, deben estar presentes dos elementos: la intención de aceptar y la manifestación de esa voluntad por parte del destinatario de la oferta.

La intención de obligarse a través de la aceptación de un negocio implica la capacidad del aceptante para manifestar su voluntad; sin capacidad para ello, este acto no será eficaz, y por tanto, nunca podrá formarse el consentimiento.

En cuanto a la manifestación de dicha aceptación, cabe aclarar que hay casos en los que la Ley no condiciona a ninguna solemnidad la expresión de la misma (contratos consensuales), de manera que ella sólo debe cumplir con los requerimientos de forma establecidos por el proponente en la misma oferta, y si éste no se ha hecho ningún

⁷³ CANCINO. Op. Cit, p. 80.

⁷⁴ EILER. Op. Cit, p. 79.

requerimiento especial, cualquier medio es permitido. Incluso, sería factible que una oferta escrita pudiera ser contestada a través de una expresión oral.

Pero, si la Ley establece un formalismo especial para el perfeccionamiento del contrato, como lo hace para los contratos reales o solemnes, debemos inferir que éste no surge a la vida jurídica hasta tanto no se cumpla con dicha formalidad; en efecto, en estos casos, estamos en presencia de una formalidad de las que la doctrina llama “ad substantiam actus”, se trata de una forma de manifestar el consentimiento específica, sin la cual no se entiende transmitida la voluntad de las partes dirigida a celebrar el negocio. Por ejemplo, en los contratos reales, la aceptación se entiende manifestada con la entrega de la cosa, y en los contratos solemnes, “la aceptación debe estar seguida del cumplimiento de la respectiva formalidad por parte de quienes intervienen en el negocio⁷⁵”.

Situación diferente es la que se presenta cuando la formalidad sólo es requerida como medio probatorio del contrato, caso en el cual, el éste se formará desde el momento de la aceptación ausente de formalidades especiales y podrá probarse a través de cualquier medio. Así, “en los casos en que la prueba del contrato es libre, lo que corresponde a numerosas situaciones, no solo en el derecho comercial, en el que predomina el principio de la libertad de prueba, (...) la prueba de la aceptación podrá suministrarse por todos los medios⁷⁶”.

Los comentarios anteriores nos permiten concluir que el silencio del destinatario frente a la oferta no implica aceptación de la misma, es decir, se requerirá de una manifestación expresa o tácita de la voluntad de aceptación a través de la cual se acepte para que se

⁷⁵ CANCINO. Op. Cit., p 81.

⁷⁶ LARROUMET, Op. Cit., p. 199

entienda perfecto el contrato. La diferencia entre la manifestación tácita y el silencio está en que en aquella se generan algunos actos que inequívocamente permiten desentrañar la voluntad de la parte, mientras que en ésta hay una absoluta pasividad de la cual no puede colegirse voluntad de contratación alguna.

1.3.3.2. Requisitos para la validez de la aceptación. Teniendo en consideración que la voluntad debe manifestarse de manera inequívoca, también es menester aseverar que el acto con el cual se acepta el negocio debe ser puro y simple, no sujeto a condicionamiento alguno, de lo contrario, se entenderá como una contraoferta que deberá dirigirse al inicial proponente. Así lo establece el artículo 855 del Código de Comercio. Igual consecuencia se genera si la aceptación no se formula dentro del término establecido⁷⁷.

Para reiterar lo anterior, hacemos uso de las palabras de la doctora Eiler, ya antes citada en este Trabajo, quien menciona lo siguiente: “En efecto, ni la respuesta condicional, ni la dada con reservas, ni la que modifica la oferta, ni la aceptación parcial, son verdaderas aceptaciones, porque ninguna de ellas cumple con el requisito exigido que se refiere a la concordancia con la oferta”⁷⁸.

Ahora bien, debemos analizar los cuestionamientos relacionados con el tiempo en que se debe efectuar la aceptación para que genere los efectos jurídicos deseados por las

⁷⁷ El artículo 855 del Código de Comercio establece que la aceptación condicional o extemporánea será considerada como una nueva propuesta.

⁷⁸ EILER. Op. Cit., p. 84.

partes. Sobre el particular, recalamos que la aceptación debe formularse antes de que el término de la oferta finalice, de lo contrario, la oferta caducará.

La doctrina tradicional ha diseñado varios sistemas a partir de los cuales se entiende manifestada la aceptación: El de la *declaración*, en virtud del cual se entiende perfeccionado el contrato con la simple expresión del oferente al aceptante; el de la *expedición*, por el cual una vez se remita la aceptación al oferente se entiende perfeccionado el contrato; el de la *recepción*, tan pronto como el oferente recibe la aceptación, y el último, el de la *información*, que se diferencia de la anterior cuando además de recibir la aceptación, el oferente debe tener conocimiento del contenido de la aceptación.

Analizados individualmente, cada uno de los sistemas descritos presenta inconvenientes, algunos por ser deficientes en su prueba (como el de declaración ó recepción), otros por dejar sujeta a la buena o mala fe de uno de los contratantes la formación de los contratos (como el de información). Algunas legislaciones han optado por combinar más de un sistema, aun cuando este sistema trae igualmente dificultades.

Nuestra legislación no ofrece claridad meridiana respecto del tema; lo cual se colige de la lectura del artículo respectivo del Código de Comercio correspondiente. En efecto, el artículo 864 de esta codificación dice que el contrato se celebra en el momento en que el oferente recibe la aceptación de la propuesta, pero a la vez, determina como presunción para probar la recepción de la aceptación, la remisión de la misma por parte del destinatario⁷⁹.

⁷⁹ Artículo 864 del Código de Comercio: "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en

El Código de Comercio, acogiendo un sistema similar al recopilado por las normas italianas, establece una mezcla de los sistemas de recepción y expedición. Sin embargo, pareciera existir una preponderancia del sistema de la remisión ó expedición sobre el de la recepción, toda vez que la recepción se presume al momento de la remisión de la aceptación.

1.3.3.3. Efectos de la Aceptación. El efecto principal del acto unilateral de aceptación consiste en la formación del consentimiento entre las partes, elemento que a su vez, permitirá el perfeccionamiento del contrato.

Tal como lo afirman los doctores Ospina Fernández y Ospina Acosta “la aceptación temporánea, es decir, la que tiene lugar dentro del término de duración de la oferta, produce como efecto la formación del consentimiento: la convención queda perfeccionada y es una Ley para el oferente y el aceptante”⁸⁰.

En conclusión, podría afirmarse que el contrato se entiende perfecto en el momento en que se envía la aceptación al proponente dentro del tiempo estipulado en la misma oferta, toda vez que en ese preciso momento, el destinatario ha exteriorizado su voluntad de contratar y ha realizado actos tendientes a que dicha intención sea conocida por el

contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”. (Subrayado nuestro).

⁸⁰ OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA, Op. Cit., p. 170.

proponente de la oferta y por tanto, han concordado las voluntades de las partes intervinientes.

1.4. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Hasta el momento hemos venido analizando las etapas a través de las cuales se perfeccionan los contratos a la luz de las normas colombianas y mencionamos que éstos se perfeccionan una vez se manifiesta la aceptación de la oferta, en las condiciones antes previstas.

Ahora, es pertinente precisar el momento y lugar en el que se perfecciona el contrato una vez se acepte la oferta, ya que de ello depende el inicio de los efectos del mismo, por un lado, y la normatividad aplicable.

Los momentos y lugares de perfeccionamiento del contrato serán diferentes de acuerdo con el modo a través del cual se cristalice la aceptación de la oferta: Cuando se trata de la aceptación tácita de la oferta, ésta se entiende aceptada una vez se tenga conocimiento de los actos inequívocos de ejecución del contrato propuesto; así, el momento de perfeccionamiento del contrato será el preciso en el que el proponente conozca dichos actos.

Cuando la oferta es verbal ó telefónica, el momento de formación del contrato es el mismo en el que el destinatario acepta, también de manera verbal, el cual, según lo ordena la

Ley comercial en su artículo 850, debe ser inmediata. Así que, la determinación del momento en que surge el contrato es claro y ambas partes se encuentran perfectamente informadas.

Entre ausentes, cuando la aceptación se debe producir por escrito, el momento de celebración del contrato está determinado por el instante en que se envía la aceptación al oferente. Así lo reiteran diferentes tratadistas colombianos: “En todo caso del texto íntegro del artículo 864 se desprende la conclusión que el momento de la celebración del contrato es aquel en que el aceptante envía su respuesta aprobatoria de la oferta”⁸¹.

Ahora bien, respecto del lugar en que se perfeccionan los contratos, determinación ésta que es importante para establecer la legislación aplicable al negocio, el artículo 864 del Código de Comercio establece que lo será en la residencia del oferente, salvo pacto en contrario.

En conclusión, respecto del tema del momento y lugar de perfeccionamiento de los contratos, en los contratos “consensuales” o de forma libre, la aceptación produce de manera inmediata el perfeccionamiento del mismo.

Mientras que los contratos sujetos a una forma específica para su perfeccionamiento, la

aceptación simple no genera el consentimiento. Para que se generen los efectos jurídicos del contrato, se requerirá que la manifestación de voluntad se efectúe a través de la formalidad señalada por la Ley. Así, para los contratos sujetos a una formalidad, la

aceptación verbal sólo hará parte de una instancia precontractual. Para ellos, el momento y lugar de perfeccionamiento del contrato será aquel en el que las partes realicen las formalidades previstas por ley que le dan nacimiento, y el lugar, a falta de estipulación en contrario, será el domicilio del proponente.

Esta misma apreciación la comparte nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, quien en fallo de Casación Civil del 8 de marzo expresó lo siguiente: *“Aceptada la oferta por el destinatario, si el contrato a que ella se refiere es de aquellos que para su perfeccionamiento no requiere de solemnidades, es decir, si es meramente consensual, surge desde entonces a la vida jurídica; lo que no ocurre si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de éste sólo se inicia desde que se cumple la formalidad externa que la Ley exige para su perfección (...)”*.

Como conclusión final de este capítulo, es pertinente concretar la relación existente entre el Principio de la Autonomía de la Voluntad, la Contratación y la Consensualidad. En efecto, gracias al Principio de la Autonomía de la Voluntad, las partes tienen la facultad de autoregular sus intereses. El instrumento del que se valen las partes para proceder a la regulación de sus relaciones, es precisamente el contrato, el cual se forma con el consentimiento, es decir, la coincidencia de las voluntades de las partes representadas en oferta y aceptación. La libertad de autoregulación se concreta en la prerrogativa de decidir si se contrata o no, determinar el contenido de las prestaciones, e incluso, en la posibilidad de fijar la forma a través de las cuales entenderán manifestadas su voluntad de contratar, facultad ésta conocida como Libertad de Forma ó Principio de la Consensualidad. A su vez, la forma a través de la cual se perfeccione el contrato, trae unas implicaciones probatorias diferentes.

⁸¹ SUESCÚN. Op. Cit., p. 378.

Así, dependiendo de la amplitud con la que se consagre el Principio de la Autonomía de la Voluntad, se determinará la amplitud con la que a su vez se consagre el Principio de la Consensualidad.

Respecto del contrato de seguro en particular, antes del año 1997, su regulación ordenaba que el perfeccionamiento del mismo debía realizarse a través de una forma específica consistente en la suscripción de un documento determinado llamado póliza de seguro por parte del asegurador; sin embargo, recientemente la Ley 389 de 1997 estableció que el contrato de seguro se clasifica dentro de aquellos que no requieren de una forma específica para entenderse perfeccionado, lo que a su vez trae implicaciones probatorias importantes. Dicha modificación frente a su regulación anterior, reiteramos, es el tema de nuestro Trabajo de Grado.

Por ello, consideramos importante que el capítulo inicial de este Trabajo fuera precisamente el estudio del principio de la Autonomía de la Voluntad, como fundamento de la Consensualidad, el cual se estudiará en el próximo capítulo, para luego, dedicarnos al tema preciso de la reforma legal en relación con el contrato de seguro y sus implicaciones probatorias.

2. LA FORMALIDAD Y LA CONSENSUALIDAD EN EL RÉGIMEN COMERCIAL COLOMBIANO

Como lo veíamos en el capítulo anterior, para que se perfeccione todo contrato, se requiere que las partes manifiesten su voluntad de contratar. Dicha manifestación debe plasmarse a través de una forma, ya sea libre o específica. La Ley es la que determina cuál ha de ser la forma con virtualidad para que el contrato nazca a la vida jurídica de manera que sin ella, el negocio no sea eficaz.

Cuando la Ley establece que el contrato se perfeccione libremente, es decir, sin una forma específica para la manifestación de la intención de las partes de contratar más que expresarla verbalmente, estaremos frente a un contrato de los que obedecen al principio de la consensualidad. Mientras que, en aquellos casos en los que la Ley exige una forma específica para manifestar la voluntad de contratar, estaremos en presencia de un contrato formal.

En el presente capítulo estudiaremos brevemente el contenido y la consagración legal tanto del Formalismo como la Consensualidad como principios fundamentales sobre los cuales se basa una legislación para determinar la formación de los contratos, y las consecuencias que ello genera en la práctica en las transacciones comerciales, para posteriormente detenernos a identificar las desventajas y ventajas que presenta cada uno de los principios mencionados.

Ello nos permitirá identificar las implicaciones que trajo la Ley 389 de 1997 respecto de la forma de perfeccionar el contrato de seguro, al establecer la característica de consensual en su régimen legal, frente al esquema formalista anterior.

2.1. LA FORMA EN LOS CONTRATOS

Valga la pena iniciar este capítulo haciendo mención a que, todos los contratos están sometidos al cumplimiento de una forma, más no a una formalidad. En efecto, todos requieren que la voluntad de contratar de las partes se manifieste, para generar el consentimiento y es a través de la forma, que pueden efectuar dicha manifestación.

La manifestación de dicha voluntad debe producirse a través de “medios” específicos determinados por la Ley ó las partes. La forma, es el medio a través del cual se manifiesta la voluntad de contratar de las partes, es la que dota de corporeidad al acto jurídico. Para el profesor Emilio Betti la forma es el elemento “a través de la cual el acto jurídico que es el negocio se hace reconocible a los demás, puede ser la de una declaración o la de un comportamiento puro y simple⁸²”. Para el honorable magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, es “el molde en que se vierte el contenido de la declaración de voluntad, es como el ropaje que abriga la manifestación negocial”⁸³.

⁸² BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 51.

⁸³ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Estructura de la forma en el contrato de seguro. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 82.

La forma por la cual se manifiesta la voluntad puede tener diferentes entidades: expresiones verbales, escritas, complejas ó incluso tácitas a través de actos independientes de los que se desentraña la voluntad inequívoca del sujeto. La ley es la que determina la validez de una u otra forma para perfeccionar el acto jurídico. En los contratos consensuales la forma será la manifestación verbal de la voluntad de contratar, mientras que en los contratos reales o solemnes, la forma consistirá en la solemnidad o formalidad descrita según lo dice el artículo 1500 del Código Civil colombiano.

La forma será libre cuando implique la simple manifestación de voluntad (ya sea verbal ó expresada tácitamente) por las partes como requisito único y efectivo para el perfeccionamiento del contrato. Cuando se requiera de una formalidad, hablaremos de la necesidad de una forma específica para el perfeccionamiento del contrato. Por ello es que al comienzo mencionábamos que todos los contratos requieren para su perfeccionamiento de una forma, más no todos obedecen al principio formalista para su perfeccionamiento.

Teniendo en consideración lo anterior, estudiaremos el concepto del formalismo y las formalidades requeridas para el perfeccionamiento en algunos contratos.

2.2. EL FORMALISMO

El formalismo se presenta en aquellos contratos determinados por la ley ó por la voluntad de las partes en los cuales se requiere del cumplimiento de ciertas formalidades ó

solemnidades adicionales a la simple expresión verbal de la voluntad para que se entienda legalmente manifestada la voluntad de contratar y por lo tanto, se genere el consentimiento con el cual se perfeccionará el contrato. Es decir, el formalismo se presenta en aquellos contratos en los que no sólo se requiere la simple manifestación de voluntad para que surjan los efectos deseados por las partes.

Los efectos jurídicos que trae el incumplimiento de las formalidades son diversos dependiendo de la naturaleza de las mismas. Por ello es importante determinar cuales son sus clases.

2.2.1. Clases de formalidades. Como lo hemos mencionado anteriormente, hay unas formalidades que son explícitamente impuestas por la ley sin las cuales no hay lugar al perfeccionamiento de los contratos. Son ellas las formalidades *ad-sustanciam actus*.

Otras, que son impuestas también por la Ley, pero no hacen referencia al perfeccionamiento de los contratos, sino a determinar un medio único de prueba de los mismos. Son ellas, las formalidades *ad probationem*.

Existen otras formalidades que no son impuestas por la Ley, sino por la voluntad de las partes, cuya finalidad es sujetar la formación del contrato a una formalidad específica. Ellas son las formalidades *ad-voluntatem*.

Finalmente, existen otras formalidades protectoras de las partes y por razones de registro o publicidad de los actos, que obedecen a ese mismo nombre.

Las estudiaremos a continuación:

2.2.1.1. Formalidades Ad-sustanciam actus. Empecemos entonces, con el estudio de las formalidades ad-sustanciam actus; para ello, debemos detenernos un momento en la clasificación tradicional determinada por la Ley para los contratos según su perfeccionamiento.

En los contratos consensuales, “la voluntad (...) no requiere de ropaje alguno distinto del de la necesidad de exteriorizarse, pues se considera que las simples manifestaciones recíprocas en principio tienen la suficiente virtualidad jurídica, o sea el poder suficiente para crear el vínculo negocial junto con sus consecuencias, según lo reglado por las partes”.⁸⁴

En ellos, las partes son las que escogen la forma a través de la cual éstos se perfeccionarán, sea ella la simple manifestación de su voluntad oral, escrita u otra, incluso aún más solemne. La facultad de elegir la forma de perfeccionar el contrato, obedece al principio de la libertad de forma.

Ahora bien, en cuanto a los contratos que la doctrina conoce como reales ó solemnes, la misma ley determina una forma específica para que las partes manifiesten su voluntad de contratar. En los primeros, ésta sólo se manifestará adecuadamente cuando una de las partes haga entrega del objeto de la negociación; mientras que el contrato solemne sólo

⁸⁴ JARAMILLO, Op. Cit., p.63.

se entenderá perfeccionado cuanto se realice la solemnidad estimada por la ley para tal menester⁸⁵.

En cuanto a los contratos solemnes, ellos se perfeccionan cuando la voluntad de contratar se manifiesta a través de una forma específica, establecida por la ley, que consiste, por lo general, en la suscripción de un documento en el que se plasmen las condiciones del negocio ó la elevación de dichos acuerdos a documentos privados ó auténticos ante funcionarios notariales.

En opinión del profesor Alessandri respecto de los contratos solemnes, “el consentimiento de las partes no basta para generar estos contratos; es menester que se exteriorice solemnemente. Mientras así no ocurre, no hay en realidad consentimiento. Puede decirse que en estos contratos el cumplimiento de la solemnidad importa la manifestación misma del consentimiento: sólo consciente el que lo hace en la forma solemne señalada por la ley. Antes de ello, no hay contrato, aunque las partes estén de acuerdo en sus elementos y lo hayan cumplido”⁸⁶.

⁸⁵ El origen de los contratos reales se encuentra, en el derecho romano, en contratos como el préstamo, el depósito o la prenda, en los que suponían que el acreedor entregaba al deudor una cosa y debía restituirla. Según el profesor LARROUMET en la página 243 de su obra ya citada: “Se consideraba que el contrato se formaba re, es decir, por la entrega de la cosa (res) de donde viene el nombre de contrato real.” Por ello, en este tipo de contratos, se pensaba que sin la entrega de la cosa, no se había manifestado plenamente la voluntad de celebrar el contrato. La entrega de la cosa objeto del contrato no se considera como una obligación que surgía del mismo, sino como el acto idóneo a través del cual se perfeccionaba. En realidad no se entiende el motivo por el cual se mantienen los contratos reales, ya que el formalismo de la entrega de la cosa permitía su celebración en épocas donde la manifestación libre de voluntad no tenía cabida. Pero en la actualidad, las condiciones son diferentes y la simple manifestación de voluntad permite el perfeccionamiento del mismo, como en los contratos comerciales.

⁸⁶ ALESSANDRI. Op cit., p.32.

De lo anterior podemos colegir que la ley ha establecido que los contratos reales y solemnes requieren del cumplimiento de ciertas formalidades para que sea procedente su perfeccionamiento. Dichas formalidades, son precisamente, las formalidades que conoce la doctrina como Ad Sustanciam Actus.

La sanción que otorga la Ley al incumplimiento de dicha formalidad es su ineficacia. En efecto, la Ley solo reconoce jurídicamente aquellas voluntades que han sido exteriorizadas de la "forma" que ella lo ha establecido; de lo contrario, no tienen relevancia y se encuentran ubicadas en el campo del pensamiento que no genera efectos legales.

La formalidad (tradicción de la cosa ó la observancia de cierta solemnidad) es el medio a través del cual se entiende manifestada la voluntad de las partes de contratar; por tanto, la inejecución de las formalidades, implica la ausencia de voluntad, lo que a su vez, trae como consecuencia la inexistencia del consentimiento del cual se desprende el contrato.

El artículo 1502 del Código Civil colombiano que determina los requisitos indispensables para que se perfeccionen los contratos, establece de manera literal que *"para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita"*.

Así, aun cuando en dicho artículo no se encuentra establecido de manera expresa el requerimiento de cumplir con las formalidades ad sustanciam actus, una interpretación sistemática de la Ley consagrada en los estudios efectuados hasta el momento en este Trabajo de Grado, nos permiten concluir que este requisito se encuentra inmerso en el

numeral segundo que se refiere a la existencia del consentimiento ó aún más, se podría considerar como un quinto requisito.

En efecto, es la ley que determina que la manifestación de voluntad de los contratos solemnes y reales deba realizarse de una “forma” específica; sin la cual, se entenderá que no hay manifestación de voluntad, lo que implica ausencia de consentimiento. Por lo tanto, voluntad, forma y consentimiento (citado en el numeral 2 del artículo anterior) confluyen en un solo concepto, en un solo requerimiento para la formación de los contratos⁸⁷.

El Código de Comercio colombiano también consagra el mismo criterio respecto de la clasificación de contratos según la manifestación de voluntad para su perfeccionamiento y el mismo tipo de sanción al incumplimiento de las formalidades, en el artículo 824 ya citado.

Luego de analizar el contenido del artículo 1500 del Código Civil y el 824 del Código de Comercio colombiano, para así comprender que existen ciertas formalidades que son impuestas directamente por la Ley y cuyo incumplimiento genera la ineficacia del contrato y de identificarlas con las formalidades conocidas como Ad Sustancian Actus, es importante establecer algunas de las principales características de dichas formalidades: “Estas formalidades son de derecho estricto, están taxativamente enumeradas en los

⁸⁷ La sanción por la no utilización de la formalidad específica establecida por la Ley según cada tipo de contrato y en especial para aquellos que la Ley clasifica como solemnes, se reitera en el artículo 1760 de la misma codificación que establece que *“la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiera esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal”*. (cursiva nuestra)

textos legales, y no pueden crearse mediante conjeturas, deducciones o raciocinios más o menos fundados”⁸⁸.

Para el doctor Ospina Fernández, son el producto de una imposición positiva, es decir, de la redacción de la norma se puede determinar la exigencia misma, “o sea, que debe consistir invariablemente en el señalamiento de formas determinadas y absolutas cuya inobservancia repercute sobre la existencia misma del acto respectivo”⁸⁹.

El ejemplo típico que durante muchos años fue contemplado dentro del Código de Comercio, como formalidad ad-sustanciam actus, fue precisamente la formalidad impuesta al contrato de seguro para su perfeccionamiento consistente en la suscripción de la póliza por parte de la aseguradora. En efecto, sin dicha formalidad, el contrato no era eficaz, no producía efectos para las partes.

Como reflexión práctica consideramos importante mencionar que la agilidad y celeridad requeridas en este contrato no era posible bajo este esquema, ya que en algunos casos, las demoras en la expedición de la póliza por parte de las aseguradoras hacían que se dilatara en cumplimiento de aquella formalidad ad-sustanciam actus, con todos los traumatismos legales que ello traía para tomadores y asegurados.

Así que, aun cuando el esquema ofrecía seguridad respecto del momento en que se perfeccionaba el contrato y por consiguiente, en la determinación del momento en que iniciaban los efectos contractuales, en algunas situaciones, por las consideraciones prácticas antes anotadas, ello mismo iba en contra de los asegurados. Como veremos,

⁸⁸ LOZANO, Op. Cit., p. 56.

⁸⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 91.

esta circunstancia se convirtió en fundamento específico para buscar la reforma de esta disposición.

2.2.1.2. Formalidades “Ad probationem”. Estas formalidades no repercuten sobre la existencia misma del contrato, sino sobre su prueba. “Es decir, este tipo de actos y/o negocios, se estructuran en cuanto a su perfeccionamiento con prescindencia de la forma legal prescrita, y de hecho podrían surtir todos los efectos de manera voluntaria y normal. La omisión de una formalidad ad probationem sólo se haría sentir en el momento en que por cualquier causa ligada con el negocio hubiera necesidad de acreditar su existencia”⁹⁰.

El origen de este tipo de formalidades lo determina el legislador y el contenido de la formalidad puede ser positivo o negativo, es decir, a través de él, el legislador tiene la facultad de establecer “formalidades tendientes a excluir determinados medios de prueba, o fijar medios de prueba únicos, en virtud de expresa disposición legal”⁹¹.

Sin embargo, las implicaciones prácticas que genera el incumplimiento de esta formalidad son semejantes a las que surgen del incumplimiento de las formalidades “ad sustanciam actus”, toda vez que como se dice desde antaño, “tanto vale tener un derecho como no poderlo probar”. Claro está, se trata de implicaciones netamente prácticas mas no jurídicas, ya que las consecuencias en uno y otro caso son totalmente contrarias como ya lo hemos venido anotando.

⁹⁰ LOZANO, Op. Cit. p. 60.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 59.

Como ejemplo de este tipo de formalidades, tenemos la recientemente consignada por el legislador para el contrato de seguro a través de la Ley 389 de 1997, en virtud de la cual, el contrato de seguro sólo podrá ser probado por escrito ó a través de la prueba de la confesión.

Como veremos con mayor detalle en el capítulo siguiente de este Trabajo de Grado, con la Ley 389 de 1997, el legislador estableció que el contrato de seguro fuera consensual, es decir, que se perfeccionara con el simple acuerdo de voluntades, por lo que no estableció una formalidad ad sustanciam actus. Sin embargo, en la misma Ley se estableció un esquema probatorio restrictivo, en tanto que sólo se aceptan como pruebas del contrato el escrito y la confesión, sin que pueda utilizarse ninguna otra de las establecidas en normas procedimentales⁹². En conclusión, con esta regulación, estamos frente a una formalidad ad-probationem de carácter positivo.

2.2.1.3. Formalidades “Ad voluntatem”. Son las formalidades creadas por los particulares, quienes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad, y respetando las limitantes de dicho principio, pueden establecer, de manera anticipada que determinado negocio deberá estar sujeto a ciertas exigencias para su perfeccionamiento, así la Ley no haya establecido nada al respecto.

⁹² El artículo 175 del CPC establece los medios de prueba: “Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez (...)”

Dentro de las limitaciones que tienen los particulares en el establecimiento de estas formalidades, se encuentra precisamente la de no contrariar normas de orden público como las probatorias, con lo cual, las partes no podrían acordar por ejemplo, de manera anticipada que el contrato de compraventa de inmuebles se pruebe a través de un documento privado, cuando bajo las leyes colombianas éste se perfecciona y prueba a través de el otorgamiento de una escritura pública, ó acordar que el contrato de seguro se prueba exclusivamente a través del medio probatorio de la inspección judicial.

En relación con los efectos que surgen de este tipo de formalidades, de acuerdo con lo expresado por el doctor Lozano, los efectos de las formalidades “ad solemnitatem” ó “ad sustanciam” son diferentes a los efectos que surgen del incumplimiento de las formalidades “ad voluntatem”. Para dicho autor, “en uno u otro caso los actos y/o negocios no producen efectos hasta que no se haya cumplido la respectiva solemnidad; pero en tratándose de formalismo “ad voluntatem”, a diferencia de lo que ocurre con la otra especie citada, el acto en que se ha omitido el requisito no es inexistente, es perfectamente válido, solo que queda suspendido hasta tanto no se haya cumplido la condición respectiva⁹³”.

⁹³ LOZANO, Op.Cit., p. 69. Esta apreciación es compartida por los doctores GUILLERMO Y EDUARDO OSPINA, quienes interpretan así los artículos 1858 y 1979 del Código Civil colombiano relacionados con la compraventa y el arrendamiento, respectivamente. Para dichos autores, citados por el doctor Lozano, “si las partes han acordado que una compraventa no solemne o un arrendamiento no se reputaran perfectos hasta tanto no se otorgue una escritura pública o privada, estaremos en presencia de un negocio formal “ad voluntatem” existente, que no surtirá ningún efecto hasta tanto no se cumplan las formalidades y por consiguiente cualquiera de las partes puede retractarse negándose a suscribir la escritura pública o privada, caso en el cual el negocio no los vinculará por no haberse cumplido la condición de que depende su eficacia. Pero si se procede a la entrega de la cosa vendida o arrendada, la ley presume que las partes han renunciado o eliminado la condición y que han querido que el negocio produzca todos sus efectos sin que sea necesario su cumplimiento y, entonces, la ley conformándose así con la voluntad de las partes, dispone que el negocio producirá la totalidad de los efectos”. Ibid., p. 70.

Al respecto, el profesor Jaramillo acoge los planteamientos de los doctores Ospina y afirma que la posibilidad de establecer formas voluntarias, convencionales o facultativas no sólo tienen cabida en los contratos de compraventa y arrendamiento, sino en los demás contratos y que constituye una renuncia al principio de la libertad de forma o consensualidad que permita la Ley para un determinado contrato; pero disiente de ellos respecto de los efectos que genera su incumplimiento, cuales son la ineficacia del acto, salvo que, nuevamente, lleguen a un acuerdo respecto de la modificación y liberalización del acuerdo en relación con la forma para el perfeccionamiento⁹⁴.

2.2.1.4. Formalidades protectoras y por razones de registro. Este tipo de formalidades no afectan la sustancia del acto mismo, sino que obedecen a otras motivaciones: Las formalidades protectoras tienen como motivación la habilitación para subsanar deficiencias de capacidad de las partes de la negociación y la protección de las mismas.

Las formalidades de registro por su parte, consisten en la obligación de inscribir el contrato en una oficina especial y tiene como motivación principal más no única, el dotar de publicidad los actos para hacerlos oponibles frente a terceros, servir de medio de tradición de dominio de los bienes raíces, entre otras.

En tanto que sobre dichas formalidades no versa el tema central de nuestro trabajo, no haremos referencia detallada de ellas y sólo afirmaremos su existencia y cabida en nuestro ordenamiento legal.

⁹⁴ Ello se menciona en la página 90 de su libro "Estructura de la forma en el contrato de seguro".

Ahora bien, ya que entendemos el concepto del formalismo y su interrelación con la forma, es preciso que analicemos el origen de estos conceptos.

2.2.2. Evolución Histórica del Formalismo. Las consideraciones religiosas y míticas propias del origen mismo de la humanidad, fueron determinantes para el nacimiento del Formalismo. En épocas contemporáneas, las consideraciones que se han tenido en cuenta para mantener este principio durante siglos, se basan principalmente en la necesidad de ofrecer seguridad jurídica en las cada vez más crecientes relaciones interpersonales.

2.2.2.1. Mesopotamia. Aun cuando la mayoría de nosotros reconocemos la civilización romana como la más fructífera en cuanto a la producción jurídica, debemos remontarnos más atrás a la civilización mesopotámica, para encontrar otros valiosos principios negociales, entre ellos, el principio del formalismo.

De dicha civilización, que se ubicó en el antiguo oriente, han podido encontrarse cuatro Códigos: el de Urnammu, el de Bilalama, el de Lipit-Ishtar y por último, el Código de Hammurabi⁹⁵.

⁹⁵Este último código, sancionado por el Rey que lleva su nombre, fue recuperado por arqueólogos franceses a comienzos de siglo en el territorio que en la actualidad pertenece a Irán, aun cuando fue redactado y aplicado en territorios de la antigua Babilonia.

Aun cuando Mesopotamia fue un gran centro de negocios comerciales, las reglas del Código de Hammurabi no regularon a profundidad los asuntos mercantiles. Dichas normas obedecían a consideraciones religiosas, y por tanto, en su mayoría se dedicaban a tocar temas del derecho civil privado, incluyendo la exigencia de realizar ciertos formalismos para otorgar validez a los actos.

Las disposiciones contenidas en el Código de Hammurabi incluían la regulación de contratos como el de mutuo, compraventa, depósito, arrendamiento, transporte, prenda, donación e incluso, el contrato de sociedad. Se disponía que, para celebrar dichos contratos, debía acudirse a un artesano para que elaborara previamente las tablillas (duppum) en que el texto de los contratos debían consignarse. Esta formalidad tenía como finalidad, en algunos casos, el perfeccionamiento del contrato y en otras, la prueba del mismo⁹⁶.

Ejemplo de un formalismo ad-sustanciam actus era el requerido para el contrato del matrimonio, consistente en elevar el acuerdo a escrito, so pena de que la mujer no se considerara su esposa. También en los contratos de compraventa y depósito se requería de un escrito y de la entrega del bien en presencia de testigos, de lo contrario, se entendía que el bien objeto del contrato se poseía de manera ilegal, y por tanto, se le consideraba ladrón al contratante.

Está conformado por 282 artículos, divididos entre el prólogo, las normas y el epílogo. Contempla normas sobre derecho penal, administrativo, procedimental y privado. Este último, bastante nutrido en lo que respecta al derecho de las obligaciones y contratos.

⁹⁶ Son varios los tratadistas internacionales que reconocen el Código de Hammurabi como un ordenamiento formalista, entre ellos José Castán Tobeñas, José Jesús Ledesma, César Abelanda y Federico Lara, entre otros.

2.2.2.2. Roma. La civilización romana recibió el legado jurídico de la Civilización mesopotámica, y con él, la aceptación del formalismo.

La connotación del formalismo en el derecho romano era superior al de la Civilización mesopotámica, si se tiene en consideración que incluso, existían formas y palabras sacramentales para manifestar la voluntad de contratar. Sin ellas, el contrato carecía de toda eficacia jurídica, así lo establecía la regla sexta de las XII Tablas.

La custodia y desarrollo de los principios legales estaba encargada a los sacerdotes, también conocidos como pontífices, quienes ya acostumbrados al ritualismo religioso, incrementaron los formalismos en la formación de actos y negocios.

Existieron formalismos de diferentes tipos: La expresión de palabras sacramentales (sponsio) que posteriormente desembocó en lo que se conoció como los contratos verbis, la inscripción (expensilatio) en los contratos litteris ó la entrega de la cosa objeto de la negociación (obligatio re).

Posteriormente, en la época justiniana fue reconocido el consentimiento verbal desprovisto de formalidades (duplex) para la formación de algunos contratos, a los que se les conoció como los contratos consensuales. Así lo mencionaba algunos apartes de las Institutas de Justiniano. Los contratos que gozaron de dicha flexibilidad fueron la compraventa, el arriendo, la sociedad y el mandato.

La fuerza de la voluntad de los contratantes fue reconocida cada vez más, hasta el punto que fueron regulados los vicios en el consentimiento y se reconoció la manifestación tácita de la voluntad para la formación de los contratos.

“A esta altura los horizontes del derecho comenzaba a despejarse. Se había hecho casi a un lado aquel aformismo *nuda pactio obligationem non parit*, y en la penumbra parecía levantarse el destello fascinante emanado de aquel adagio quiritarario *solus consensus obligat*⁹⁷”.

2.2.2.3. Derechos Bárbaros. Con la caída del imperio romano debido a la conquista de los terrenos que lo conformaban por parte de los pueblos bárbaros, se creó un nuevo derecho en el que confluían normas de ambas culturas.

Este derecho, influido por los principios romanos, se caracteriza también por el formalismo en la celebración de los contratos. Los contratos más utilizados eran los conocidos como reales, cuyo perfeccionamiento se lograba con la entrega de una cosa (res), la cual servía de garantía de ejecución del contrato.

Este esquema se mantuvo durante mucho tiempo y sólo durante los siglos XIII y XIV, con el nacimiento del derecho canónico, empieza a reconocerse la validez de la simple palabra empeñada de los partes como medio adecuado y lícito que permitiera la formación de los contratos.

En la época del renacimiento, el comercio con el mundo es mayor y se empiezan a desarrollar escuelas de derecho que propenden por la agilización de las transacciones y para ello, recogen el principio de la consensualidad en las negociaciones.

⁹⁷ JARAMILLO. Op. Cit, p. 51.

Una de estas escuelas fue la del derecho de gentes de Hugo Grocio, cuyas teorías liberales fueron invocadas posteriormente por autores como Domat y Pothier, redactores del Código Napoleónico de 1804, en el cual se incorporó como principio general, el de la libertad de forma en el perfeccionamiento de los contratos y sólo, excepcionalmente, el formalismo.

2.2.2.4. Código de Napoleón de 1804. Fueron varias las consideraciones y doctrinas que se tuvieron en cuenta para la redacción del Código de Napoleón. En efecto “como consecuencia del gran movimiento originado en la revolución francesa y de los innumerables hechos surgidos de ella, el derecho fue posesionando una tendencia marcadamente individualista. Por temor a profanar el santuario de los derechos individuales, que el Estado estaba obligado a guardar, pero siéndole vedado penetrar en él, se repudiaba toda norma que pudiese atentar contra la libertad contractual o que llevara consigo la necesidad de adentrarse en el mundo interior de los móviles o que pusiera el análisis miral de los actos formalmente legales⁹⁸”.

Por estas consideraciones políticas y sociales, era imposible pensar que la redacción del Código Napoleónico incluyera principios diferentes a la libertad en la forma de contratación y el principio de la consensualidad. Sólo excepcionalmente y para cinco de sus contratos, se ordenara la realización de una solemnidad para su perfeccionamiento.

⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Características esenciales del derecho civil moderno. Medellín, Ediciones de la Revista “Estudios del Derecho”, 1943, p. 73.

El principio de la consensualidad fue consagrado expresamente en el artículo 1134 de dicha codificación en este sentido: “Los pactos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han hecho. (...) No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por ley⁹⁹”.

2.2.2.5. Código Civil de Andrés Bello. Luego de la independencia, las colonias siguieron aplicando el derecho español. Sin embargo, con el objeto de unificar las normas y acomodarlas a las nuevas tendencias legislativas modernas como las promulgadas por el Código Francés de 1804, Don Andrés Bello inicia el proceso de redacción del Código Civil Chileno.

Entre 1841 y 1855 aproximadamente, Andrés Bello redactó cuatro proyectos de Código Civil. En todos ellos, la voluntad y el consentimiento gozaban de un papel preponderante en la celebración de actos jurídicos¹⁰⁰.

Finalmente el 14 de diciembre de 1855, el Congreso chileno promulga la ley aprobatoria del Código Civil, el cual entraría a regir en el año de 1857.

Un texto similar al aprobado en Chile, fue adoptado como Código Civil colombiano en el año 1873. Posteriormente, a través de la Ley 57 del año 1887, con algunas modificaciones al texto original, se sancionó el nuevo Código Civil colombiano.

⁹⁹ JARAMILLO, Op. Cit., p. 54.

¹⁰⁰Una de las fuentes ampliamente consultadas por el doctor Bello para la redacción de este Código fue el Código Napoleónico, en especial, en lo relativo al régimen de obligaciones y contratos. Sin embargo, Bello no toma en cuenta la clasificación de los contratos establecida en

2.2.2.6. Renacimiento del formalismo en la edad contemporánea. Las condiciones sociales, políticas y económicas que rodearon la primera mitad del siglo XX, como la revolución industrial, las crisis económicas, las guerras mundiales, motivaron un cambio de pensamiento general que afectó no sólo las tendencias filosóficas, sino también, las tendencias jurídicas.

La prosperidad en el campo tecnológico, gracias a lo cual se crearon nuevos medios de locomoción que permitieron la facilidad en el comercio y la comunicación con un grupo mayor de consumidores y la creación de maquinaria pesada con la que se reemplazó una cantidad importante de mano de obra, lo que a su vez, generó una reducción en los costos de producción, trajo grandes cambios antagónicos para los diferentes agentes económicos. Los empresarios acumularon grandes capitales; mientras que los trabajadores, perdieron sus empleos y su capacidad de subsistencia.

Como consecuencia de lo anterior, se produce una gran lucha de clases sociales, cada una buscando la reivindicación de sus intereses.

En el aspecto político, el panorama no podía ser peor, en tanto que en los años 1914 y 1939 estallan dos Guerras Mundiales.

La respuesta a estos cambios y pugnas, es la creación de un Estado intervencionista, en el que perdieron cabida principios como los de la Autonomía de la Libertad de las partes. Así lo menciona el doctor Devis Echandía quien, al referirse a esta etapa histórica menciona lo siguiente: “Con las tremendas alteraciones económicas por el nuevo conflicto

dicho estatuto y determina la existencia de tres clases de contratos: los consensuales, reales y solemnes. El Código Francés no hacía referencia a estos últimos.

mundial, se extiende por casi todos los países más o menos afectados, una verdadera ola de intervencionismo y los gobiernos empiezan a tomar bajo su control casi la totalidad de la riqueza y de las actividades comerciales, situación que naturalmente tiene que influir en el derecho de las obligaciones¹⁰¹”.

En efecto, el contrato se ve limitado por los contenidos de la Ley, y el formalismo, principio arcaico y supletivo, recobra vigencia en aras de la seguridad en las negociaciones y la protección a los contratantes y terceros. En palabras del profesor Larroumet, “finalmente, en una época más reciente, se ha desarrollado un formalismo que corresponde al proteccionismo contractual, especialmente entre las relaciones entre profesionales y profanos¹⁰²”.

2.2.3. Clasificación moderna de los contratos según su forma de perfeccionamiento.

Continuando con los desarrollos doctrinales respecto del formalismo en la época actual, consideramos importante hacer mención a la teoría expuesta por el profesor Jaramillo en su obra “Estructura de la Forma en el Contrato de Seguro”, a través de la cual, teniendo en consideración la forma en que ha de manifestarse la voluntad de las partes de contratar, sea ella formal o solemne, los contratos se clasificarían de una u otra manera.

Según lo hemos venido analizando, todo acto jurídico requiere de una forma para existir en el mundo jurídico, así que, en estricto sentido, todo acto es formal. Así lo afirma el doctor Cesar Augusto Abelenda de la siguiente manera: “no puede existir un acto jurídico

¹⁰¹ DEVIS, Op. Cit., p.76.

¹⁰² LARROUMET, Op. Cit., p. 413.

sin forma y por lo tanto pensamos que esa dicotomía de <actos jurídicos formales y no formales> carece de sentido si con ella se quisiera significar que unos actos jurídicos tienen forma y otros no¹⁰³.

La propuesta que sugiere el profesor Jaramillo es diferente y pareciera también ser acogida por el profesor Larroumet. Ambos, se apartan de las tradicionales clasificaciones de los contratos según su perfeccionamiento (hoy plasmadas en el artículo 1500 del Código Civil ya citado). Respecto del tema en cuestión, éste último menciona lo siguiente: “en virtud del alcance general tanto del formalismo contractual como de la ausencia del formalismo, es posible hacer una distinción entre dos categorías de contratos: aquellos cuya validez está subordinada al respeto de un formalismo y aquellos que obedecen al principio del consensualismo, es decir, cuya validez no está subordinada al cumplimiento de una forma cualquiera¹⁰⁴”.

La afirmación transcrita, apoyada por reconocidos doctrinantes extranjeros como Betti, Abelanda, Albadalejo y Muñoz, entre otros, es también el fundamento del pensamiento del profesor Jaramillo, que repetimos, considera que la clasificación tradicional de los contratos según su perfeccionamiento en consensuales, reales y solemnes, no es exacta.

En efecto, si se considera que todos los contratos están sujetos a una forma para manifestar su voluntad, no importa cual sea ella, en estricto rigor todos los contratos deberían ser clasificados como formales.

¹⁰³ ABELANDA, Cesar Augusto, Derecho Civil, Parte General, T.II, Buenos Aires: 1980, p. 223.

¹⁰⁴ LARROUMET. Op. Cit., p. 171

Citando entonces al profesor Jaramillo, “en desarrollo de las ideas hasta aquí consignadas, estimamos que en puridad la clasificación de los negocios, y por ende de los contratos “formales”, debe hacerse única y exclusivamente en consideración a su forma específica, según lo indicado por el ordenamiento jurídico o en su defecto por los mismos particulares, en ejercicio de la autonomía privada, siguiéndose que las diversas clasificaciones elaboradas por algunos legisladores y doctrinantes carecen realmente de utilidad¹⁰⁵” y propone la siguiente clasificación:

Los negocios jurídicos pueden clasificarse en negocios de forma libre, y, negocios de forma específica. Los primeros, aquellos en los que las partes determinan la forma a través de la cual manifestarán su voluntad de contratar, sea ella la simple manifestación de voluntad oral ó a través de actos inequívocos.

Los segundos, es decir, los negocios de forma específica, son aquellos a los que la misma ley ó las partes han determinado una forma especial para su perfeccionamiento y que por tanto, hasta no satisfacerla, no se entenderá celebrado el contrato. El contrato será ineficaz no por el incumplimiento en la forma, sino por la ausencia de consentimiento.

Analizado completamente el tema de la forma y el formalismo en los contratos, a modo de conclusión es importante determinar las ventajas y desventajas que surgen de la aplicación de este principio en los contratos y particularmente en aquellos que regulan relaciones comerciales.

¹⁰⁵ JARAMILLO, Op. Cit., p. 89

2.2.4. Desventajas y Ventajas del Formalismo. Partiendo de la base de que los formalismos modernos no consisten en solemnidades sacramentales, casi místicas, sino que por el contrario, son relativamente de fácil ejecución y conocimiento generalizado, se encuentran ventajas al uso del principio formalista.

En efecto, la realización de ciertas formalidades facilita la prueba del contrato y del derecho que nace con él; facilita la labor del Juez al momento de decidir sobre la existencia y eficacia de los contratos y la determinación de sus efectos; otorga de mecanismos para hacer oponible a terceros el contrato, y, adicionalmente, en algunas ocasiones, impide la realización de contratos viciados por alguna causal.

Para algunos, “el derecho moderno tampoco ha podido prescindir totalmente del formalismo. Fundándose en varias consideraciones, relacionadas principalmente con la protección de los agentes y de los terceros, y a la seguridad del comercio, se ha visto en la necesidad de exigir que ciertos actos, en verdad no pocos, se revistan de formalidades más o menos rígidas, cuya inobservancia puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos¹⁰⁶”.

Todas las bondades del principio formalista descritas anteriormente, permiten desentrañar como su finalidad última, brindar seguridad jurídica a la sociedad en general, respecto de los contratos que se realicen entre los individuos que la conforman.

Ahora bien, los detractores del esquema formalista esgrimen en su contra la falta de dinamismo y agilidad en los procesos contractuales, ya que la realización de ciertas formalidades impide que las transacciones se realicen fácilmente. Incluso, en algunas

oportunidades, generan que no se pueda acceder a nuevos mecanismos de contratación, como el internet, los cuales han venido surgiendo como fruto natural de la evolución humana. En efecto, aquellos contratos sujetos al cumplimiento de una forma específica para su perfeccionamiento, requerirán que ella se surta para generar efectos interpartes, y los mensajes de datos ó cualquier otro mecanismo moderno para la expresión de voluntad, no podrá ser considerado como un medio eficaz para la manifestación de voluntad de las partes que genere efectos jurídicos.

La situación anterior es más gravosa cuando se trata del tráfico comercial. Desde sus orígenes, el comercio se ha caracterizado por esquemas más libres y menos solemnes, que permitan la agilidad y facilidad en las transacciones con todo el universo. Por ello, principios como la libertad y la buena fe entre las partes soportan sus esquemas legales en búsqueda de mecanismos que permitan una efectividad y rapidez en la contratación.

En la actualidad, ante la masificación, la cultura del consumo, y las exigencias económicas de los grandes grupos empresariales, son muchos los esquemas de mercadeo masivo y empresarial que se han creado. Representan una alternativa adicional de comercialización lícita y eficaz que no tendría futuro cierto si mantenemos esquemas de contratación anticuados y formalistas.

El progreso debe llegar de manera consecuente a todas las áreas y así como la tecnología permite acceder a nuevos caminos, el derecho debe acomodarse a tal condición y modernizarse. Los hechos y la modernización son los que determinan el camino a seguir y el derecho debe acoplarse a ello, es lo conocido como el poder normativo de lo fáctico.

¹⁰⁶ OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA, Op. Cit., p. 29.

2.3. LA CONSENSUALIDAD

Hemos analizado en capítulos anteriores la fuerza y la importancia que tiene la voluntad debidamente manifestada para la formación de los contratos. Recordemos que, para aquellos contratos que la ley determina como “consensuales”, la simple manifestación inequívoca de la intención de contratar efectuada por una de las partes, cuando es concordante con la de la otra parte, genera el consentimiento y de él, nace el contrato.

El principio de la consensualidad, obedece precisamente a eso. Al hecho de que, ante la ausencia de una norma determinada, el simple consentimiento de las partes perfecciona el contrato, generando obligaciones a las mismas. Se identifica entonces con la afirmación “solus consensus obligat”.

2.3.1. Fundamento del principio de la consensualidad en el principio de la autonomía de la voluntad. La libertad en la forma que conlleva al perfeccionamiento de los contratos parte del principio de la autonomía de la voluntad privada de los individuos, el cual, a pesar de ser atenuado de diferentes maneras, jamás perderá vigencia ni aplicabilidad en el mundo jurídico, ya que, la voluntad siempre será el fundamento último del contrato.

En efecto, el principio de la autonomía de la voluntad significa que el contrato deriva su fuerza obligatoria de las voluntades de las partes, que son soberanas.

La soberanía de la voluntad tiene tres implicaciones o consecuencias básicas: la primera de ellas, que el contrato sólo nacerá a la vida jurídica cuando las partes quieran, ya que ellas tienen la facultad de decidir si contratan o no; esto es lo que se conoce como libertad de contratación. Una segunda consecuencia consiste en que el juez podrá declarar la nulidad del contrato cuando se presente un vicio en el consentimiento, es decir, cuando éste se haya falseado de cualquier manera; y por último, la tercera de ellas, la soberanía de la voluntad implica “que ella se basta a sí misma y no tiene que rodearse del cumplimiento de ciertas formalidades; por ejemplo, el escrito que se exige a título de prueba y no como condición de validez del contrato, lo que se conoce como el principio del consensualismo”¹⁰⁷.

Valga la pena anotar que, a pesar de que el principio de la autonomía de la voluntad se haya visto limitado por elementos variados, como el formalismo en el perfeccionamiento de algunos contratos, debemos hacer expresa la consideración de que ellos son la minoría, y que en la actualidad existe una tendencia jurídica conducente a la propagación de la libertad en la forma de contratos que antes eran solemnes. Es el caso particular del contrato de seguro en la legislación comercial colombiana.

2.3.2. Contenido del principio de la consensualidad. El principio del consensualismo como lo llama el profesor Larroumet ha sido definido ampliamente por la doctrina nacional e internacional de diferentes maneras, pero todas esas definiciones confluyen de una manera u otra a establecer que ante contratos identificados por la ley como consensuales,

¹⁰⁷ LARROUMET, Op. Cit., p.87.

las partes podrán manifestar su voluntad de obligarse de forma libre, sin estar sujetas a formalidades específicas.

Según el doctor Alvaro Pérez Vives, el principio de la consensualidad es aquel “según el cual las formalidades son excepcionales, esto es, que solo en aquellos casos en que la ley exija determinada solemnidad o requisito, no se perfecciona el contrato sin el cumplimiento de esa exigencia legal. Esta norma, rectamente entendida, significa lo siguiente: Como reiteración de lo dicho por el artículo 1502 del Código de Comercio, ninguna persona se obliga en principio sino por su propia voluntad y basta su sola voluntad para que se obligue, excepto cuando la ley disponga otra cosa”¹⁰⁸.

El doctor Eduardo Ospina Acosta por su parte menciona que la nota fundamental del principio es “la libertad en la escogencia de las formas para la expresión de la voluntad jurídica. Así pues, según este principio la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquier modo o forma. Los particulares según su mejor conveniencia se sirven de la palabra, el escrito, del teléfono, del telégrafo, de la radio, de signos o de señales, de alfabetos convencionales, de comportamientos concluyentes, e inclusive, en ciertas legislaciones como la alemana, la suiza y la italiana se admite que el solo silencio puede llegar a constituir, en ciertos casos, forma adecuada de consentir en negocios jurídicos”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Citado por LOZANO. Op Cit, p. 51.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p.51.

2.3.3. Evolución Histórica del Principio de la Consensualidad. A pesar de que el ordenamiento romano en las Institutas de Justiniano introdujo el concepto de los contratos libres de forma en su perfeccionamiento, parecería que este principio sólo quedó consagrado como tal por primera vez en ordenamientos medievales españoles entre los siglos XIV y XV, mucho tiempo antes de quedar consagrado legalmente en ordenamientos de otros países del mundo.

En efecto, según el profesor Gorla¹¹⁰, pareciera que este principio fue aceptado y consagrado legalmente por primera vez en el ordenamiento de Alcalá del año 1384 aproximadamente. De ese texto, fue copiado a las posteriores reglamentaciones como la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

Para algunos, el florecimiento del derecho canónico y posteriormente del derecho natural y del derecho de gentes proclamado por Hugo Grocio ofreció elementos para apoyar la consideración de la consensualidad y desplazar el formalismo. La exaltación de principios como el de la buena fe y la estricta división entre lo religioso y lo laico determinaron que las solemnidades fueran exigibles solamente para aquellos actos de carácter sacramental, y por tanto, que formalismos en actos “mundanos” como la promesa juramentada, fueran siendo rechazados por considerarlos una intromisión a la jurisdicción eclesiástica.

Durante la Edad Media, el principio de la libertad en la forma de perfeccionar los contratos tuvo cabida en aquellos en los que se presentaba un intercambio de prestaciones, es decir, aquellos que se practicaban usualmente como la venta, permuta, arrendamiento de cosas y servicios. En ellos predominaba la aplicación de la práctica y la costumbre.

La evolución también fue llegando a los Tribunales, para quienes la consensualidad fue cada vez mejor recibida y se fueron identificando reglas para la determinación del momento y lugar de perfeccionamiento de los contratos consensuales.

Pothier recoge en su Libro “Tratado de las Obligaciones”¹¹¹ estas nuevas tendencias y reconoce la libertad y la voluntad de las partes como causa suficiente para obligarse, sin que fuera necesario la realización de actos adicionales o formalismos para que se entendiera manifestada dicha voluntad. Estas apreciaciones son las que plasma, en compañía de su colega Domat, en el Código napoleónico de 1804, el cual sería la fuente más rica de la que emanarían los ordenamientos latinos contemporáneos.

En la actualidad, en estatutos normativos como el francés y el colombiano, el principio del consensualismo o de la consensualidad es de aplicación general y sólo excepcionalmente se acudirá al formalismo para el perfeccionamiento de los contratos. Recordemos el contenido de los artículos 1602 y 1500 del Código Civil colombiano y los artículos 4 y 824 del Código de Comercio del mismo país en los que se manifiesta esta condición.

2.3.4. Alcance del principio de la consensualidad- Atenuantes. Dentro del estudio sobre el alcance que tiene el principio de la consensualidad, es necesario hacer un alto y comprender la diferencia que se presenta entre el formalismo requerido para la validez del contrato y el formalismo requerido para la prueba del mismo.

¹¹⁰ Citado por MONROY CABRA. Op Cit, p. 426.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 426.

En efecto, como ya lo hemos mencionado, “entre las partes se pueden exigir formalidades, las cuales se exigen no para la validez del contrato, sino para permitir establecer la prueba del contrato en las relaciones de las partes”¹¹², en este caso, estamos frente a una prueba ad probationem, típica en los contratos que la doctrina conoce como consensuales.

Situación diferente se presenta en los contratos sujetos a una forma determinada por ley para manifestar la voluntad de contratar, pues solamente cuándo ésta ha sido cumplida, se entenderá perfeccionado el contrato. Ella se denomina forma “ad solemnitatem”.

La necesidad de extender una formalidad para establecer un medio probatorio en un contrato consensual no le restringe tal calidad, sin que se afecte su validez; mientras que, en los contratos sometidos a una formalidad para su perfeccionamiento, sin aquella, no se formará el contrato.

La prueba en un contrato de los que la doctrina tradicional denomina como consensual, es por lo general libre; de manera que el contrato se prueba a través de cualquier medio, salvo que la ley exija uno especial.

Estos requerimientos probatorios se convierten en una atenuación del principio de la consensualidad, ya que, a pesar de que se mantiene la prescripción en virtud de la cual no se necesita de ningún formalismo para el perfeccionamiento del contrato, si se deberá acudir a alguno de ellos, así sea el más sencillo, para obtener su prueba.

¹¹² LARROUMET, Op. Cit., p.407.

Ahora bien, el consensualismo también se encuentra atenuado por las formalidades de registro establecidas. Es el caso del registro, por ejemplo, de las transacciones realizadas sobre inmuebles, las cuales sólo serán oponibles a terceros cuando se cumpla a cabalidad con este requisito, ante las oficinas correspondientes.

2.3.5. Ventajas y desventajas del principio de la consensualidad. Del análisis anterior podemos deducir ciertas características del principio de la consensualidad, que conllevan a establecer conclusiones que a su vez arrojan una serie de desventajas y ventajas que presenta la figura.

La mayor desventaja que este sistema presenta a la vida jurídica consiste en que salvo en casos excepcionales, se aceptará cualquier medio para establecer la existencia del contrato. Así, la parte “afectada” podrá incluso acudir a rastros de la negociación dejados durante la etapa de los tratos preliminares en la formación del contrato, para soportar un indicio a partir del cual se pueda desentrañar la existencia del negocio.

Una desventaja adicional, es la determinación del momento y lugar a partir del cual se perfecciona el contrato, es decir el instante desde el cual surgen los efectos, derechos y obligaciones para los contratantes. Esta situación que consideramos importante destacar no tiene tanta entidad cómo la establecida anteriormente, ya que nuestro ordenamiento contiene normas de carácter supletivo que regulan lo pertinente, y desentrañan la intención de las partes cuándo estas han guardado silencio sobre el punto.

En efecto, esta es la materia que se regula principalmente a través del artículo 864 del Código de Comercio, en el que haciendo referencia al contrato, se establece que “salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente

y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”. Igualmente, a través de los artículos 850 a 852 del Código de Comercio, en los que se establece el momento en que se perfecciona el contrato cuando la propuesta u oferta se ha efectuado de manera oral o escrita.

Por su parte, el artículo 869 del mismo ordenamiento establece como Ley aplicable a un contrato celebrado en el exterior, pero cuyos efectos deban realizarse en el país, la Ley colombiana. Sin lugar a dudas la determinación de la Ley aplicable a los contratos es la más importante consecuencia de la determinación del lugar en que se ha celebrado o ejecutado el contrato.

En cuanto a las ventajas que se desprenden del principio de la consensualidad en los contratos, se encuentra la mayor agilidad y flexibilidad en el tráfico comercial, ya que no se requerirá de formalismos adicionales por los cuales se entienda perfeccionado el contrato.

La libertad en la forma de manifestar la voluntad para contratar, permite que nuevos instrumentos puedan ser utilizados en la celebración de los contratos, acordes con el desarrollo tecnológico de las nuevas épocas. Nos referimos a mecanismos como las ventas a través del teléfono, conocido como telemercadeo, y a ventas a través del internet, entre otras. Lo anterior, en tanto que, si el contrato se perfecciona de manera simple, es decir, con la manifestación verbal de voluntades de las partes, los contratos podrán celebrarse telefónicamente, o aún, oprimiendo una tecla del computador, acción que podría permitir por ejemplo, la constitución de un hecho inequívoco de aceptación por parte del destinatario de la oferta sometida a su consideración.

Lo hasta aquí analizado, esperamos, permita entender el concepto de los principios de consensualidad y formalismo, las consecuencias jurídicas de adoptar uno u otro en la celebración de los contratos, sus ventajas y desventajas.

Pero por sobre todo, recalcar el hecho de que tanto en el Código Civil colombiano como en el Código de Comercio, se parte de la libertad de la forma como principio general aplicable a todos los actos jurídicos unilaterales y plurilaterales. Sólo de manera excepcional la Ley determina formas contrarias de manifestación de voluntad de contratar, momento en el cual se acude al formalismo.

Por esto, nos atrevemos a mencionar que más allá de la concepción formalista, nuestro ordenamiento prevé como fundamento básico para la formación de los contratos la consensualidad, entendida como la libertad en la forma en el perfeccionamiento de los negocios, con lo cual se sigue la tendencia contemporánea predominante a nivel de las distintas legislaciones.

En el capítulo siguiente de este trabajo de grado, analizaremos la forma del contrato de seguro a la luz de la legislación comercial actual, que en ese punto en particular fue modificada recientemente por la Ley 389 de 1997. Veremos que la consensualidad, es justamente el punto de reforma frente al régimen anterior.

3. CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO

Desde la redacción de nuestro primer Código de Comercio en 1857, el contrato de seguro obedecía a una forma solemne para su perfeccionamiento. Sin embargo, las tendencias liberales y de agilidad comercial de finales del siglo XX, determinaron la necesidad de modificar esta condición.

Como lo mencionamos, en el año de 1997, a través de la Ley 389, el Congreso de la República de Colombia aprueba una modificación sustancial a algunos de los artículos que regulaban el Contrato de Seguro, en los que se estableció que su perfeccionamiento se realizaría sin requerir de solemnidad alguna más que el acuerdo de voluntades de las partes, así fuera éste verbal. En conclusión, a partir de dicha reforma, el contrato de seguro participa de la categoría conocida como “consensual” o de forma libre.

Antes de la sanción de la mencionada Ley, el contrato de seguro se perfeccionaba con una formalidad consistente en la suscripción de la póliza por parte del asegurador¹¹³. Sólo a partir del momento en que ella se ejecutara, se generaban los efectos propios del mismo.

¹¹³ De conformidad con el artículo 1036 del Código de Comercio, “El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”.

En vista de la modificación, en este capítulo estudiaremos brevemente el régimen legal anterior del contrato de seguro, los proyectos de ley y las motivaciones que tuvo el Honorable Congreso de la República para expedir la Ley 389 de 1997.

Posteriormente, nos detendremos en el análisis propio de la Ley, en los aspectos de formación y prueba del contrato y destacaremos algunos inconvenientes prácticos que se han presentado en relación con su aplicación.

3.1. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR: CONTRATO DE SEGURO SOLEMNE

Al igual que en muchos otros países, la legislación colombiana no contempla una definición del contrato de seguro¹¹⁴ sino que prefiere determinar sus características¹¹⁵. En efecto, el antiguo artículo 1036 del Código de Comercio ya citado las indicaba, mencionando la solemnidad, como una de ellas.

¹¹⁴ “No define la ley el contrato de seguro. Por considerar, sin duda, que es tarea laboriosa y arriesgada, dada la innegable complejidad de esta institución jurídica, ha preferido hacer caso omiso de ella, librarla al juicio de la doctrina, al ejercicio académico de los expositores y limitarse, como veremos, a ofrecer un esquema jurídico del contrato a través de algunos de sus preceptos medulares.” OSSA, J. Efrén. *Teoría General del Seguro: El contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 1.

¹¹⁵ Durante el Congreso Internacional de Seguros y Reaseguros el doctor JUAN CARLOS FELIX MORANDI presentó el proyecto de Armonización de la legislación del contrato de seguro y propuso que éste se definiera de la siguiente manera: “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir dentro de los límites convenidos, el daño sufrido por un siniestro, o a pagar la prestación convenida, al verificarse el evento previsto, si se trata de un seguro de personas”. FELIX MORANDI, Juan Carlos. *Armonización del Contrato de Seguro*. Primer Encuentro Internacional de Seguros y Reaseguros, Lima: Octubre de 1995, p.78

Así las cosas, el contrato requería de la realización de una formalidad específica consagrada en la ley, para que se entendiera validamente manifestada la voluntad de contratar. Sólo hasta el momento de su realización, se generaban los efectos jurídicos propios del contrato de seguro. Dicha formalidad, consistía en la suscripción de la póliza por parte del asegurador, tal y como lo indicaba el inciso 2 del artículo 1036 del Código de Comercio que a su tenor indicaba: “El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”.

Para el doctor Hernán Fabio López, la suscripción consiste en “firmar al pie o al final del escrito”. Sin embargo, para tan distinguido tratadista, el escrito que debía suscribirse hacía referencia a la solicitud de seguro presentada por el potencial tomador. En efecto, según se menciona en su libro titulado “Comentarios al contrato de seguro”, la suscripción ocurría “cuando el asegurador firma la propuesta que se le formula colocándole la nota de aceptación”¹¹⁶.

La expedición de la póliza consistía entonces, en una obligación propia de la ejecución del contrato, el cual se había perfeccionado con la suscripción de la solicitud. Ello se colige de la siguiente afirmación que citamos textualmente: “Una vez aceptada por la aseguradora la propuesta, queda perfeccionado el contrato de seguro y aquella debe cumplir con la obligación de elaborar la póliza y entregarla al tomador o asegurado” y continuaba así: “(...) no es exacta la apreciación contenida en el artículo 1046 del Código de Comercio respecto a que el contrato se perfecciona con la póliza, como parece desprenderse de dicha norma. Este perfeccionamiento ocurre con la suscripción de la póliza, que es el momento anterior a la simple elaboración material de ella y que genera la

¹¹⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Santafé de Bogotá D.C.: Segunda Edición, Dupre Editores, 1993, p.26

obligación de entregar, como prueba por excelencia de la celebración del contrato la póliza dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición, concepto éste que si hace referencia al acto material de la elaboración del documento¹¹⁷.

Con el respeto que este distinguido profesor nos merece, no consideramos que la tesis atrás esbozada sea la adecuada, en tanto que la Ley era muy clara: El perfeccionamiento del contrato se producía con la suscripción de la póliza, entendida ésta no como la propuesta del tomador, sino como el documento emitido por la aseguradora, en el que se plasmaban todas y cada una de las condiciones bajo las cuales se ejecutaría el negocio. A su vez, el antiguo artículo 1046 del Código de Comercio regulaba también los requisitos de dicho escrito y la obligación de entregarlo al tomador, luego de que el negocio ya había sido perfeccionado.

Ahora bien, surge un interrogante: ¿Por qué sólo se obliga a suscribir la póliza a una parte del contrato y no a ambos? La respuesta es clara. Según el profesor Jaramillo¹¹⁸, la voluntad del tomador de celebrar el contrato se exterioriza a través de la firma de la solicitud de seguro; de manera que la concordancia de ambas voluntades opera cuando el asegurador acepta la oferta del negocio, circunstancia que por ley, debe manifestar a través de la suscripción de la póliza. Finalmente, la solicitud constituirá parte de la póliza según lo advierte el artículo 1048 del Código de Comercio¹¹⁹, así que en un mismo documento se encontrarán las dos manifestaciones de voluntades coincidentes.

¹¹⁷ *Ibíd*em, p. 27.

¹¹⁸ JARAMILLO. *Op cit.*, p. 121.

¹¹⁹ El artículo citado dice así: Hacen parte de la póliza: 1) La solicitud de seguro firmada por el tomador, y 2) Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza”.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto en su fallo del 22 de Septiembre de 1963, afirmando la validez del contrato de seguro a pesar de la inexistencia de la firma del asegurado en ella; no puede ser otro el sentido de esta frase que obra en la sentencia: “Que no hace falta la firma del asegurado en la póliza, lo demuestra el hecho de que, para hacerla valer contra el asegurado, sin esta firma, le bastaría a la parte aseguradora acreditar por cualquier otro medio pertinente que el asegurado ha hecho suya la negociación, como sería el caso de que por parte del último se hubiera dado principio a la ejecución del contrato”¹²⁰.

Podemos concluir entonces que, a la luz del Código de Comercio colombiano, el contrato de seguro tenía plena validez a pesar de que el asegurado no firmara la póliza, en tanto que éste acto no era requerido por la Ley, y que, la voluntad de contratación de esta parte contractual, podría probarse con la firma de la solicitud que hace parte de la póliza, ó incluso, con cualquier acto inequívoco de ejecución del contrato por su parte.

Obviamente, el requerimiento legal establecido en el ya citado artículo 1036 del Código de Comercio no impedía que también el tomador firmara la póliza en señal de recibo y acuerdo de lo en ella manifestado, por el contrario, consideramos que esta conducta era deseable, toda vez que podía sanear falencias administrativas de la aseguradora quien hubiera podido haber perdido la solicitud de seguro.

Superadas ya las anteriores discusiones doctrinarias sobre la materia, consideramos pertinente estudiar el *Itercontractus* del seguro vigente antes de la reforma al régimen con la Ley 389 de 1997.

¹²⁰ Citado por JARAMILLO, Op. Cit., p. 122.

3.1.1. *Iter contractus* del Seguro en el Código de Comercio de 1971. Como todo contrato, el contrato de seguro se perfeccionaba en el momento en el cual una de las dos partes manifiesta la aceptación del negocio en las condiciones ofrecidas por la otra parte, o se ponían de acuerdo conjuntamente en ellas, acto jurídico del cual emanaba el consentimiento y la voluntad de ambas de contratar.

3.1.1.1. Propuesta de Seguro¹²¹. En la práctica, el contrato de seguro se perfeccionaba luego de un largo proceso de tratativas preliminares durante el cual el prospecto tomador invitaba a la aseguradora a efectuar una cotización sobre determinada clase de seguro, e indicaba para ello las condiciones y características del riesgo y el interés asegurable¹²². La aseguradora sometía a consideración del prospecto tomador una cotización en la que indicaba la prima a la cual asumiría el riesgo.

En este punto de la negociación, podría afirmarse que existían ya los elementos esenciales del contrato de seguro, sin embargo, la negociación se encontraba en el proceso mismo de las tratativas.

¹²¹ Según Donati, “la proposición de seguro es una declaración de voluntad de contratación (y no la simple petición de elementos aclarativos) dirigida a la celebración de un contrato definitivo (y no de un contrato preliminar) y que contiene la (o los elementos de la futura) concreción del contrato asegurador que se quiere celebrar”. DONATI, Antígono. *Los Seguros Privados, Manual de Derecho*, traducido por Arturo Vidal Solá, Barcelona: Lib. Bosch, 1960, p. 251.

¹²² En el caso de que existiera un corredor que intermediara en la relación asegurativa (el contrato de corretaje se encuentra regulado por los artículos 1340 y siguientes del Código de Comercio) sería éste quien solicitara la cotización; sin embargo, sólo las partes en el contrato de seguro, es decir el tomador y la aseguradora podrían solicitar el seguro la una, y la otra, aceptar el contrato y así manifestar su consentimiento respecto de la celebración del contrato.

Igual situación se predicaba de las agencias colocadoras de seguro, ya que, a pesar de que en el artículo 41 numeral 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (que recoge disposiciones de la Ley 65 de 1966) se consagraba que ellas representaban a la aseguradora, dicha representación sólo operaba respecto de las facultades otorgadas por el artículo 42 del mismo Estatuto que hacen referencia en la práctica, a la recaudación de primas.

Se podría considerar que dicha “cotización” no era más que la oferta del contrato de seguro y que la aceptación a la misma estaba dada por la solicitud de seguro que presentara el tomador a la aseguradora. Lo anterior, en tanto que ya se tenían definidos los elementos esenciales del negocio y el tomador estaba de acuerdo en la prima cotizada por la aseguradora; se entendería que había coincidencia en los términos bajo los cuales se desarrollaría el contrato de seguro y por tanto, existiría el consentimiento.¹²³ Pero recalamos nuestra negativa a esta apreciación.

Sólo hasta el momento en que una de las partes manifestara su voluntad de contratar se iniciaba el proceso contractual mismo. “Como dice Donati: ‘La verdadera fase formativa del contrato comienza cuando una de las partes –aunque no sea la que ha asumido la iniciativa de los tratos- emite la declaración de voluntad contractual, esto es, una proposición en sentido técnico’. La emisión de la propuesta se encuentra ampliamente regulada en el artículo 845 del Código de Comercio, ella ocurre cuando se formula una propuesta completa de negocio, con todos sus elementos esenciales y ese momento aparece muy desdibujado en el caso del seguro, porque lo que generalmente existen son muchas ofertas y contraofertas diferentes”¹²⁴.

Tal como lo refuerza el doctor Joaquín Garrigues, “en el contrato de seguro quien toma la iniciativa es, en unas veces, el agente del asegurador (...) y otras veces, el asegurado mismo, que quiere buscar las mejores condiciones de seguro entre las diversas Compañías (...). Pero en el momento de la perfección se cambian los papeles y es el

¹²³ El considerar que ello fuera posible, frente a interpretaciones amplias de los artículos 41 y 42 del Estatuto Orgánico Financiero que regula el tema de la representación de las Agencias Colocadoras de Seguros y aceptar que ellas tienen capacidad de hacer ofertas válidas de seguros en representación de la aseguradora, permitiría afirmar que con la aceptación del contrato por parte del tomador perfeccionaría el contrato, lo que a su vez nos llevaría a concluir que fue la agencia quien en representación de la aseguradora celebró el contrato, situación que es inaceptable.

tomador del seguro quien formula la propuesta. (...); continúa el profesor mencionando que dicha propuesta tiene fuerza vinculante para el tomador, pero “el asegurador no queda en absoluto vinculado por la propuesta del proponente, sino que es libre para rechazarla o aceptarla¹²⁵”.

Respecto de la forma en que debía presentarse la oferta de seguro bajo el régimen legal establecido en el Código de Comercio de 1971, dice el profesor J. Efrén Ossa: “Tratándose de un contrato solemne, la oferta, cualquiera que sea su origen, debe hacerse ‘por escrito’ y, en tal virtud, ‘ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar que el proponente’. Y ‘si reside en lugar distinto, a dicho término se le sumará el de la distancia’ (art. 851 del CCo). Sin olvidar que ‘las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta ó esta contenerlos’ (art. 853)”¹²⁶.

En conclusión, ante la discusión sobre si la propuesta de seguro puede ser emitida por el asegurador, apoyamos las apreciaciones del profesor Garrigues, para así establecer que la oferta de seguro debe ser manifestada por el tomador del seguro de manera escrita, plasmando en ella todos los elementos esenciales del negocio; el asegurador, debe formular la aceptación en el tiempo establecido por el Código de Comercio para que proceda la vinculación.

¹²⁴ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios. Santafé de Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 29.

¹²⁵ GARRIGUES, Joaquín. El Contrato de seguro terrestre, Madrid : Aguirre, p.114

¹²⁶ OSSA, J. Efrén. Op. Cit., p. 223.

3.1.1.2. Aceptación de la propuesta. El contrato de seguro se perfeccionaba únicamente a través de una forma específica que consistía en la suscripción de la póliza por parte del asegurador. Así, este acto solemne y sólo éste, era el medio idóneo determinado por la Ley para aceptar la oferta de contrato de seguro.

La oferta del contrato de seguro, manifestada a través de la solicitud de seguro firmada por el tomador, sólo podría ser aceptada por la aseguradora, utilizando como medio de expresión de su voluntad de contratar, la suscripción de un escrito especial llamado póliza. Bajo este régimen, el acuerdo verbal de voluntades respecto de los elementos esenciales no generaba ningún efecto¹²⁷.

La aceptación al contrato de seguro sólo procedía con la suscripción de la póliza por parte del asegurador. La póliza, a su vez, debía cumplir con unos requisitos mínimos, en cuanto a su contenido e idioma, los cuales entraremos a analizar en los partes siguientes de este mismo capítulo.

¹²⁷ Valga la pena aclarar que, vigente el Antiguo Código de Comercio Terrestre, el seguro ajustado verbalmente valía como promesa de contrato, de conformidad con el artículo 639. Ello será estudiado en apartes siguientes del mismo capítulo.

Ahora bien, es pertinente aclarar qué se entiende por póliza para establecer cómo debía manifestarse de manera formal la aceptación del seguro por parte del asegurador. Para el profesor Ossa, la aceptación “por el asegurador dentro del término antes citado’ (haciendo referencia al tiempo para aceptar la oferta sin que ella caduque), ‘bien sea mediante su sola firma estampada al pie de la propuesta misma o mediante documento separado en que conste la aceptación, da origen al contrato’ de manera que ‘aun el solo documento de oferta con la aceptación a él incorporada, integran ‘la póliza’ y sirven como tales como documento constitutivo del seguro. Lo que sí no puede concebirse legalmente es la aceptación tácita del asegurador cuya firma es requisito esencial de la póliza”¹²⁸

Así las cosas, sólo hasta el momento de suscripción de la póliza, se consideraba perfecto el contrato de seguro y por tanto, se iniciaban los efectos del mismo, los cuales, salvo que las partes pactaran una fecha posterior a la de la firma de la póliza por el asegurador¹²⁹, desde ese mismo momento surgían las obligaciones contractuales para las partes: Para una la asunción del riesgo asegurable, para la otra, el pago de la prima.

En resumen, antes del año 1997, el contrato de seguro fue siempre solemne. La formalidad consistía en la suscripción por parte del asegurador de la póliza de seguro, condición que como hemos repetido innumerables veces, generaba que el contrato no se perfeccionara hasta cuando se cumplía dicha solemnidad y en consecuencia, hasta tanto no surgían los efectos del contrato.

¹²⁸ OSSA, J. Efrén. Op. Cit., p. 225.

¹²⁹ Conocida como duración del contrato, según lo explica el profesor Garrigues en la obra ya citada.

La póliza en esos términos, era un documento altamente importante, y por tanto, merece realizar el análisis que efectuaremos a continuación:

3.1.2. Naturaleza Jurídica de la Póliza. Antes de la reforma legal del año 1997, el artículo 1046 del Código de Comercio establecía que la póliza era “el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro”. De allí que la doctrina definiera la póliza como “el documento contentivo y exteriorizante de la voluntad del tomador y del asegurador respectivamente¹³⁰”, “es el documento que instrumenta el contrato de seguro, en el que se reflejan las normas que, de forma general, particular o especial, regulan las relaciones contractuales convenidas entre el asegurador y el asegurado”¹³¹.

La póliza era el documento requerido para ejecutar la forma, mas no era la forma misma a través de la cual se manifestaba el consentimiento del que nacía el contrato. Dicha forma perfeccionadora del contrato de seguro era, como tantas veces lo hemos mencionado, la suscripción de la misma por parte del asegurador.

¹³⁰ JARAMILLO, Op. Cit., p. 109.

¹³¹ GOMES VIDES, Alejandro. Artículo “La naturaleza jurídica y los efectos de la póliza de seguro”. Revista Iberolatinoamericana de Seguros, Volumen 1, Número 1, 1992, p. 177.

3.1.3. Funciones de la póliza. De la interpretación del anterior artículo 1036 del Código de Comercio se podía colegir que la póliza tenía dos funciones respecto del contrato de seguros: Una función constitutiva y una función probatoria.

3.1.3.1. Función Constitutiva de la póliza. En efecto, la póliza suscrita por el asegurador era la forma legalmente establecida por la Ley para perfeccionar el contrato; es decir, sin ella, no había lugar a la formación del mismo.

Así entendida, la suscripción de la póliza por parte del asegurador se consideraba como una forma *ad substantiam actus*, sin la cual se entendía no había manifestación de voluntad de contratar por parte del asegurador, y por tanto, no había consentimiento del que surgiera el contrato de seguro a la vida jurídica.

En conclusión, la póliza suscrita por el asegurador “dotaba de cuerpo”, servía de “forma” al consentimiento, perfeccionaba el contrato. La suscripción de la póliza permitía el nacimiento a la vida jurídica de la aceptación a la oferta de contrato por parte del asegurador, por ello, consideramos que a la luz del régimen anterior, la póliza de seguro “constituía” el contrato mismo.

3.1.3.2. Función probatoria de la póliza. El anterior artículo 1046 del Código de Comercio establecía que la póliza era el único medio probatorio del contrato de seguro.

Dicha condición era consecuencia directa de la función constitutiva misma de la póliza. En efecto, si el contrato de seguro sólo se perfeccionaba a través de la suscripción de un documento particular llamado póliza, sólo éste podría tener la capacidad de probar el contrato mismo.

Las demás pruebas como “la confesión, las declaraciones de testigos, las cartas u otros documentos, lo más que pueden demostrar es la intención de celebrar el contrato o el hecho de haberlo celebrado, pero no el contrato mismo, porque para que exista, es necesaria la póliza y sin ella no se puede establecer ni demostrar las obligaciones de las partes”¹³².

3.1.4. Requisitos de la Póliza. Además del contenido mismo de la póliza que se encuentra regulado en el artículo 1047 del Código de Comercio, el viejo artículo 1046 del Código de Comercio establecía que la póliza “debe redactarse en castellano, ser firmada por el asegurador y entregarse en su original al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición”. Requerimientos que hacían de la póliza un escrito calificado.

Es decir, la Ley determinaba tres requisitos, de los cuales, los dos primeros, eran de imperativo cumplimiento para el perfeccionamiento del contrato. La póliza sólo era admisible como instrumento que permitía el perfeccionamiento del contrato siempre que fuera redactada en español y, que llevara la firma del asegurador. De lo contrario, el

¹³² BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO; Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, Tercera Edición, 1996, p. 93.

documento en el que se plasmaban las condiciones contractuales no llenaba los requerimientos de la póliza, lo que a su vez impedía el cumplimiento de la solemnidad perfeccionadora del contrato de seguro.

El tercer requerimiento, es decir, la entrega de la póliza en el tiempo previsto luego de su expedición, fue considerado como una obligación del asegurador en ejecución del contrato, más que un requerimiento necesario para el perfeccionamiento del mismo.

En cuanto al hecho mismo de la suscripción de la póliza, la firma del asegurador, en estricto sentido, debía ser la del representante legal de la Compañía, ya que era la única persona capaz de obligar a la aseguradora. En efecto, a la luz del artículo 196 del Código de Comercio, los representantes legales son quienes “podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad¹³³”.

Sobre el particular también es pertinente recordar que la calidad de representante legal de las aseguradoras, según los artículos 74 y 325 numeral 3 subnumeral 20 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es acreditada por la Superintendencia Bancaria de forma exclusiva, a través del Certificado de Existencia y Representación para cada entidad.

¹³³ Inciso segundo del artículo 196 del Código de Comercio.

Sin embargo, en la práctica, se ha aceptado que sean otros los funcionarios que firmen la póliza, toda vez que, la aseguradora está compuesta por personas varias sobre las que se presume, hay una delegación de representación y que son ellas las que en últimas, procederán a aceptar el negocio propuesto por el asegurado. En efecto, más que una presunción de la cual surgiera el derecho, se trata de una vinculación que podríamos identificar con la representación aparente, regulada a través de los artículos 842 y 640 del Código de Comercio. El primero de ellos menciona lo siguiente: “Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado a los términos pactados ante tercero de buena fe exenta de culpa”. El segundo de ellos, dice en su tercer inciso: “(...) quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor”.

Así las cosas, y tomado en consideración el caso del negocio asegurador, es pertinente mencionar que casi nunca quien ostenta la representación legal de la aseguradora es quien acepta el negocio; por el contrario, son otras personas, generalmente los comerciales que allí trabajan, quienes perfeccionan las negociaciones. Con esta práctica, la aseguradora ha creado en el mercado “la apariencia” de que esas personas pueden comprometer a la aseguradora. Esta creencia se identifica con la teoría de la apariencia ó representación aparente.

La teoría de la apariencia, como la define el doctor Larroumet consiste en que “un tercero, apoyándose en una creencia errónea, realiza un acto con una persona que no tenía derecho o poder para hacerlo”, a pesar de lo cual, “se permite la validez o la oponibilidad

del acto realizado en esa forma, mientras que, según el derecho estricto, dicho acto sería nulo ó inoponible¹³⁴”.

El caso que nos ocupa, bien podemos identificarlo con una representación de este tipo, ya que se cumple con los dos requisitos que ordena la Ley en los artículos ya citados: Por una parte, la conducta del representante legal, al contratar a funcionarios que negocian las condiciones del contrato con los clientes (terceros de buena fe exenta de culpa), situación que otorga razones para cumplir con el segundo elemento, cual es la creencia del cliente -así sea erróneamente-, que dicho funcionario que con el que está negociando “tiene autorización” para ello, es decir, aparentemente se encuentra “facultado” para cerrar la negociación y por tanto, para firmar la póliza que los vinculará contractualmente.

A lo anterior, se suma la disposición del artículo 1052 del Código de Comercio, por el cual, las firmas de las pólizas y demás documentos que la modifiquen o adicionen se presumen auténticas; es decir, “que existe certeza sobre la persona que ha firmado o elaborado”¹³⁵ el documento en el que aparece la firma.

3.1.5. Contenido de la póliza. La póliza contiene “las disposiciones que conforman y regulan la relación asegurativa¹³⁶”. Dichas disposiciones se conocen con el nombre de condiciones ó cláusulas.

¹³⁴ LARROUMET, Op. Cit., vol. I, p. 137,

¹³⁵ Artículo 252 del C.P.C.

¹³⁶ JARAMILLO, Op. Cit., p. 124.

La doctrina ha clasificado las condiciones o cláusulas en dos tipos diferentes: Las generales y las particulares. Las primeras, “incluyen los elementos de la esencia del contrato y los que consideren convenientes de su naturaleza, para determinar cabalmente: El interés asegurable, la extensión, los límites y las particularidades del riesgo asegurable; la obligación condicional del asegurador y las características y alcances de la indemnización, y para señalar, con la debida precisión, las obligaciones de las partes y de los interesados directos en el contrato de seguro¹³⁷”. Valga la pena aclarar que, aun cuando los autores citados textualmente no hacen mención expresa a la prima, al ser un elemento esencial del contrato, éste debe incluirse dentro de estos apartes.

La Jurisprudencia, al referirse a las condiciones generales del negocio, manifiesta que son “la columna vertebral de la relación asegurativa, (...) como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar¹³⁸”.

Las condiciones particulares por su parte, son aquellas que individualizan la relación

¹³⁷ BUSTAMANTE FERRER Y URIBE OSORIO, Op. Cit., p. 95.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 2 de mayo de 2000.

asegurativa, determinando el asegurador, el tomador, el asegurado, la calidad del tomador, el valor de la prima y de la suma asegurada, los riesgos específicos amparados, y en general, cualquier condición que, previo acuerdo entre las partes, adicione o modifique las condiciones generales del negocio. Ellas “se elaboran de manera individual y específica para cada contrato y de manera conjunta entre el asegurador y el tomador, y reflejan así mismo, pero en forma específica para el negocio acordado, la voluntad de las partes”¹³⁹.

Las condiciones generales y particulares de la póliza están descritas en el artículo 1047¹⁴⁰ del Código de Comercio.

La práctica generalizada de las Compañías de Seguros es el uso de unas pólizas ó condiciones generales tipo, las cuales son remitidas a la Superintendencia Bancaria, quien efectúa su registro para efectos de ejercer actividades de vigilancia y control en forma posterior¹⁴¹.

¹³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *Ibíd.*

¹⁴⁰ La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: 1) La razón o denominación social del asegurador; 2) El nombre del tomador; 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador; 4) La calidad en que actúa el tomador del seguro; 5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro; 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o del modo de determinar unas y otras; 7) La suma asegurada o el modo de precizarla; 8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago; 9) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo; 10) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y, 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

¹⁴¹ De conformidad con el numeral 1 del Literal d) del Subnumeral 1.1. del Numeral 1. Del Capítulo II, Título VI de la Circular Básica Jurídica, el registro de los productos se realiza poniendo a disposición de la Superintendencia Bancaria mediante su envío, las pólizas que se ofrezcan al público. Deben remitirse obligatoriamente las condiciones generales de la póliza y las particulares y anexos de uso común. Con dichos documentos, la Superintendencia Bancaria organiza un Registro Único de pólizas y documentos inscritos; sin embargo, la inscripción no implica pronunciamiento alguno respecto de la legalidad de los modelos allegados.

3.1.6. Documentos que hacen parte integrante de la póliza. El artículo 1048 del Código de Comercio establece que hacen parte de la póliza la solicitud de seguro firmada por el tomador y los anexos a través de los cuales se adicione, modifique, suspenda, renueve ó revoque la póliza.

3.1.6.1. La Solicitud de seguro. La solicitud de seguro es un documento altamente importante en la formación del contrato de seguro ya que en él se consigna la voluntad del tomador de contratar el seguro. Adicionalmente, a través de él, el tomador puede cumplir con la obligación precontractual consistente en la declaración del estado del riesgo, suministrando información a partir del cual se establece el valor de la prima y, lo más importante, puede llegar a determinar la validez del contrato. Hacemos referencia a que, en algunos casos, la Ley¹⁴² sanciona la inexactitud o reticencia en el suministro de dicha información con la nulidad del contrato por parte de la aseguradora, para lo cual deberá acudir a la acción judicial pertinente.

3.1.6.2. Anexos. Los anexos, por su parte, “también conocidos con el nombre de avenants, endosos, apéndices, addenda, suplementos o agregados, son documentos adicionales y accesorios, contentivos y exteriorizantes de una o varias declaraciones de voluntad, tendientes a la ‘modificación’ de la relación asegurativa entablada previamente entre el tomador y el asegurador¹⁴³”.

¹⁴² Artículo 1058 del Código de Comercio.

¹⁴³ JARAMILLO, Op. Cit., p. 180.

A través de ellos se manifiesta la voluntad de las partes de modificar o adicionar el contrato, y deben hacer parte integrante de la póliza. Por lo tanto, prevalecen sobre las condiciones generales y aún sobre las condiciones particulares del contrato, ya que ellos las modifican.

Como requerimiento específico “los anexos (...) deben señalar de manera precisa los datos que inequívocamente revelen la identidad de la póliza a que adhieren, ya que al ser documentos accesorios destinados a formar parte de la póliza de seguro, necesariamente requieren el cabal establecimiento del documento al cual se integrarán”¹⁴⁴.

3.1.7. Mérito Ejecutivo de la Póliza de Seguro. Desde el año de 1927, el legislador reconoció mérito ejecutivo a la póliza de seguro para hacer efectivo el pago de la indemnización, cuando allegados todos los documentos soporte de la reclamación, la Compañía de Seguros no la hubiera contestado en un término superior a 90 días.

En el año de 1958, el doctor Efrén Ossa, miembro de la Comisión redactora del Código de Comercio estudió el tema en comento, concluyendo que las obligaciones surgidas del contrato de seguro no podían ser cobradas por vía ejecutiva. En efecto, teniendo en consideración que las obligaciones que a la luz del Código de Procedimiento Civil podían ser cobradas ejecutivamente eran aquellas que cumplieran con requerimientos como 1) Ser claras, expresas y exigibles; 2) Que constaran en documentos que provinieran del

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 2 de mayo de 2000.

deudor o de su causante y, 3) Que constituyeran plena prueba en contra de él¹⁴⁵, afirmaba que la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización era condicional, y que por tanto, no podía otorgársele a ella la facultad de cobro por dicha vía.

A pesar de lo anterior, en el año 1971, la redacción final del artículo 1053 (antes de ser reformado por la Ley 45 de 1990)¹⁴⁶ no contempló sus apreciaciones. Es decir, aunque el mismo artículo 1045 del Código de Comercio establece que la obligación de pago del asegurador es condicional, en el artículo 1053 de la misma codificación expresamente se consagró que la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador en tres casos: En los seguros dotales¹⁴⁷, una vez vencido el plazo; en los seguros de vida respecto de los valores de cesión o rescate¹⁴⁸, y ante la no contestación de una reclamación debidamente presentada en un término superior a 60 días.

Posteriormente, con la Ley 45 de 1990, el contenido del artículo 1053 se reformó, reduciendo el término que tenía la Compañía de Seguros para responder la reclamación a un mes. Adicionalmente, se exigió que la objeción a la reclamación fuera seria y

¹⁴⁵ El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil menciona lo siguiente: “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él (...)”

¹⁴⁶ Artículo 1053 del año 1971: La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: 1) En los seguros dotales, una vez cumplido el plazo; 2) En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o de rescate, y 3) Transcurridos sesenta días, contados a partir de aquel en que el asegurado o el beneficiario, o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que según la póliza sean indispensables, sin que dicha reclamación sea objetada.

¹⁴⁷ “El seguro dotal otorga un monto de beneficio específico si el asegurado vive hasta el término del plazo de cobertura o muere durante este plazo. Cada póliza dotal establece una fecha de vencimiento, que es la fecha en la cual el monto nominal de la póliza se pagará al propietario de la misma si aún vive”. JONES, HARRIET E. y LONG, Dani L., autores del libro para el programa de Formación en Seguros LOMA (Life Office Management Association, Inc), Principios del Seguro de Vida, Salud y Rentas Vitalicias, Traducido al español, Atlanta, Georgia, USA, p. 125. Aun cuando la redacción no es la mejor, se puede entender que el seguro dotal es una clase de seguro de vida, en virtud del cual la aseguradora pagará al asegurado el valor acordado, en caso de que sobreviva en un determinado periodo de tiempo, ó pagará dicho valor a sus beneficiarios, si muere antes de éste.

fundada, es decir, que se expresaran argumentos de hecho y de derecho con los cuales se justificara la objeción. Este requerimiento adicional trae como consecuencia el que si a pesar de haber sido contestada en tiempo, la objeción no se encuentra debidamente soportada, “el legislador presume (...) que son suficientes la prueba del siniestro y la del valor de la pérdida”¹⁴⁹, y por tanto, ésta respuesta no enerva el mérito ejecutivo de la póliza.

Ahora bien, respecto del tomador, la póliza también presta mérito ejecutivo para el cobro de la prima por parte de la Compañía de Seguros. Si la póliza se encontrare firmada y en ella se establecen todas las características de monto de la obligación y fecha de exigibilidad de la misma, la póliza se constituiría en un título ejecutivo por sí misma, en tanto que consagra una obligación clara, expresa y exigible, aceptada por el deudor de la misma.

De no encontrarse firmada por el tomador, pero si en ella (la póliza) se consagran las condiciones de la obligación del pago de la prima antes dichas, simplemente se requerirá de un documento adicional como la solicitud de seguro del que se pueda colegir la voluntad del tomador respecto de la asunción de dicha obligación. Tendríamos que acudir ante los jueces con un título ejecutivo compuesto: Póliza y la solicitud de seguro firmada por el tomador.

¹⁴⁸ Es el elemento de ahorro contenido en un seguro de vida ordinario, el cual puede ser utilizado por el asegurado en vida a través de un pago en efectivo, ó para el pago de las primas atrasadas.

¹⁴⁹ LOPEZ. Op cit., p. 270.

Similar circunstancia se presentaría en caso de que la póliza no contemplara el plazo para el pago de la prima por parte del tomador, ya que tendríamos que conformar un título ejecutivo compuesto. Recordemos que la ley establece un plazo supletivo en el artículo 1066 del Código de Comercio: Salvo acuerdo diferente de las partes, el tomador tendrá un mes a partir de la fecha de entrega de la póliza para efectuar dicho pago al asegurador. Así que, si en la póliza no se plasma el plazo específico acordado por las partes, la Compañía de Seguros debe probar además, la entrega de la póliza con la firma del tomador en ese mismo cuerpo ó en otro documento para que se pueda establecer el momento en que la obligación de pago de la prima se ha hecho exigible, configurándose así un título ejecutivo complejo¹⁵⁰, conformado por la póliza, y el documento con el que se pruebe la fecha de entrega de la misma.

Sobre el particular también debe precisarse que, la mora en el pago de la prima por ministerio de la Ley (artículo 1068 del mismo Código¹⁵¹) genera la terminación automática del contrato, lo que a su vez trae como consecuencia que el monto que podría ser cobrado ejecutivamente en caso de que se constituyera el título ejecutivo correspondiente, sería el equivalente al de la prima devengada hasta el momento de la terminación del contrato y los gastos causados con ocasión de su expedición.

¹⁵⁰ Sobre el tema se puede consultar el texto MAESTRIAS 1: La Modernización de la Actividad aseguradora en Colombia – en el ámbito técnico, jurídico y financiero-. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, Maestría en Derecho de Seguros, p. 310.

¹⁵¹ El artículo 1068 del Código de Comercio (reformado por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990) establece que: “La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato (...)”.

Con los párrafos anteriores, pretendimos hacer un estudio breve pero completo del esquema legal vigente antes de que se expidiera la ley 389 de 1997 respecto del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro.

En adelante, estudiaremos el nuevo esquema en el que, como lo hemos mencionado se establece la consensualidad para el perfeccionamiento del contrato y un régimen probatorio especial, restringido a la utilización de dos medios probatorios exclusivamente: El escrito y la confesión.

Como introducción a este tema, encontramos adecuado iniciar por los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y prácticos, en los que se ponía de presente la consensualidad en el contrato de seguro.

3.2. ANTECEDENTES DE LA REFORMA QUE ESTABLECE LA CONSENSUALIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO

Como lo hemos venido analizando, el contrato de seguro se caracterizaba por ser solemne. Así lo establecía el antiguo Código de Comercio Terrestre, y posteriormente, el Código de Comercio de 1971.

Sin embargo, la idea de establecer la consensualidad en el contrato de seguro se encontraba vigente desde mucho tiempo atrás. Legislaciones como la Belga de 1876, la Francesa de 1930 y la Italiana de 1942 la consagraban.

Incluso, en la actualidad, ante los fenómenos de la globalización y la integración legislativa, se han formulado proyectos de unificación legislativa a nivel continental, en los que se contempla, respecto del contrato de seguro, su consensualidad. Son ellos el proyecto de la Comunidad Europea, cuyo autor es el español Francisco Javier Tirado Suárez, y el proyecto de Armonización del Contrato de Seguro elaborado por el profesor argentino Juan Carlos Felix Morandi.

Respecto del ámbito colombiano propiamente dicho, son varios los antecedentes que nutrieron las apreciaciones de quienes consideraban necesaria la consagración legal de la consensualidad en el contrato de seguro. Ellos son los que se citan a continuación:

3.2.1. Perfeccionamiento del Contrato de Seguro bajo el Antiguo Código de Comercio Terrestre. El primer antecedente de carácter normativo se encuentra precisamente, en las normas del antiguo Código de Comercio Terrestre. En efecto, a pesar de que en él se establecía la solemnidad del contrato de seguro en el artículo 638¹⁵², se otorgaba validez a la negociación aseguradora efectuada a través de una forma verbal.

En efecto, el artículo 639 de ese mismo Código, permitía la formación de una promesa de contrato de seguro por esta vía: “El seguro ajustado verbalmente, vale como promesa, con tal que los contratantes hayan convenido formalmente en la cosa, riesgo y prima. La promesa puede ser justificada por cualquiera de los medios probatorios admitidos en

¹⁵² El contrato de seguro “se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial”, citado por OSSA, Efrén, Tratado Elemental de Seguros. Medellín: Editorial Bedout, 1956, p147.

materia mercantil, y autoriza a cada una de las partes a demandar a la otra para el otorgamiento de la póliza”.

Según lo mencionaba el profesor Ossa, “la promesa es, pues, consensual, pudiendo acreditarse su existencia por cualquier medio. Pero ella simplemente obliga a las partes a la contratación efectiva del seguro. El asegurador no contrae la responsabilidad de indemnizar la pérdida, si ésta llega a ocurrir antes de extenderse el documento del amparo”¹⁵³.

Así las cosas, la manifestación verbal de voluntad de contratar un seguro, generaba el surgimiento de un contrato de promesa de seguro, del cual surgía la obligación de celebrar el contrato prometido. De esta manera, si bien es cierto con esta manifestación no surgían las obligaciones propias del contrato, sí se generaba un efecto jurídico relevante respecto de las partes involucradas.

Ahora bien, valga la pena aclarar que, derogado el artículo 639 del Código de Comercio que permitía la existencia de contratos de promesa de seguro a través de manifestaciones consensuales, se deroga la posibilidad de que la manifestación verbal de voluntad respecto del contrato de seguro generara efectos jurídicos. En efecto, “derogado el artículo 639 (...) y vigente el 861 del nuevo estatuto, conforme a cuyo texto ‘la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer’ y ‘la celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso’ y, en fin, vigente también el artículo 89 de la ley 153 de 1887 que hace de ‘la promesa de celebrar un contrato’ un ‘contrato

¹⁵³ OSSA, Efrén, Op. Cit., 1956, p.148.

solemne' (...) No es, pues, dable ajustar 'verbalmente' un seguro, ni siquiera como mera promesa"¹⁵⁴.

3.2.2. Antecedentes Jurisprudenciales. Mayores sorpresas nos hemos llevado al encontrar que, a pesar de que nuestro Código de Comercio Terrestre establecía la solemnidad del contrato de seguro, la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo del 23 de Noviembre de 1927 se expresó en el sentido de permitir las renovaciones y prórrogas de los contratos de seguro de manera verbal o escrita, en el entendido de que ellas no implicaban la formación de un nuevo contrato, sino la prolongación de la vigencia del contrato en el tiempo, para lo cual no se requería el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley.

Según la misma sentencia, se presentaba una situación diferente si en la renovación se alteraba alguno de los elementos esenciales del contrato, ya que en ese caso, se trataba de un contrato diferente y por tanto nuevo, que debía cumplir con todas las formalidades establecidas por ley. "Es que, en efecto, la renovación –como tal- no significa volver sobre el objeto y la causa del contrato, cuya identidad ha de preservarse hacia el futuro, ni importa una nueva declaración de riesgo ni, por tanto, nueva expresión del consentimiento de las partes, sino tan solo un acuerdo en relación con su vigencia para prorrogarla en el tiempo. Otra cosa es si se modifica la prima –elemento esencial-, o si se ensancha o restringe el riesgo asegurado-id-, o si el objeto mismo en que radica el interés se altera sustancialmente, porque, en tales supuestos, ya no se está en presencia de una mera

¹⁵⁴ OSSA, Efrén, Op. Cit., 1984, p. 28.

prórroga sino, además, de una nueva estructura de contrato. Y por tanto, la solemnidad se torna ineludible”¹⁵⁵.

Otro antecedente jurisprudencial es el encontrado en la sentencia emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Junio 14 de 1989 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Pedro Lafont Pianetta, en la que se advertía que en las pólizas flotantes o automáticas, “la individualización (haciendo referencia al riesgo asegurable) no se encuentra sujeta legalmente a ninguna solemnidad ni restricción probatoria, porque, de acuerdo con el artículo 1050 del Código de Comercio, se puede hacer por otros medios distintos al anexo de la póliza o Certificado de seguro, (...) en virtud de lo cual, resulta perfectamente admisible la declaración de parte como medio de convicción idóneo de dicha individualización”¹⁵⁶.

En efecto, el artículo 1050 del Código de Comercio, respecto de las pólizas automáticas¹⁵⁷ y flotantes¹⁵⁸, ya abrían la puerta a la consensualidad en el contrato de seguro, al establecer que luego de perfeccionarse el contrato de seguro, las declaraciones sobre individualización de riesgos ó valores, podían hacerse constar “mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre”.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵⁶ Sentencia citada por FRANCISCO ZULETA HOLGUÍN, en su libro “Mecánica procesal del Contrato de Seguro”, Bogotá: Editorial Dintel, p.11.

¹⁵⁷ Es la que “otorga un amparo para todos los transportes que se realicen durante la vigencia de la póliza y hasta una suma máxima, límite asegurado, aun en el caso de que la aseguradora no tenga noticia del embarque sino con posterioridad a éste, pues precisamente el carácter de automática del contrato está en permitir que aún con declaraciones luego del envío se proceda a determinar el valor de la prima que ha de cobrarse”. LÓPEZ. Op. Cit. p. 119.

¹⁵⁸ Permiten “asegurar debidamente aquellos intereses que en lo concerniente a su estimación económica son posibles de notorias fluctuaciones en cortos espacios de tiempo, las cuales impiden, por la frecuencia con que se presentan, tomar seguros individualizados para cada uno de los momentos”. LOPEZ. Op. Cit., p. 117.

Posteriormente, en abril 4 de 1997, la sentencia de casación No. 4880 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), adoptó una opinión semejante a la que se mencionó anteriormente, en virtud de la cual, las modificaciones al contrato de seguro, a pesar de ser éste solemne, pueden realizarse a través de formas diferentes al escrito.

En efecto, se reconoce la solemnidad en la formación del contrato de seguro¹⁵⁹, cuyo fundamento último se encuentra en brindar seguridad a las partes en la determinación del contrato y sus elementos esenciales; pero a la vez, se estima que dicho contrato goza de la característica de ser ejecutado a través del tiempo (contrato de ejecución sucesiva), lo que también, conduce al hecho de que dicho contrato pueda ser modificado durante su ejecución y que dichas modificaciones “por no alterar legalmente la esencia fundamental de dicha contratación y porque así lo exige la dinámica y buena fe de las relaciones comerciales (v.gr. su urgencia), no sean oportunamente recogidos en anexos, como sucedería con la prórroga del plazo u otra solicitud del asegurado, que, habiendo sido aceptadas o convenidas, no fueron recogidas o rechazadas oportunamente por escrito; o como cuando se omite la expedición de otro documento, por así convenirlo expresamente las partes”¹⁶⁰.

Los magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia advierten ciertas

¹⁵⁹ “La solemnidad mencionada significa que el documento privado en el que aparece el contrato de seguro, no es una simple formalidad ad probationem, sino que la existencia de la póliza es un requisito ad sustanciam actus, cuya omisión irremisible trae como consecuencia que el contrato aludido no nace a la vida jurídica, ni tampoco puede demostrarse por ningún otro medio probatorio (...).” Numeral 1.2.1.1. de la sentencia de casación, abril 4 de 1997. Expediente 4880. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianneta).

¹⁶⁰ Numeral 1.2.2.2. de la sentencia de casación, abril 4 de 1997. Expediente 4880. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianneta)

circunstancias, propias de la dinámica y de la buena fe de la relación entre tomador y aseguradora, en las que las partes efectúan acuerdos tendientes a modificar el contrato de seguro, a veces sin que haya oportunidad de plasmarlas por escrito o de incluir un anexo en la póliza. Dichos acuerdos, a los que las partes pueden llegar ya sea expresamente ó incluso tácitamente, deben referirse a modificaciones que no alteren los elementos esenciales del contrato (ej. Prórroga del mismo).

En el caso particular de esta sentencia y especialmente en lo que se refiere al seguro de transporte, hay situaciones materiales (v. gr. De clima o de medio de transporte), económicas (v. gr. Volumen de carga), financieras (v.gr. aplazamiento o limitaciones crediticias) o de cualquier otra índole que obligan a las partes incluso, a “modificar algunos aspectos relativos a sus elementos esenciales, (...) sin que ello altere la esencia jurídica y económica de dicho contrato”¹⁶¹.

Ahora bien, en relación con la prueba de dichos convenios “no formales”, la sentencia afirma que ellos se podrán acreditar a través de los diferentes “medios probatorios que demuestren fehacientemente los pertinentes convenios expresos o tácitos, modificativos de algunos aspectos del contrato inicial”¹⁶².

Consideramos que esta tendencia jurisprudencial, además de ajustarse a las normas vigentes al momento de su emisión, también intentó acoplarse a la realidad fáctica de los negocios. De allí su gran valor. En efecto, una interpretación recta y generadora de efectos de la Ley es la que se plasma en ella, al permitir que, a pesar de la solemnidad del contrato de seguro, se otorgue eficacia a ciertas modificaciones al contrato, sin tener que

¹⁶¹ Numeral 1.3.2. de la Sentencia de casación, *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*

llevarlas a un escrito firmado por el asegurador. Obviamente, los detractores de esta tendencia, advertían que el contrato de seguro obedecía a la característica formalista, y por tanto, no encontraban adecuado que sus modificaciones siguieran una forma libre.

En conclusión, la sentencia menciona que “no obstante el carácter solemne del contrato de seguro (...), éste último puede ser objeto de modificación no formal”¹⁶³ en aquellas condiciones no esenciales del contrato, con el simple acuerdo de voluntades, sea éste expreso ó aún tácito.

Las motivaciones que encuentran los honorables magistrados para formular una tesis como la antes esbozada, incluso estando limitados por un régimen formalista como el existente al momento para el cual la sentencia fue proferida, son las mismas que han enunciado quienes, como el mismo profesor Ossa, consideran que el contrato de seguro está envuelto en una dinámica comercial propia, que le exige agilidad, y que por lo tanto, no puede estar sujeto a una forma específica para su perfeccionamiento y modificación.

3.2.3. Antecedentes en el Proyecto de Reforma al Código de Comercio en el año 1971. Dentro de los miembros convocados para formar la comisión redactora del nuevo Código de Comercio se encontraba el profesor Efrén Ossa, gran conocedor y estudioso del tema del derecho de seguros. Dicho maestro, luego de estudiar legislaciones foráneas, de estudiar las ventajas y desventajas que podría traer la imposición del

¹⁶³ Numeral 1.3. de la sentencia de casación, abril 4 de 1997. Expediente 4880. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianneta).

consensualismo en el contrato de seguro, propuso así su consagración en el proyecto de Código de Comercio del año de 1958 y luego 1971.

Partía de dos premisas, la primera de ellas, que el acuerdo de voluntades en la celebración del contrato de seguro nacía de la aceptación de los elementos esenciales del mismo, y que por tanto, era artificial limitarlo al cumplimiento de una forma específica determinada por la ley. La segunda, que la formación del contrato no podía confundirse con su prueba.

Argumentaba el maestro Ossa que, con la consensualidad en el contrato de seguro no sólo se reconocía una situación que ya era manejada por las aseguradoras quienes, acoplándose a la agilidad que requerían todos los negocios comerciales, y en especial los contratos de seguros, otorgaban amparos verbales que eran respetados en vista de la buena fe de la que gozaba el negocio de los seguros; sino que además, se protegían los intereses mismos de estas compañías cuando se trataba del perfeccionamiento del contrato de reaseguro¹⁶⁴.

En cuanto a las dificultades de carácter probatorio que pudieran generarse, el proyecto de reforma contemplaba un esquema probatorio restringido a la confesión judicial y al escrito, evitando así que, pruebas que se obtienen a través de medios fraudulentos, pretendieran la prueba de un contrato inexistente.

¹⁶⁴ Textualmente, el profesor OSSA mencionaba lo siguiente: "También en Colombia el contrato de seguro debería ser consensual. Así se consulta la movilidad que requieren las operaciones comerciales. Así se da carta de ciudadanía legal a la práctica de las compañías de seguros. Así se está más a tono con las modernas legislaciones. Así se tutela mejor a los propios aseguradores cuando actúan, ya no como sujetos activos, sino como sujetos pasivos del contrato de seguros, es decir, en el contrato de reaseguro". OSSA, Op. Cit., 1984, p. 27.

Consideraba el profesor Ossa que el Código de Comercio Terrestre del año 1869, adoptado por la Ley 57 de 1887, tenía “caducas sus disposiciones”¹⁶⁵. En el proyecto del año 1958 se establecía la consensualidad del contrato de seguro, salvo en los seguros de vida, ya que ella “(...) podría significar, significa, en efecto, una fuente de dificultades insubsanables para el asegurador. (...) La experiencia enseña que el contrato no puede considerarse clausurado, agotado en sus trámites como acto de la vida mercantil, sino con el pago de la primera prima o de la primera cuota. Y es más frecuente, de otra parte, que en los seguros de riesgos constantes, el afán del asegurado de defraudar al asegurador. Podrá decirse, con un poco de exageración, que, ahí sí, la reticencia se da silvestre. Circunstancias son estas que exigen un tratamiento de excepción. Y de ellas la Comisión se hizo eco, con sentido realista, para subordinar ‘al pago de la primera prima o de la primera cuota de esta’, el perfeccionamiento de los contratos de seguros de vida”¹⁶⁶.

En este proyecto del año 1958, también se establecía que la prueba del contrato de seguro fuera calificada. Es decir, sólo se aceptarían para tal menester, la prueba documental y la confesión juramentada “otorgada ante juez competente, por quien tenga la personería legal del asegurador o del asegurado, y en la cual se afirme ser cierto un hecho que compromete al otorgante”¹⁶⁷.

Una vez agotada la discusión del proyecto reformativo del Código de Comercio en el año 1958 sin que se generara ningún cambio legislativo, se inicia el proyecto de reforma del Código de Comercio, que daría origen al llamado “Nuevo Código de Comercio del año 1971”.

¹⁶⁵ OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Contrato, Tomo 2: El contrato. Bogotá Colombia: Editorial Temis, 1991, p.581.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 582.

En las discusiones que daría lugar al Código de Comercio de 1971, el doctor Ossa planteó idénticas teorías respecto del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguros, sin embargo, ellas no fueron acogidas. Los miembros de la Comisión redactora acogieron los de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros y en especial, los del doctor Juan Fernando Cobo, defensor de la tesis que mantenía la solemnidad en el contrato de seguro.

En esa oportunidad dicha Asociación, criticó el proyecto del profesor Ossa debido a los problemas probatorios que podría generar la determinación de la consensualidad en el contrato¹⁶⁸.

Al respecto, el doctor Juan Fernando Cobo mencionó como inconvenientes al esquema, los cuales, dicho sea de paso, se mantienen vigentes en la actualidad, los siguientes: “a) Dificultad en la prueba del contrato; b) Peligro de que con la interpretación del mandato aparente se comprometa a las compañías de seguros en virtud de compromisos injustificados de algún agente o empleado subalternos; y c) La complejidad del contrato de seguro y su naturaleza esencialísima, en virtud de sus múltiples modalidades, diversos amparos y exclusiones, no lo hacen adecuado para ser concreto en forma consensual”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ En efecto, la comunicación enviada por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros a la Comisión Redactora del Código de Comercio mencionaba lo siguiente: “Nos parece inconveniente quitarle al contrato de seguro su carácter de solemnne. (...) Si los elementos esenciales del contrato de seguro (...) deben ser demostrados por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial, en realidad se le está dando al contrato un carácter de semiconsensual, o mejor, semisolemne y se está poniendo a las compañías aseguradoras en la obligación de tener que expedir prácticamente dos pólizas: la formal y la que pudiéramos llamar informal (...)”.Acta Número 57 de la Comisión redactora del Código de Comercio, tomado del Libro del HERNÁN FABIO LÓPEZ, Contrato de Seguro. Bogotá: Dupre Editores,1999, p. 23.

3.2.4. Antecedentes prácticos. Ante la imperiosa necesidad de introducir agilidad en los negocios, la práctica creó mecanismos para adecuarse a los problemas, que como éste, traía la solemnidad en el contrato de seguro.

El requerimiento de una forma específica para el perfeccionamiento del contrato de seguro, cual era la suscripción de una póliza por parte del asegurador, hacía necesario iniciar un procedimiento operativo dentro de dicha entidad, el cual terminaba varias semanas después, con la expedición de la misma. Sólo hasta ese momento, se entendía que la aseguradora estaba aceptando el amparo y por tanto, desde allí iniciaba la cobertura de los riesgos.

Sin embargo, los clientes necesitaban una protección inmediata de sus intereses y no les era aceptable esperar mucho tiempo. Así que la solución que se encontró fue la expedición de lo que se ha conocido como “amparos provisionales”, gracias a los cuales se otorgaba protección a los riesgos desde el momento en que se suscribiera el sencillo documento, sin que se hubiera expedido y suscrito aún la póliza.

Los amparos provisionales son documentos escritos que “constituyen el medio por el cual la aseguradora desde el momento en que acepta la propuesta de contrato y mientras elabora, expide, suscribe y entrega la póliza, otorga desde un primer momento el amparo respectivo, aspecto que se viene a corroborar cuando lo anterior sucede pues en la póliza se coloca como fecha de iniciación de la vigencia del contrato la misma a partir de la cual entró a operar”¹⁷⁰ éste.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 24 .

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 29.

Era tan generalizada dicha práctica, que a finales del año de 1995, la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda) y ACOAS propusieron la adopción para todas las Compañías de Seguros nacionales, de un modelo estándar para la contratación de seguros conocido como la Nota de Cobertura, cuyo origen mismo, era el amparo provisional, con ciertas modificaciones en busca del cumplimiento de algunos requisitos legales para dotarlo de eficacia.

Dicha iniciativa surgió para solucionar el conflicto que presentaba la demora en la expedición de las pólizas por parte de las aseguradoras, que podía ir de 5 – 60 días después de haber solicitado el amparo.

Aquella circunstancia operativa generaba dos problemas muy grandes tanto para los tomadores como para las aseguradoras: El primero de ellos, como ya lo hemos mencionado, era la insatisfacción del cliente en tanto que los riesgos no se trasladaban al asegurador hasta tanto no se suscribiera la póliza; el segundo de ellos, consistía en el retardo en el cobro de las primas, en tanto que, de conformidad con el artículo 1047 del Código de Comercio, el plazo para el cobro de la prima contaba desde el momento en que se entregara la póliza ó sus anexos.

Los autores de la iniciativa de la Nota de Cobertura, la definían como “un formato uniforme para el sector asegurador, diseñado para formalizar el contrato de seguro de la manera más rápida posible, cumpliendo con los requisitos del Código de Comercio. Además, es

un documento equivalente a la factura, el cual sirve de soporte para el cobro de la prima¹⁷¹”.

Para la utilización de dicho formato, las aseguradoras requerían previamente, registrar los textos de cada una de sus pólizas ante la Superintendencia Bancaria con un número especial de identificación por amparo, el cual debía ser citado en la nota de cobertura. En caso de que la negociación incluyera cláusulas especiales, deberían también ser anotadas en la Nota de Cobertura.

Finalmente, la iniciativa no tuvo cabida generalizada, ya que a ella se le imputaban los mismos cuestionamientos de legalidad que a los amparos provisionales. Consideraban algunos que, a la luz de lo establecido por el Código de Comercio de 1971 en los aspectos relacionados con el perfeccionamiento del contrato de seguro, la práctica de la expedición de un amparo provisional no era legal, en tanto que como varias veces lo hemos mencionado en apartes anteriores de este trabajo, para que se perfeccionara el contrato se requería de la suscripción de un documento específico denominado póliza, el cual a su vez, debería cumplir con ciertos requisitos también consagrados en la ley; así que, en tanto que el amparo provisional no cumplía con algunos de los requisitos, no había póliza, por lo tanto, no se cumplía con la forma solemne y específica determinada por la ley para el perfeccionamiento del contrato.

Encontramos acertados dichos planteamientos, sin embargo, no debemos perder de vista que la buena fe con la que se manejan las relaciones en el sector asegurador traían como consecuencia el respeto de lo plasmado en los amparos provisionales. A nuestro juicio,

¹⁷¹ FASECOLDA – ACOAS. Manual de Operación General. Implementación de la Nota de Cobertura, Santafé de Bogotá, Septiembre de 1996.

la expedición de dichos documentos no implicaba el surgimiento de obligaciones legales para las partes, pero implicaba el nacimiento de obligaciones morales, inquebrantables en este sector. Por esta razón, algunas Compañías de Seguros le daban aplicabilidad.

Esta situación nos demostraba que los acuerdos no solemnes a los que llegaban aseguradores y tomadores (los cuales se realizaban en un alto porcentaje de las operaciones) tenían un sustento de validez en su propia voluntad de contratar, como en otros contratos de carácter comercial y que, en realidad, la exigencia legal de una forma específica para el perfeccionamiento del contrato de seguro carecía, por lo menos, de sustento práctico¹⁷².

3.2.5. El contrato estatal de seguro. Un antecedente adicional a la legislación en virtud de la cual el contrato de seguro podría ser perfeccionado a través de una forma libre, se encuentra presente en la contratación estatal.

Los seguros también son materia importante en el régimen de derecho público, adoptan la modalidad de seguros oficiales, es decir, aquellos “tomados por las entidades estatales”¹⁷³ para la protección de sus bienes e intereses, ó la modalidad de garantías de cumplimiento a favor de las diferentes entidades estatales.

¹⁷² Incluso posteriormente, durante el Seminario sobre la “Reforma al Contrato de Seguro” realizado por FASECOLDA, el Instituto Nacional de Seguros y ACOAS en el mes de Septiembre de 1997, ya expedida la Ley 389, se intentó retomar la iniciativa de la Nota de Cobertura como mecanismo para acelerar la expedición de documentos escritos a través de los cuales se pudiera probar el contrato de seguro, acción que es crítica en esquemas como los que para ese momento surgían, es decir, el esquema de la consensualidad del contrato de seguro. Sin embargo, no hubo una aceptación gremial, por lo menos en cuanto a la adopción de un formato único de cobertura.

¹⁷³ DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá: Colombo Editores, p. 13.

El nuevo régimen legal de Contratación Pública está consagrado en la Ley 80 de 1993. Dicha ley establece la forma como procede la contratación estatal en general, y se detiene en algunos artículos sobre el tema de los seguros en particular.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 41 de dicho estatuto, todos los contratos en los que intervenga una entidad estatal en calidad de contratante requieren una forma específica para su perfeccionamiento, cual es la de elevar a un escrito el acuerdo celebrado por las partes en relación con el objeto y la prestación contratada.

Dicha disposición podía armonizarse fácilmente con lo establecido por el anterior artículo 1036 del Código de Comercio, en el cual se ordenaba que el contrato de seguro debía perfeccionarse a través de la firma del asegurador en la póliza expedida para amparar el respectivo riesgo. En efecto, la solemnidad administrativa se cumplía cuando se expedía y suscribía la póliza por parte del asegurador.

Ahora bien, como excepción al régimen general y solemne de contratación pública, y sólo frente al caso de que se presentara una urgencia, el contrato estatal podría celebrarse sin el cumplimiento de la solemnidad antes mencionada. Bajo esta consideración, los contratos estatales de seguros cuando eran urgentes, podrían celebrarse en forma verbal¹⁷⁴. Esta regulación contrariaba frontalmente la solemnidad ordenada por el Código de Comercio para el perfeccionamiento de los contratos de seguros; sin embargo, la aplicación prevalente de las normas de derecho público sobre las demás normas

¹⁷⁴ Valga la pena aclarar que luego de la expedición de la Ley 389 de 1997 podría afirmarse que, a pesar de que se establece la libertad de forma en el perfeccionamiento del contrato de seguro, los seguros oficiales no urgentes deben perfeccionarse conforme con lo establecido por el artículo 41

comerciales y civiles según lo dispone el artículo 13 de la misma Ley 80, permitía llegar a esta conclusión, lo que a su vez implicaba, el reconocimiento del principio de la consensualidad en la contratación del seguro.

Sería éste, otro de los casos en que la legislación colombiana permitiera que el contrato de seguro se perfeccionara verbalmente.

3.3. COMENTARIOS A LOS PROYECTOS DE LEY QUE MODIFICAN EL CONTRATO DE SEGURO

Como hasta ahora lo hemos visto, desde varias décadas atrás se ha tenido la intención de modificar las normas del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, regulado de la misma forma desde el antiguo Código de Comercio Terrestre.

Sin embargo, sólo hasta el año 1995 se logró captar la atención del cuerpo legislativo y proceder al estudio de un proyecto de ley a través del cual se estableciera un régimen diferente para el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, que estuviera más acorde con la práctica aseguradora. Así, de un sistema en virtud del cual el contrato se perfeccionara y probara a través de un documento llamado póliza debidamente suscrito por la aseguradora, se llegara a un sistema consensual y se diera más libertad probatoria.

de la Ley 80 de 1993, es decir, a través de una forma específica y solemne, cual es incorporar dicho contrato en un escrito.

Finalmente, esta modificación se llevó a cabo el día 24 de Julio de 1997, fecha en la que se promulgó la Ley 389 de 1997. En ella se incluyeron temas adicionales que no son materia de este trabajo y que por ello, dejaremos a un lado¹⁷⁵.

Por lo pronto, estudiaremos brevemente la evolución de la Ley 389 de 1997 en su tránsito por el Congreso de la República.

3.3.1. Proyecto de Ley 65 de 1995. Senado de la República de Colombia. El ponente de este proyecto de ley, fue el senador Parmenio Cuéllar Bastidas, quien, a través de la modificación de los artículos 1036 y 1046 del actual Código de Comercio, pretendía convertir el contrato de seguro en consensual.

Aun cuando ya hemos advertido en otros apartes algunas de las motivaciones que desde años atrás se tuvieron para reformar el Código de Comercio en relación con el tema del contrato de seguro, y que en últimas son las mismas que se consideraron para la presentación de este proyecto de ley, he aquí algunas de ellas:

3.3.1.1. Motivaciones del Proyecto. Las motivaciones de este proyecto de ley cobijan múltiples aspectos, como el dinamismo propio de los esquemas comerciales; la protección a la que se consideraba la parte más débil en la relación contractual aseguradora, ante abusos de posición dominante, ya que el régimen vigente podía dar cabida para evadir el

¹⁷⁵ Ellos son la autorización para el uso de redes de establecimientos de créditos a las compañías e intermediarios de seguros y capitalizadoras para la colocación de sus productos en forma masiva bajo unas reglas establecidas, operación conocida como bancaseguros (artículos 5 y 6) y la autorización para que en los seguros de Infidelidad y Riesgos Financieros y en los seguros de

pago de una reclamación alegando la inexistencia del contrato por falta del cumplimiento en la solemnidad; la circunstancia práctica en la que se encontraban envueltas las aseguradoras, quienes, ejecutando una conducta contra legem, otorgaban amparos telefónicos.

Algunas de ellas merecen especial comentario y que por ello las desarrollaremos a continuación:

3.3.1.1.1. Abolición de conductas consideradas como abuso de la posición dominante. Continuando con la intención de hacer cada vez más transparentes las relaciones jurídicas propias del sector asegurador, cuyos primeros e importantes pasos se realizaron con la Ley 45 de 1990 respecto de los aseguradores entre sí, la Ley 389 de 1997 tuvo como motivación principal el trasladar la transparencia también hacia el otro extremo de la relación cual era el tomador del seguro.

En efecto, el ponente del proyecto de ley consideraba que el tomador asegurado era la parte débil en la relación contractual asegurativa porque “no tiene derecho a discutir las cláusulas de la convención y, más aún, en muchos casos, después de haber pagado la prima a la Compañía de Seguros, o a sus representantes, ve burlados sus derechos por aseguradoras inescrupulosas que se amparan en la no expedición de la póliza para negarse a cumplir sus obligaciones”¹⁷⁶.

Responsabilidad se otorgaran coberturas por descubrimiento, también conocidas como Claims made (artículo 4) .

Con esta consideración en mente, en el texto del proyecto de ley propuesto, incluyó salvaguardas al asegurado consistentes en que las obligaciones al contrato surgirían a la vida jurídica desde el mismo momento en que se obtuviera el acuerdo verbal o escrito, sin requerirse póliza para tal menester.

En apartes anteriores hemos mencionado que la palabra empeñada por las Compañías de Seguros es casi sagrada, y que la buena fe es un principio supremo del contrato de seguro, razón por la cual, a pesar de que reconocemos el comportamiento aislado de algunas aseguradoras en contra de los asegurados, no consideramos que el comportamiento generalizado de las mismas sea el de defraudar a sus clientes y objetar el pago de la reclamación con base en la no expedición de las pólizas, así que, además de que dicho comportamiento no puede generalizarse, a nuestro juicio, mucho menos podría esgrimirse como motivación válida para esta reforma.

Sin embargo, tratadistas de la talla del doctor López Blanco reconocen esta situación como cierta y encuentran en ella una motivación para buscar la reforma de la regulación referente al contrato de seguro¹⁷⁷.

3.3.1.1.2. Agilidad en la celebración de negocios comerciales. Una segunda motivación que sí compartimos con el Senador Ponente se refiere a “la imperiosa necesidad de adecuar el contrato de seguro a la realidad mercantil cotidiana, caracterizada por su

¹⁷⁶ Exposición de Motivos, p. 10.

¹⁷⁷ No obstante, la ejecución de la práctica que tuvo el contrato de seguro en las últimas décadas sobre la base de promoverlo como si fuera contrato consensual para luego, amparándose en el requisito de la solemnidad eludir responsabilidades y, de manera muy especial, la ardua controversia existente entre acerca de cuál era la solemnidad requerida para su perfeccionamiento, llevan a que sopesando lo sucedido, en verdad, se muestre más adecuada para la regulación actual del contrato darle la característica de la consensualidad. Máxime si, como lo demostraremos adelante, dentro de las situaciones paradójicas tan propias de Colombia, mientras el contrato fue

celeridad y agilidad. Con esta reforma se busca plasmar de manera legislativa aquella costumbre reiterada de la contratación desformalizada de seguros que se efectúa mediante la utilización de avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, telex, fax, etc”¹⁷⁸.

3.3.1.1.3. Legalización de costumbre contralegem. “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta ó tácitamente (...)”¹⁷⁹. De ello se colige que es una costumbre contralegem aquella que contaría manifiesta ó tácitamente la ley comercial, y por tanto, carece de autoridad.

Justamente una conducta contralegem es la que se presentaba en el negocio asegurador: Las aseguradoras, a pesar de que el artículo 1036 del Código de Comercio establecía que el contrato de seguro se perfeccionaba con la suscripción de la póliza, de manera pública, uniforme y reiterada; afirmaba a sus clientes de manera verbal, ya fuera personal ó telefónicamente, que desde ese mismo momento se otorgaba cobertura a los riesgos, así la póliza no fuera suscrita.

El gran riesgo que se presentaba en esta costumbre estaba en que los prospectos asegurados confiaban en la palabra del asegurador y creían tener la cobertura, cuando en estricto sentido y dando cumplimiento a las normas comerciales sobre la materia, en realidad carecían de ella.

solemne se le trabajó como consensual, ahora que se tornó consensual, no tendremos la menor duda, se le trabajará ¡¡como solemne!!”. LÓPEZ . Op. Cit., 1999, p. 32.

¹⁷⁸ Proyecto de Ley No. 65. Op. Cit., p.3.

¹⁷⁹ Artículo 3 del Código de Comercio.

Esta práctica entonces, se vería legitimada con una reforma a las normas pertinentes sobre el perfeccionamiento del contrato de seguro, ya que con la consensualidad, dichas manifestaciones verbales por parte de la aseguradora, así no hubiera suscripción de la póliza, perfeccionarían el contrato.

Finalmente, debemos mencionar que, a pesar de que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley no se encuentra un capítulo en el que se expliquen detalladamente los fundamentos jurídicos de la reforma, se hace mención a los principios de la autonomía de la voluntad privada, buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, la amplitud probatoria y la libertad de forma en el perfeccionamiento de los contratos, conceptos que fueron analizados en los dos primeros capítulos de este Trabajo.

3.3.1.2. Sobre el perfeccionamiento del contrato de seguro. Luego de analizar las motivaciones de la reforma, debemos estudiar la propuesta regulatoria en sí. Se pretendía la reforma de los siguientes artículos:

“Artículo 1 del Proyecto de Ley. El artículo 1036 del Código de Comercio quedará así: El seguro es un contrato **consensual**, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. **Por lo tanto los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y del asegurado surgen desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza.**

Parágrafo: Se tendrán como estipulaciones generales del contrato, en los caso que no aparezcan expresamente acordadas, las de la póliza y/o anexo

autorizados o aprobados para el asegurador por la competente autoridad administrativa, según la modalidad del contrato y riesgo asegurable, salvo las respectivas exclusiones”¹⁸⁰. (Resaltado nuestro).

En este primer artículo, se proponía tajantemente la modificación del esquema de perfeccionamiento del contrato, es decir, la adopción de un esquema de libertad de forma para la contratación de seguro. Por ello, al señalar las características del contrato, se le estimaba como consensual.

En el inciso siguiente, se profundizaba el entendimiento de la característica de la consensualidad, mencionando que el contrato se perfeccionaba desde el momento en que coincidieran las voluntades de las partes, y se insistía en que las obligaciones a las partes surgían desde ese momento, incluso antes de que se hubiera suscrito la póliza.

A pesar de lo reiterativa que pudiera parecer la redacción del artículo, la encontrábamos aceptable, toda vez que liberaba de toda duda sobre la materia el carácter consensual del contrato.

En el proyecto en comento, se mantenía la referencia a la póliza de seguro, así que podría considerarse que dicho escrito seguía siendo reconocido por el ponente, como instrumento contentivo y probatorio del contrato, aun cuando se eliminaba la condición constitutiva del mismo.

¹⁸⁰ Proyecto de Ley número 65 del Senado de la República de Colombia. Senador ponente. Dr. Parmenio Cuéllar Bastidas”.

3.3.1.3. Sobre la prueba del contrato de seguro. En cuanto a los medios probatorios del contrato de seguro, y ante la falta de necesidad de la póliza como documento escrito constitutivo del mismo, el proyecto de ley contenía la siguiente disposición:

“Artículo 2. El artículo 1046 del Código de Comercio quedará así: **Son admisibles todos los medios de prueba para demostrar la existencia y condiciones del contrato de seguro.**

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original al tomador, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denominará póliza, el cual deberá ser redactado en castellano y firmarse por el asegurador.

Parágrafo: El asegurador también está obligado a librar a petición y a costa del tomador o del asegurado, duplicados o copias de la póliza”¹⁸¹. (Resaltado nuestro).

Con respecto a este artículo, es pertinente mencionar que, de acuerdo con la nueva característica del contrato de seguro que lo hace consensual, se otorgaba a las partes libertad para acudir a los diferentes medios probatorios permitidos por las normas procesales, para demostrar la existencia y condiciones del contrato.

A pesar de lo anterior y como lo mencionamos en pasadas oportunidades, el ponente del proyecto no descartaba la posibilidad de que las partes utilizaran la póliza como prueba

ideal e idónea a través de la cual se pudiera dar fe de la existencia del contrato, en tanto que mantiene su calidad de documento escrito. Por eso, se mantenía la obligación de que ella fuera entregada al tomador dentro de los cinco (5) días siguientes al momento de celebración del contrato y los requerimientos de ser redactada en idioma castellano y ser firmada por el asegurador.

Se mantenía la póliza como medio probatorio por excelencia del contrato de seguro; pero si ella faltara, las partes podrían acceder a cualquier medio probatorio (documento, testimonio, interrogatorio de parte, confesión, etc) para demostrar la existencia del contrato.

Ahora bien, y una vez probada la existencia del contrato a través de cualquier medio probatorio antes enumerados, ante el problema que podría presentarse por la ausencia de un clausulado con el cual las partes pudieran determinar el contenido de los derechos y deberes de cada una de ellas, se proponía que las condiciones generales del contrato de seguro fueran las aprobadas por la autoridad administrativa competente para cada uno de los amparos, y por tanto, las llamadas a regular la relación particular entre las partes. Esta sería una disposición supletiva a la que se acudiría sólo en caso de que no se hubiera emitido un escrito (sea o no la póliza) en el que hayan quedado plasmadas las condiciones propias del negocio.

En conclusión, una vez demostrada la existencia del contrato de conformidad con cualquiera de los medios de prueba permitidos por las normas de procedimiento civil, y ante la imposibilidad de demostrar las condiciones del mismo, se tendría que acudir a las

¹⁸¹ *Ibíd.*

condiciones generales del amparo respectivo que hubiera sido registrado en la Superintendencia Bancaria.

Sin embargo, el proyecto sufrió otras modificaciones en su paso por las diferentes Cámaras del Congreso, he aquí algunas de las modificaciones sustanciales:

3.3.2. Modificaciones al Proyecto de Ley 65 de 1995, durante los debates de Senado y Cámara. Durante los debates que cualquier proyecto de ley debe adelantar en el seno de ambas corporaciones del Congreso de la República, se tuvo la oportunidad de analizar en forma detallada el régimen probatorio del contrato de seguro.

En efecto, tanto en la Cámara como en el Senado se encontraba procedente la reforma del contrato en cuanto a su perfeccionamiento, pero se presentaron ciertos reproches frente a la amplitud en el régimen probatorio del mismo.

Durante los debates en el Senado, el proyecto de Ley sufre una de sus principales modificaciones. En aras de preservar la seguridad jurídica y con el objeto de evitar que se pudieran utilizar testimonios o simples indicios, se consideró prudente limitar el régimen probatorio del contrato de seguro. En efecto, se consideró que dichos medios probatorios podrían ser fácilmente falseados, mientras que las consecuencias que ello generaría serían de inusitadas dimensiones, sobre todo en materia de fraude.

Se adoptó el sistema utilizado en otros países como México, Argentina y Bolivia¹⁸², en los que el contrato de seguro sólo puede probarse a través de medios como los escritos y la confesión.

La redacción final de los artículos respectivos del proyecto de ley es la siguiente:

“Artículo 1 del Proyecto de Ley. El artículo 1036 del Código de Comercio quedará así: El seguro es un contrato **consensual**, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. (Resaltado nuestro).

Artículo 2 del Proyecto de Ley. El Parágrafo del artículo 1047 quedará así: : Se tendrán como estipulaciones generales del contrato, en los casos que no aparezcan expresamente acordadas, aquellas de la póliza o anexo que emplee el asegurador habitualmente con carácter general, según la modalidad del contrato y riesgo asegurable.

Se elimina entonces el parágrafo del artículo 1036 que aparecía en el proyecto inicial de reforma, por considerar que era en el artículo 1047 que trataba sobre el contenido de la póliza, el lugar apropiado para regular el caso particular cuando se carecía de ella.

Artículo 3. El artículo 1046 del Código de Comercio quedará así: **El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.**

¹⁸² En el capítulo quinto de este Trabajo se encontrará un análisis más detallado de los sistemas de perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro en otras legislaciones del mundo y en especial, las que sirvieron de fuente de inspiración para la redacción de las normas colombianas, actualmente vigentes.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los **quince (15)** días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el cual deberá ser redactado en castellano y firmarse por el asegurador. (Resaltado nuestro).

Parágrafo: El asegurador también está obligado a librar a petición y a costa del tomador o del asegurado, duplicados o copias de la póliza.

Como lo comentábamos, en este artículo es en el que se plasman los mayores cambios, ya que se limitan los medios probatorios del contrato de seguro al escrito y la confesión. Se amplía también, el plazo que tiene la aseguradora para entregar la póliza al tomador de 5 – 15 días.

Adicionalmente, se incluyen nuevos artículos al proyecto de ley, con los que se pretende regular el sistema de bancaseguros, y se autoriza el otorgamiento de coberturas por descubrimiento o “Claims Made” en los seguros de los seguros de Infidelidad y Riesgos Financieros y en los seguros de Responsabilidad Civil¹⁸³. Estos dos temas, por no ser materia de este Trabajo, no tendrán más que la anterior mención.

¹⁸³ Estos temas se regularon en los siguientes artículos de la Ley 389 de 1997:

Artículo 4: “En el seguro de manejo y riesgo financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Parágrafo: El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten”.

Artículo 5: “Las entidades aseguradoras, las sociedades de capitalización y los intermediarios de seguros podrán, mediante contrato remunerado, utilizar la red de los establecimientos de crédito

Valga la pena destacar que, durante el primer debate en el Senado, se omitió la disposición en virtud de la cual, ante la ausencia de un clausulado general con base en el cual se pudieran determinar las condiciones de negociación de la póliza, se acudiera a las que se habían registrado ante la autoridad administrativa competente, es decir, la Superintendencia Bancaria. En este caso, se acudiría, a las que el asegurador utilizara de manera habitual.

En el segundo debate en el Senado, vuelve a incluirse otra modificación al párrafo del artículo 1047 del Código de Comercio. Allí, con base en lo dispuesto en la Ley 45 de 1990, se ordena que “en los casos en que no sean expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador **haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo**”. (Resaltado nuestro).

para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo responsabilidad de esta última.

Para tal efecto, la entidad usuaria de la red deberá adoptar las medidas necesarias para que el público la identifique claramente como una persona jurídica distinta y autónoma del establecimiento de crédito cuya red utiliza, y cumplir con las demás condiciones que señale la Superintendencia Bancaria con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación.

Forman parte de la red, entre otros, las oficinas, los empleados, y los sistemas de información de los establecimientos de crédito.

Parágrafo 1: La modalidad de uso de red que prevé el artículo 93 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero continuará vigente.

Parágrafo 2: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, el Gobierno Nacional podrá, en forma general o específica extender lo dispuesto a otros productos y servicios de las entidades vigiladas por la Superintendencia de Valores”.

Artículo 6: “Se consideran idóneos para su comercialización mediante el mecanismo al que se refiere el artículo 5 de esta ley, exclusivamente aquellos ramos de seguros que previa autorización general del Gobierno Nacional cumplan con las características de universalidad, sencillez y estandarización, sean susceptibles de comercialización masiva por no exigir condiciones específicas en relación con las personas o intereses asegurables, según el caso, distintas de los principales elementos considerados para asumir los riesgos propios del amparo de la póliza”.

En efecto, la Ley 45 de 1990 otorgó libertad a las aseguradoras para comercializar sin autorización previa pólizas y tarifas, situación que antes de dicha norma, se encontraba altamente controlada por la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior se reglamentó a través del artículo 184 del estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el que se establece que “los modelos de las pólizas y tarifas no requerirán de autorización previa por parte de la Superintendencia Bancaria. En todo caso, deberán ponerse a disposición de dicho organismo antes de su utilización, en la forma y con la antelación que se determine con carácter general”.

Posteriormente, la Superintendencia Bancaria incluyó dentro de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 07 de 1996) el deber de las aseguradoras de “remitir la póliza, anexos y certificados del producto que pretenda explotar (...)”¹⁸⁴. Así, la Superintendencia Bancaria ha podido crear un amplio archivo en el que reposan las condiciones generales de los contratos que todas las aseguradoras comercializan, archivo que en la actualidad, tendrá mayor utilidad toda vez que a él se acudirá cuando en un negocio particular no se haya expedido la póliza, siendo las condiciones generales de la póliza depositada la que regulará dicha relación asegurativa particular.

Adicionalmente, se incluye la siguiente disposición en el artículo 1046 del Código de

¹⁸⁴ Numeral 5 del Capítulo II del Título VI de la Circular Básica Jurídica.

Comercio, antes del párrafo: **“La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.”** (Resaltado nuestro).

Ya en la Cámara de Representantes, el proyecto de ley quedó radicado con el número 236 de 1996 y como ponente el Representante Raúl Rueda Maldonado, sin que sufriera modificaciones, ó por lo menos, la parte que incumbe a nuestro estudio. El segundo debate en Cámara se dio luego de que el proyecto se recibiera en la Secretaría el día 6 de Junio de 1997.

El texto, como lo conocemos actualmente, fue publicado en la Gaceta del Congreso del 12 de Junio de 1997 y su promulgación el día 24 de julio de 1997.

3.4. VIGENCIA DE LA LEY

Al estudiar el tema de la vigencia de la Ley 389, debemos hacer referencia precisa a lo establecido por el mismo artículo 8, en el que se establece que “los artículos 1, 2 y 3 regirán a partir de los seis meses siguientes a su promulgación”.

La promulgación de dicha Ley ocurrió el 24 de Julio del año 1997 al ser publicada en el diario oficial No. 43091 de esa fecha, así que la vigencia de la ley respecto del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro se inicia el día 24 de enero de 1998.

3.5. ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES

El texto final de los artículos 1036, 1046 y 1047, respecto del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguros, son los siguientes:

Artículo 1036: “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Parágrafo del artículo 1047: “En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato, aquella de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

Artículo 1046: “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

Parágrafo: El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario, duplicados o copias de la póliza”.

3.5.1. Perfeccionamiento del contrato de seguro. La consagración legal del contrato de seguro como consensual, dejando atrás la solemnidad como mecanismo para el perfeccionamiento del mismo, genera como consecuencia, el hecho de que éste pueda nacer a la vida jurídica a través de una forma libre, es decir, por el simple acuerdo de voluntades entre las partes, sin que sea requiera de una forma preestablecida para su manifestación.

El alcance obvio de esta condición, es que el contrato se forme con el acuerdo de voluntades y devenga perfecto desde que las partes lleguen a un acuerdo sobre los elementos esenciales del mismo, cuales son, el riesgo asegurable, el interés asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador, según lo establece el artículo 1045 del Código de Comercio. La sanción otorgada en el mismo artículo a la falta de acuerdo sobre alguno de estos elementos esenciales, será la “no producción de efectos”.

Revisados estos conceptos, es procedente estudiar el tema mismo de la conclusión del contrato de seguro.

3.5.1.1. Iter Contractus del Seguro después de la Ley 389 de 1997. A pesar de que la Ley 389 de 1997 presenta grandes cambios en cuanto a la forma en que se perfecciona el contrato de seguro, el camino negocial que se sigue antes de su perfeccionamiento es similar al que se estudió anteriormente.

En efecto, durante las tratativas del negocio, aun cuando las partes tienen la intención de celebrar el contrato de seguro (el tomador tiene interés en trasladar su riesgo a un tercero,

y el asegurador por su parte, en desarrollo del objeto social que le es propio, buscaría la celebración del contrato), no existe un interés particular de celebrar el contrato de seguro con una determinada persona, ni se conoce con exactitud el estado del riesgo a asumir.

El prospecto tomador simplemente se encuentra evaluando las condiciones del mercado y sólo formalizará su intención de celebrar un negocio determinado con un asegurador específico, al momento de emitir la solicitud de seguro respectiva.

El acto jurídico de oferta del contrato consiste en la manifestación del tomador dirigida a un asegurador de solicitar el seguro. Sólo en este momento se concreta las condiciones de negociación en cuanto a que se determina con claridad que el tomador tiene la intención de celebrar el contrato con un asegurador en particular y por ello, suministra información detallada sobre el riesgo y cumple con la obligación precontractual de declarar el estado del mismo determinada en el artículo 1058 del Código de Comercio.

Con base en la información plasmada en la solicitud, el asegurador podrá incluso, exigir una o varias garantías¹⁸⁵, las cuales deberán cumplirse antes de la celebración del contrato ó durante su ejecución, dependiendo de la forma en que hayan sido pactadas. Las sanciones al incumplimiento de dichas obligaciones precontractuales son incluso, entre otras, la posibilidad de que el contrato sea declarado nulo relativamente, ya que

¹⁸⁵ Los artículos 1061 del Código de Comercio y el 1062 regulan el tema de las garantías en el contrato de seguro. El primero de ellos menciona textualmente lo siguiente: "Se entenderá por garantías la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción".

dicha actitud se interpreta como un error que vicia el consentimiento respecto de la manifestación de la aseguradora¹⁸⁶. “Lo anterior muestra la importancia de que la solicitud sea escrita y lo más explícita que sea posible”¹⁸⁷.

En cuanto a la aceptación del contrato, ella debe ser emitida por el asegurador. Sin embargo, la Ley 389 de 1997 trae grandes cambios, ya que permite que esta voluntad sea manifestada por la aseguradora de manera libre, es decir, a través de un escrito o de una expresión verbal, y no a través de la suscripción de la póliza, acto solemne antes consagrado por el Código de Comercio¹⁸⁸.

Así, “salvo que las partes no lo estructuren de otra forma, el contrato de seguro es consensual, (...) si las partes no subordinan la existencia misma del seguro a la redacción del documento (contrato formal) o al pago de la prima única o primera prima (contrato en forma real), el contrato se forma con la simple coincidencia de la voluntad de una parte (proposición) y la declaración de la voluntad de la otra (aceptación)¹⁸⁹”. Por ello, se dice que es un contrato de forma libre.

En conclusión, y de acuerdo con nuestra posición esgrimida en apartes anteriores, la oferta sólo se presentará cuando el tomador solicite el seguro al asegurador y el contrato se perfeccionará con la aceptación de ésta por parte del asegurador, sin importar la forma

¹⁸⁶ PICARD, Maurice y BESSON, André. Les Assurance Terrestres en Droit Francais, Tome 1. París: 1964, p. 72.

¹⁸⁷ ZULETA, Op. Cit., p. 16.

¹⁸⁸ Es pertinente recordar lo ya comentado en otros capítulos de este Trabajo sobre los contratos consensuales y para ello, citamos la siguiente afirmación del profesor MESSINEO: “Adviértase que es contrato consensual, no solo aquel para el que se necesita el consentimiento (en verdad, el consentimiento se necesita para todo contrato) sino aquel para el cual, el consentimiento, siempre necesario, es también suficiente. Contrato consensual es aquel para el cual el consentimiento basta para perfeccionarlo”. Citado por RUIZ RUEDA, Luis. El contrato de seguro. México :Editorial Porrúa, 1978., p.79.

¹⁸⁹ DONATI, Op. Cit. p. 250.

en que se manifieste dicha voluntad. El que se recoja dicho acuerdo en un escrito, simplemente brinda un medio probatorio al contrato, pero no determina su existencia, por eso, la aceptación al mismo podría realizarse a través de un telegrama, de una nota de cobertura, ó de una simple carta, así lo menciona Picard y Besson en su obra, ya citada en este trabajo¹⁹⁰.

Nos podríamos preguntar si el silencio del asegurador ante la propuesta efectuada por el tomador se puede considerar como aceptación de la oferta; tratadistas de la talla de Halperin¹⁹¹ y Ruben Stiglitz han respondido a ello negativamente. Para el último de ellos, “el silencio, o la abstención a responder, no puede constituir una manifestación de voluntad, (...), importará rechazo de la propuesta”¹⁹². Bajo las normas colombianas del Código de Comercio, esta negativa también tiene sustento, en efecto, en él se reconoce la aceptación tácita del contrato en el artículo 854, entendida ésta como el “hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto”; mas el silencio respecto de la misma, dentro de los términos fijados por las partes o por la ley, implicará la caducidad de la misma¹⁹³.

Ahora bien, como lo veíamos en el capítulo segundo de este Trabajo, la aceptación que emita el asegurador a la oferta del tomador debe ser simple, es decir, no debe estar sujeta a condición alguna, ya que de lo contrario, estaríamos en presencia de una contraoferta precontractual, que requeriría de la aceptación del inicial proponente, es decir, del

¹⁹⁰ PICARD Y BESSON, Op. Cit., p. 75.

¹⁹¹ Para Halperin, el asegurador no está obligado a comunicar su negativa de aceptar la oferta. HALPERIN, Isaac. Seguros Exposición crítica de la Ley 17418 y 20091. Buenos Aires: Segunda Edición, Ediciones Depalma, 1986, p.141.

¹⁹² STIGLITZ, Rubén. Seguros y Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p.189.

¹⁹³ Ver Capítulo 2 de este Trabajo, sobre Formación de los contratos.

tomador, para que, con el consentimiento de ambas partes, pueda surgir el contrato. Así lo estima el artículo 855 del Código de Comercio colombiano.

Igualmente, se requiere que la aceptación sea emitida por los representantes legales de la sociedad¹⁹⁴ ó las personas a quienes dichos representantes han delegado esa facultad ó quienes, a pesar de que no se les ha otorgado representación, podrían ser considerados como representantes aparentes de ellos, según lo mencionamos anteriormente¹⁹⁵.

Recordemos que este fenómeno de la representación aparente se presenta como “consecuencia de un hecho notorio que señalan justamente Picard y Besson y que consiste en que el público ignora tales limitaciones, por lo cual la actuación (...) obliga al asegurador en función de la noción de apariencia, toda vez que los terceros pueden razonablemente creer que aquél tenía la calidad para obrar en nombre del asegurador aunque en los hechos él ha excedido esos poderes o haya hecho al contratante falsas afirmaciones (...). Justamente la apariencia de un poder o la representación y la buena fe del tercero dan sustento y legitimidad al acto que el representante aparente realiza en nombre de otro y en la esfera jurídica ajena”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Ostentan dicha calidad tanto los representantes legales de la sociedad, debidamente nombrados y posesionados ante la Superintendencia Bancaria, como los representantes legales de la sucursal, cuyo nombramiento se hará constar en el Certificado de Existencia y Representación de la sucursal que es emitido por la Cámara de Comercio en cada ciudad.

¹⁹⁵ Para mayores detalles ver página 99 del presente Trabajo.

¹⁹⁶ STIGLITZ, Op. Cit., p. 200.

Al respecto y por la dinámica comercial, es pertinente resaltar la condición de las Agencias Colocadoras, Agentes de seguros y Corredores de seguros respecto a su capacidad para representar a la aseguradora en la realización de ofertas o incluso, en la manifestación de aceptación del contrato de seguro.

En efecto, de lo que se desprende de la lectura de los artículos 41 numeral 2 y 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es la facultad de las Agencias y Agentes para representar a las aseguradoras para “promover la celebración de contratos de seguros” y no para la celebración de los mismos, como podría también interpretarse.

Ahora bien, bajo el régimen anterior, existía cierta protección para las aseguradoras a ese respecto, toda vez que, sólo con la suscripción de la póliza se podía aceptar el seguro, de manera que, la falta de claridad respecto de las facultades de las Agencias y Agentes Independientes para aceptar el negocio en nombre de la Compañía, no generaba mayores riesgos.

En la actualidad, con la consensualidad en el contrato de seguro, el considerar que dicha facultad de representación¹⁹⁷ se extiende no solo a la promoción de los negocios sino también a su aceptación, sería tanto como validar el hecho de que los agentes y agencias pudieran celebrar contratos de seguros, circunstancia que a todas luces sería ilegal. Por ello consideramos que, en tanto que estos organismos, salvo pacto expreso entre ellas y las aseguradoras en ese sentido, carecen de la facultad para obligar a la aseguradora, sus ofertas no comprometen a las aseguradoras.

¹⁹⁷ Para el profesor Efrén Ossa, la facultad de promoción en la celebración de contratos, tal como lo establecen los artículos respectivos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano, “...no envuelve la de celebrar el contrato mismo de seguro, en por ende, la de vincular ipso facto a

Consideramos acertada la recomendación que al respecto emitió el Comité Jurídico de Fasecolda y que fue difundida a todas las compañías afiliadas a través de la Circular de Presidencia 019 de 1998, en el siguiente sentido “con el ánimo de que exista claridad al respecto a las facultades de los intermediarios de seguros en esta materia, podrían las Juntas Directivas de las Compañías de Seguros, en forma general, determinar dichas facultades” y registrar las actas en que se consigne la decisión en las Cámaras de Comercio, con el objeto de dar publicidad a la decisión.

Respecto de los agentes dependientes, la facultad de representación o no, se encuentra consignada en el contrato laboral que lo vincula a la aseguradora, y en caso de que así haya quedado consignada, las ofertas por ellos emitidas comprometen a la aseguradora.

Finalmente, el tema de la representación de la aseguradora a través de los Corredores de Seguros no ofrece complicación alguna, toda vez que dentro de sus facultades propias no se encuentra la de “representar” a las partes en la relación asegurativa, y su función es simplemente la de “poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren el negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relación de colaboración, dependencia, mandato ó representación”¹⁹⁸, así que sus propuestas, en principio, no comprometen a una u otra parte; salvo que exista un acto a través del cual se le confiera

la entidad presuntamente representada”, citado en la Circular de Presidencia de Fasecolda No. 019, del 27 de enero de 1998.

¹⁹⁸ Así lo menciona el artículo 1340 del Código de Comercio.

un poder expreso de representación ó se presente una situación particular en la que alguna de las partes pudiera alegar la existencia de una representación aparente.

3.5.1.2. Implicaciones e inquietudes que surgen con la Reforma. El mecanismo de la suscripción de la póliza como medio a través del cual se perfeccionara el contrato de seguro permitía tener certeza sobre las condiciones del contrato, y adicionalmente la póliza misma se convertía en el único medio probatorio del mismo. Con base en dichas consideraciones, se redactaron la totalidad de las normas que regulan el contrato de seguro en el Código de Comercio.

Sin embargo, hoy por hoy, cuando el contrato puede ser perfeccionado a través de una manifestación verbal, surgen varias inquietudes jurídicas y por consiguiente, prácticas. Algunas de ellas se refieren a la vigencia de normas que, aun cuando no se refieren a la forma de perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, se relacionan con ella, en tanto que hacen parte de un esquema regulatorio integral y por tanto, pudieron haber sido modificadas por la citada Ley 389 de 1997, así fuera tácitamente¹⁹⁹.

Otras inquietudes, hacen parte de vacíos dejados por la Ley 389 de 1997, especialmente relativas a la prueba del contrato en sí, como por ejemplo, la situación que se presenta

¹⁹⁹ Los artículos 71 y 72 del capítulo VI del Título preliminar del Código Civil y los artículos 3 y 14 de la Ley 153 de 1887 regulan la derogatoria de la Ley. A la luz de lo establecido por dichos artículos, la derogatoria expresa ocurre cuando la ley expresamente dice que deroga la antigua, mientras que la derogatoria tácita ocurre cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior.

El artículo 8 de la Ley 389 de 1997, al mencionar que “Esta ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias (...)”, claramente derogó los artículos 1036, 1046 y el parágrafo del artículo 1047 del Código de Comercio, ahora, nos dedicaremos a estudiar cuáles otros artículos pudieron ser

cuando el escrito expedido por la aseguradora no refleja el acuerdo verbal de las partes. Sin embargo, ésta y las demás inquietudes que surjan del aspecto probatorio se analizarán posteriormente.

Sobre algunas de estas inquietudes podremos exponer nuestra opinión, sobre otras, simplemente debemos manifestar que nuestra legislación ha dejado vacíos y que por lo tanto, debemos acudir nuevamente a la estricta buena fe sobre la cual parte la celebración del contrato de seguro. Debemos mencionar que para el momento en que se redactó este Trabajo de Grado, no existían muchos libros o documentos que consultar sobre el particular redactados por autores colombianos, así que parte de las conclusiones a que se lleguen son fruto de las disquisiciones propias.

Iniciemos entonces, con las inquietudes relativas al perfeccionamiento del contrato:

3.5.1.2.1. Momento en el que se perfecciona el contrato. Como lo mencionábamos en otros capítulos, la importancia en la determinación de la forma de perfeccionar el contrato se encuentra en que ella determina el momento y el lugar en el que se generan los efectos jurídicos del mismo.

Cuando la aceptación del contrato se produce a través de un medio oral, recordemos que de acuerdo con el Código de Comercio (artículo 850, 853 y 864) el contrato surge a la vida jurídica en ese mismo momento y por lo tanto, también los principales efectos jurídicos de

derogados tácitamente por ser contrarios a las disposiciones que contienen los artículos 1,2,y 3 de la Ley 389 de 1997, vigente en la actualidad.

éste. Sin lugar a dudas los efectos jurídicos más importantes de este contrato son por un lado, el inicio de la asunción del riesgo por parte de la aseguradora, y por el otro, el pago de la prima.

En cuanto al inicio de la asunción del riesgo por parte de la aseguradora, debemos mencionar que, en principio, ella comienza desde el momento en que se perfecciona el contrato; sin embargo, las partes pueden establecer que una fecha y hora cierta posterior, caso en el cual, será ésta y no otra la llamada a operar. En efecto, en este último caso, las partes han fijado un término cierto de inicio de los efectos del contrato, que prevalecerá sobre cualquier consideración legal.

Ahora bien, es pertinente precisar que, si las partes no establecen una hora exacta de inicio de la cobertura, mantiene su aplicabilidad el artículo 1057 del Código de Comercio que menciona que “(...) los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato”. En efecto, este artículo no hace referencia a cómo se perfecciona el contrato, simplemente al momento de este hecho, así que, una vez perfeccionado el contrato de manera verbal, la aseguradora asumirá el riesgo a la hora veinticuatro de ese día.

3.5.1.2.2. Seguro por cuenta de un tercero. El artículo 1040 del Código de Comercio establece que “el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero”. Bajo el régimen anterior esta norma tenía plena concordancia, toda vez que sólo en la póliza, documento constitutivo y probatorio del contrato, era pertinente efectuar este tipo de anotaciones.

En la actualidad, en tanto que el contrato puede perfeccionarse verbalmente y se admiten como pruebas del mismo, el escrito y la confesión, consideramos que la situación del seguro por cuenta de un tercero también debería ser objeto de prueba a través de cualquier escrito con vocación probatoria del contrato mismo, al igual que a través de la confesión.

Afirmar que sólo en la póliza pudiera consagrarse esta condición, a pesar de que pudiera tener sustento en el hecho de que por ministerio de la propia Ley 389 de 1997 se mantiene la obligación de entregar la póliza al tomador, sería dejar sin efecto tan necesaria previsión, toda vez que es posible que se incumpla con dicha obligación de entrega de la póliza, y que sin embargo, se haya perfeccionado un contrato de seguro bajo estas condiciones.

Por ello, creemos que este artículo ha de considerarse modificado tácitamente por la Ley 389 de 1997, en el sentido de que la condición de que el seguro se haya contratado por cuenta de un tercero también podría ser acreditada a través de un escrito diverso a la póliza pero que mantenga su vocación probatoria respecto del contrato, al igual que a través de la confesión.

3.5.1.2.3. Pago de la prima. En cuanto a la obligación del tomador de pagar la prima, la reforma crea una discusión: El artículo 1066 del Código de Comercio (reformado por el artículo 81 de la Ley 45 de 1990) establece que "(...) salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza, o si fuere el caso, de los certificados o anexos que se

expidan con fundamento en ella". Igual que en apartes anteriores, esta consideración ofrecía absoluta claridad, en tanto que sólo cuando se suscribiera la póliza, se entendía perfecto el contrato y por tanto, surgían sus efectos, uno de ellos, la entrega de la póliza dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición (artículo 1046 del C. Co). Así las cosas, el plazo que tenía el tomador para el pago de la prima estaba determinado por la agilidad de la aseguradora en los procesos de entrega de la misma. Incluso, era correlativo el tiempo que ambas partes del contrato tenían para el cumplimiento de sus obligaciones: El inicio de la cobertura por parte del asegurador, y tiempo después, el pago de la prima por parte del tomador.

Para el doctor Hernán Fabio López, el plazo legal para el pago de la prima sigue siendo el mismo que se estableció antes de la reforma, ya que el artículo 1066 del Código de Comercio no fue modificado por la Ley 389 de 1997. Por tanto, a pesar de que el contrato sea consensual, deberá expedirse y entregarse la póliza al tomador y entre más se tarde la aseguradora en estas actividades, más tiempo tendrá el tomador para el pago de la prima, ya que la obligación no será exigible, y por tanto, ella no podrá considerarse en mora. De la misma manera conceptuó el Comité Jurídico de Fasecolda, conclusiones que se plasmaron en la Circular de Presidencia No. 019 de 1998.

Menciona el doctor López que la interpretación de las normas en este sentido, beneficiará a tomadores, asegurados y al sector asegurador en general, quien deberá optar por mecanismos de expedición más rápidos y efectivos, para evitar que se presenten situaciones en las cuales, a pesar de perfeccionado el contrato, no se haya expedido la póliza y por lo tanto, se deba asumir un riesgo sin haber recibido la prima correspondiente.

Pero, a nuestro juicio, a la luz de las nuevas reformas, a pesar de que se mantiene la obligación de entrega de la póliza dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración (artículo 3 de la Ley 389 de 1997) ella podría al menos teóricamente no cumplirse.

Bajo la situación mencionada, ésta interpretación de las normas permitiría afirmar que sin el cumplimiento de dicha obligación, el asegurador no podría cobrar la prima, situación que obviamente, sale de los principios mismos del seguro e incluso atentaría contra el resto del grupo asegurado. En efecto, el doctor López menciona que la sanción por no entregar en tiempo la póliza al asegurado es que la prima no sea exigible al tomador hasta tanto. Pero se olvida de que el contrato de seguro es bilateral y oneroso, y que por tanto, si el asegurador asume un riesgo desde un tiempo determinado, el tomador debe pagar la prima correspondiente por dicha cobertura, y adicionalmente, que la misma Ley 389 de 1997 establece que la póliza se emite exclusivamente con fines probatorios y no constitutivos de efectos para las partes.

Recordemos que la póliza se expide únicamente “con fines probatorios” según lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio (reformado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997), y sus efectos no van más allá. Es decir, no se podría afirmar que, en tanto que no se expidió póliza, el tomador no tiene la obligación del pago de la prima. Sería absurdo pensar que un contrato de seguro perfeccionado de acuerdo con lo establecido por las normas, y probado a través de los medios legales, confesión ó escrito diferente a póliza, que obliga al asegurador a otorgar cobertura, no genere la obligación de pago de la prima a su favor.

E insistimos, que lo que se pretendía con la reforma era que los efectos del contrato de seguro surgieran desde el mismo momento en que se obtuviera la aceptación del negocio, y en particular que el amparo y protección de los riesgos de los asegurados no estuviera sujeta a la suscripción de una póliza de seguro; esto se logró al consagrar que el contrato de seguro se perfeccionara consensualmente. Pensar que la reforma buscaba aprovechar errores del asegurador para hacer más gravosa la relevante misión que cumple este sector a nivel económico y social, es inaceptable.

Adicionalmente, la misma Ley establece cómo debe procederse ante negocios en los cuales nunca se expida una póliza, justamente porque lo que se busca es la liberalización del contrato y la generación de efectos propios del mismo entre los cuales está, precisamente, la obligación del tomador de pagar la prima sin sujeciones a formalismos, y no podemos desconocer que uno de esos efectos, es precisamente, el pago de la prima. Incluso, como lo hemos mencionado reiteradamente, la Ley 389 de 1997 establece mecanismos de prueba del contrato diferentes a la póliza misma, como la confesión. Entonces, si la misma Ley regula esta circunstancia, es porque no sólo la ve posible sino legal, así que, por qué generar cargas a un acto legal? Entendiendo por carga la situación a favor del tomador mediante la cual se excusa del pago de la prima por la no entrega de la póliza?

El considerar así sea hipotéticamente, que pueda existir un contrato de seguro en el que se asume un riesgo pero no se recibe prima, es desconocer uno de los fundamentos mismos del seguro, la Ley de los Grandes Números, que se vería altamente descompensada si las aseguradoras se vieran obligadas a pagar reclamaciones sin haber

recibido las primas de los riesgos asumidos, y una de sus características legales del contrato, cual es la onerosidad²⁰⁰.

En efecto, si la prima se considera el precio o la contraprestación que paga el tomador a la aseguradora por la asunción de un riesgo, la normatividad consagrada en los antiguos artículos 1036 y 1066 del Código de Comercio era lógica y compatible, toda vez que lo único que se buscaba era dar un plazo corto para el pago de una prima, luego de que al haberse perfeccionado el contrato por la suscripción de la póliza, se estaba asumiendo el riesgo. Pero ahora, que la condición de perfeccionamiento del contrato de seguros se ha modificado, no podemos pensar que sea razonable interpretar el artículo 1066 por separado y de manera autónoma, ya que ello no conduciría a ningún efecto práctico real.

Con base en estos argumentos sistemáticos y teleológicos, y con el respeto que nos merece el doctor López, consideramos que la interpretación adecuada del artículo 1066 del Código de Comercio, nos debe conducir a afirmar que el tomador debe pagar las primas en el término establecido por la Ley, contado a partir del momento en que se perfeccione el contrato, independientemente de que se haya expedido la póliza.

3.5.1.2.4. Modificaciones y prórrogas. Recordemos que, a la luz de lo establecido en los artículos 1048 y 1049 del Código de Comercio, las modificaciones, adiciones,

²⁰⁰ Recordemos que los cálculos actuariales sobre los cuales se fundamenta el seguro tiene como función la determinación, entre otros factores, de la siniestralidad y que, en con base en dichos índices se determina cuál es la prima que ha de cobrarse individualmente para acumular un fondo común suficiente con el que se paguen los siniestros que ocurran al grupo asegurado en general. Así que, si falta prima, fallan los cálculos actuariales y por tanto, se generará la insuficiencia del fondo común con el cual han de pagarse los siniestros; situación que a su vez, puede generar

suspensiones, renovaciones y revocaciones del contrato de seguro deben consignarse en anexos escritos que hacen parte integrante de la póliza y que requieren encontrarse identificados como pertenecientes a póliza a la que acceden. Por tanto, pareciera que las modificaciones al contrato de seguro requirieran de la suscripción de dichos anexos por parte de la aseguradora para generar efectos.

Esta conclusión parecía adecuada antes de que entrara en vigencia la Ley 389 de 1997; en efecto, en tanto que el contrato de seguro era formal, sus modificaciones debían perfeccionarse de la misma manera²⁰¹.

Sin embargo, a pesar de que la Ley 389 de 1997 no hizo mención a la modificación de los artículos 1048 y 1049 del Código de Comercio y que ella sólo se refería al perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, mas no a sus modificaciones y prórrogas, el hecho de ordenar que el contrato de seguro se perfeccione consensualmente, podría alterar la situación respecto de la obligatoriedad de consignar las modificaciones contractuales en anexos escritos. Así, al determinar que el contrato de seguro sea “consensual”, forzoso será concluir que sus modificaciones también lo serán.

Consideramos adecuado el planteamiento del doctor Hernán Fabio López, quien sobre el tema en particular, en su reciente publicación afirma que “si a partir de la vigencia de la ley 389 de 1997 el contrato genera sus efectos cuando se ajusta el consentimiento, obligado es concluir que si se trata de una modificación al mismo, similar cuestión ocurre,

grandes problemas financieros para la aseguradora y para el sector asegurador en general, quien perderá credibilidad.

²⁰¹ A pesar de lo anterior, el 23 de Noviembre de 1927 la Corte Suprema de Justicia profirió un fallo, del que se concluía que las prórrogas y renovaciones del contrato podrían perfeccionarse verbalmente. Citado por OSSA, Op. Cit., 1983, p.28.

de ahí que operan desde el mismo momento en que se acuerdan, porque si el contrato es consensual, también lo podrán ser sus cambios²⁰².

El citado tratadista sin embargo, encuentra dificultades en la determinación de la prueba de dichas modificaciones. Es decir, si será necesario que ellas se prueben exclusivamente a través del escrito o la confesión, ó si por el contrario, será aceptable cualquier medio de prueba, establecido en el Código de Procedimiento.

Para los doctores Andrés Ordoñez y Hernán Fabio López, opinión que encontramos acertada, la solución a la citada dificultad es la misma: Las modificaciones podrán probarse exclusivamente a través de los medios de prueba establecidos por la Ley 389 de 1997, ya que, dicha reforma, aun cuando permitió que el contrato de seguro se perfeccionara consensualmente, buscaba cierta seguridad, de manera que los medios de prueba fueron limitados.

Así, a pesar de que la modificación al contrato de seguro genere sus efectos desde el mismo momento en que sea acordada por las partes, dichas modificaciones sólo podrían probarse a través del escrito o de la confesión.

Nosotros consideramos entonces, que las modificaciones y prórrogas al contrato de seguro a la luz de la legislación vigente, se perfeccionan de manera simple, por el solo acuerdo verbal entre las partes del mismo. Asunto diferente es el relacionado con la prueba de dichas modificaciones y prórrogas, las cuales se podrán obtener de acuerdo con los medios de prueba autorizados para el efecto, cuales son el escrito y la confesión.

²⁰² LOPEZ. Contrato de seguro. Op. Cit., p. 43.

3.5.1.2.5. Revocación del contrato de seguro. En cuanto a la revocación del contrato de seguro, podríamos tener las mismas disquisiciones que las manifestadas en el punto anterior en el sentido de considerar si ella pudiera ocurrir simplemente con el acuerdo de voluntades entre las partes, luego de que entrara en vigencia la Ley 389 de 1997.

Sin embargo, consideramos que, en tanto que el artículo 1071 en el que se establece que la notificación para el asegurador y para el asegurado sobre la revocación unilateral del contrato debe ser escrita, no fue modificado por la Ley 389 de 1997, y que, dicho artículo es de aquellos que son de imperativo cumplimiento *y sólo modificable en favor del tomador*, asegurado o beneficiario según el artículo 1162 del mismo Código, es pertinente concluir que: La revocación unilateral del contrato por parte del asegurador sólo procederá cuando se envíe un escrito al tomador en el que se manifieste dicha voluntad y que iniciará sus efectos en el momento luego de diez días de enviada la comunicación; mientras que, la revocación unilateral del contrato de seguro por parte del asegurado, y en su beneficio, podrá efectuarse verbalmente, mas la prueba de dicha manifestación sólo podrá ser el escrito o la confesión.

3.5.1.4.6. Garantías. El artículo 1061 del Código de Comercio señala que las garantías deben constar en la póliza o en documentos accesorios a ella. Al igual que en las anteriores consideraciones, esta disposición se encontraba justificada por el esquema formalista que regía al contrato de seguro en general.

A pesar de los argumentos que puedan surgir a favor del mantenimiento de dicha norma, consistentes básicamente en el hecho de que la Ley 389 de 1997 hace referencia única al

perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro y al hecho de que el artículo 1046 (reformado por la misma ley) mantiene la obligación de entregar la póliza, no encontramos sentido al hecho de que las garantías mantuvieran su regulación. Consideramos que ellas podrían constituirse consensualmente y ser objeto de prueba a través de escritos o de confesión, justamente y tal como lo hemos mencionado en oportunidades anteriores, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que, si el contrato puede perfeccionarse de manera consensual, no se entendería por qué la constitución de sus garantías, se debieran perfeccionar de manera diferente.

3.5.2. Prueba del contrato de seguro. Ahora bien, luego de analizar las modificaciones que trajo la Ley 389 de 1997 respecto del perfeccionamiento del contrato de seguro, es importante estudiar las grandes modificaciones a nivel probatorio del contrato.

Recordando nociones de derecho probatorio general, encontramos que las pruebas pueden clasificarse de varias maneras; una de ellas, en razón a la libertad o solemnidad de prueba necesaria para probar determinado acto o hecho. Al respecto, retomamos las apreciaciones del Dr. José María Esguerra Samper, quien mencionó lo siguiente: “El Juez puede quedar convencido de la verdad de un hecho litigioso a través de cualquier prueba legalmente allegada al proceso, siempre que exponga en la providencia correspondiente por qué llegó a esa convicción (prueba libre), salvo que la ley sustancial haya establecido solemnidades para el perfeccionamiento o validez del acto jurídico que debe ser demostrado, caso en el cual sólo la solemnidad misma puede acreditar su existencia (prueba solemne o requisito ad solemnitatem), o que la misma ley haya dispuesto cuál es la prueba a que necesariamente debe acudir para demostrar el hecho, (...) (requisito ad

probationem) o prueba necesaria. En ambos casos el requisito es instrumental, es decir, el escrito que la ley exige al efecto en cada caso.

De esta suerte, si el acto o hecho cuya existencia se afirma en el proceso, no requiere legalmente de una prueba específica, es decir, solemne o necesaria, para acreditar su existencia, es susceptible de prueba libre, o sea que cualquier medio de convicción analizado según las normas de la sana crítica será apto para producir certeza en el juez a cerca de su ocurrencia. Esta es la regla general según el C.P.C. En cambio, si solo puede ser demostrado con prueba que la misma ley exige, ésta queda comprendida en la denominación de prueba solemne o necesaria.”²⁰³.

Continúa el citado profesor mencionando que, de acuerdo con la clasificación de los contratos según su perfeccionamiento en consensual, real o solemne, las pruebas requeridas para probar el acto serán diferentes. Así, “por regla general los contratos son susceptibles de prueba libre; su existencia puede ser acreditada mediante cualquier elemento de convicción. (...)”²⁰⁴, al igual que en los contratos reales. Mientras que en los contratos solemnes, “la solemnidad, es decir, el requisito que la ley ha establecido para su formación, simultáneamente perfecciona y acredita el contrato”²⁰⁵.

Como lo analizábamos anteriormente²⁰⁶, la póliza, en su aspecto probatorio, obedecía a

²⁰³ ESGUERRA SAMPER, José María. Apuntes de Derecho Probatorio, Colección Profesores 6, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: Junio de 1991, p. 16.

²⁰⁴ Ibíd., p. 17.

²⁰⁵ Ibíd., p. 19.

²⁰⁶ Las afirmaciones del doctor ESGUERRA sirven de sustento para considerar que, el contrato de seguro siempre ha requerido de una prueba solemne. En efecto, como tantas veces lo hemos repetido a lo largo de este trabajo, antes de la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro era de aquellos que la doctrina clasificaba como solemne, en tanto que requería del cumplimiento de una solemnidad consistente en la suscripción de una póliza por parte del asegurador, para su perfeccionamiento; en este sentido, el contrato se probaba única y exclusivamente a través de un escrito, denominado póliza, el cual debía cumplir con unos requisitos y contener unas disposiciones

las características de ser un documento²⁰⁷ escrito²⁰⁸, privado²⁰⁹ y auténtico²¹⁰.

Con la Ley 389 de 1997, este régimen se modificó. El régimen probatorio del contrato de seguro no sigue la regla general de que este tipo de contratos se prueban de manera libre, utilizando cualquiera de los medios probatorios autorizados por la Ley²¹¹; expresamente el legislador limitó a dos medios probatorios (el escrito y la confesión) y por lo tanto, estamos en presencia de una prueba necesaria (ad probationem), como la llamaba el doctor Esguerra.

La explicación a esta restricción procesal obedece, creemos nosotros, a razones análogas

específicas. Entonces, el contrato debía ser probado a través de la típica prueba solemne definida por el citado doctor.

²⁰⁷ En efecto, según lo establece el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, se define como documento “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”, así, la póliza en sí misma considerada era un objeto mueble, dotado de corporeidad, elaborada por un sujeto y que declaraba derechos y deberes a cada una de las partes intervinientes en el contrato de seguro.

²⁰⁸ Valga la pena aclarar que los documentos no son sólo los escritos, también lo pueden ser los discos, planos, grabaciones, archivos electromagnéticos, en general todo mueble que tenga el carácter de representativo.

²⁰⁹ A su vez, el mismo artículo determina que los documentos pueden ser públicos o privados: los primeros, son los que son otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, mientras que el documento privado es aquel que es otorgado por una persona que no es funcionario público, o que no lo otorga en ejercicio de dichas funciones. En el caso mismo del contrato de seguro, nos encontramos frente a una prueba documental, escrita, y en tanto que no es otorgada por funcionario o en ejercicio de funciones públicas, se trata de un documento privado.

²¹⁰ Ahora bien, respecto del valor probatorio de dichos documentos escritos y privados, es pertinente que ella dependerá de la autenticidad de los mismos. “De manera que entre las partes y sus causahabientes el documento privado auténtico ofrece plena prueba de las declaraciones vertidas en él. En cambio, el documento privado desprovisto de autenticidad carece de eficacia probatoria, salvo que se haya suscrito ante dos testigos, caso en el cual tiene el carácter de prueba sumaria, es decir, de prueba no sujeta a contradicción, que para tener el alcance de plena prueba supone su autenticidad a través de reconocimiento expreso o tácito del mismo”. RAMÍREZ GOMEZ, José Fernando. La prueba documental Teoría general. Medellín: Quinta Edición, Señal Editora, p. 90.

En cuanto al contrato de seguro, el artículo 1052 establece que “las firmas de las póliza de seguro y de los demás documentos que las modifiquen o adicionen se presumen auténticas”, de manera que la póliza, entendida ésta como documento escrito y privado, es además, un escrito auténtico. La autenticidad consiste “ en la certeza de que proviene de la persona a quien se atribuye el haberlo manuscrito, firmado o elaborado”.

esbozadas por los profesores Ruben y Gabriel Stiglitz, quienes en su libro manifiestan que “al consagrar ese determinado medio de prueba o excluir otros, el legislador lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, (..). Y el propósito de emplazar una prueba legal no es otro que el de señalar al juez por anticipado el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio (..). La resonancia social del contrato de seguro, la complejidad de algunas de sus usuales acepciones, el elevado número de sus cláusulas, lo variado de los elementos que integran su configuración interna, la prolongación en el tiempo del negocio, y el interés de terceros, ha determinado la conveniencia de seleccionar el medio escrito como mecanismo probatorio razonablemente más seguro”²¹².

Como ya lo hemos mencionado, los legisladores colombianos de 1997 tuvieron en consideración aspectos como la seguridad jurídica y la necesidad de evitar fraudes en la consecución de las pruebas del contrato de seguro, para establecer la restricción probatoria en esta materia.

La pertinencia de las pruebas con las cuales se acredita judicialmente la existencia del contrato de seguro está determinada por la Ley 389 de 1997; pero la regulación misma de los medios probatorios se encuentra en el Código de Procedimiento Civil colombiano.

²¹¹ De conformidad con el artículo 174 del C.P.C. colombiano, “sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez”.

²¹² STIGLITZ, Rubén y Gabriel. Op. Cit., p.160.

3.5.2.1. La prueba documental escrita. Sobre el particular, es importante mencionar que la relevancia jurídica de la póliza como documento escrito a través del cual se prueba el contrato de seguro, sigue vigente. No sería otra la intención del legislador al mantener incólumes los artículos 1047, 1048, 1050, 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio a través de los cuales se regula el contenido, requisitos, partes y atributos de la póliza y solo aplicables a ella.

Incluso, se refuerza esta condición en el reformado artículo 1046 del citado Código, en el que se consagra la obligación del asegurador de entregar al tomador, en un plazo perentorio de quince (15) días después de celebrado el contrato, el original de la póliza, o documento contentivo del contrato.

Sin embargo, debemos tener claro que, a pesar de que la póliza sea el documento escrito por excelencia a través del cual se prueba el contrato, hoy no es el único; es decir, pueden existir otros documentos escritos con los cuales se pudiera probar el contrato de seguro.

Esto nos conduce a pensar, cuáles serían esos documentos escritos, y sobre el particular debemos afirmar que serán aquellos en los que, se “dé cuenta de los elementos esenciales de todo contrato de seguro, los que se hayan previstos en el artículo 1045 del Código de Comercio y que como es sabido son el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación del asegurador”²¹³. Es decir, no cualquier documento escrito en el que se haga mención al contrato servirá de prueba de existencia del mismo, requerirá cumplir con dichas características. Un ejemplo de este tipo de documentos serán los amparos

²¹³ LOPEZ. Contrato de Seguro. Op cit., p.39.

provisionales, en los que, al identificarse todos los elementos del contrato de seguro, tendrán la facultad de probar la existencia del mismo y las obligaciones que de él emanan.

Ahora bien, nada impide que sean varios los escritos en los que se consagren los elementos esenciales del contrato de seguro, y que por tanto, todos unidos, conformen una prueba compuesta, con la capacidad de probar la existencia del contrato de seguro y sus condiciones específicas. En efecto, la Ley hace mención al medio de prueba escrito, mas no lo limita a su cantidad. Incluso, tampoco hace referencia a que los escritos no puedan usarse conjuntamente con la confesión, lo que nos llevaría a concluir la viabilidad jurídica de probar un contrato de seguro a través de varios escritos y confesiones, todos ellos demostrando diferentes elementos esenciales del seguro.

Para finalizar, es importante mencionar que el escrito a través del cual se pruebe el contrato de seguro, cuando sea diferente a la póliza, no requerirá cumplir con los requerimientos formales establecidos en el artículo 1047 del Código de Comercio. Ellos sólo se aplicarán al escrito particular llamado póliza, cuya obligatoriedad de expedición se mantiene para el asegurador.

Advertimos que un documento escrito en el que se haga referencia al contrato de seguro, pero que no contenga los elementos esenciales del contrato no podría ser considerado como una prueba documental escrita a la que otorga la Ley 389 de 1997 la facultad de probar la existencia del contrato. Un documento escrito de este tipo, simplemente puede ser considerado como un principio de prueba escrito, sin relevancia probatoria.

Respecto al tema, el doctor Andrés Ordoñez en su libro “El contrato de seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios”, manifiesta su conformidad con la tesis antes comentada por el

doctor López respecto de la virtualidad de ciertos documentos para probar el contrato de seguro y complementa su estudio mencionando que, en legislaciones como la de Argentina, en la que “no obstante consagrarse la misma fórmula en el sentido de que el contrato debe probarse por escrito, existe una norma complementaria en materia de prueba que expresa que, existiendo un principio de prueba por escrito²¹⁴, se admitirá cualquier otro medio probatorio, lo cual marca una clara diferencia entre lo que es el escrito y lo que es el principio de prueba por escrito²¹⁵. Es decir, bajo las leyes argentinas, el que apareciera un escrito en el que se haga referencia a la existencia del contrato de seguro, abre la puerta a que otro tipo de pruebas como las testimoniales ó las inspecciones periciales puedan ser utilizadas en el propósito de probar la relación contractual.

3.5.2.1.1. Qué ocurre si la póliza no se expide? Ahora bien, una vez analizado el tema de los escritos con vocación de probar el contrato de seguro, entre los que se encuentra la póliza como prueba por excelencia, debemos dedicarnos a estudiar lo que acontece en el caso de que la póliza no se emita efectivamente.

Sobre el particular, es menester recordar que el legislador expresamente consagró la obligación al asegurador de entregar la póliza al tomador dentro de los quince (15) días siguientes a la celebración del contrato al tomador; sin embargo, al igual que en la

²¹⁴ De conformidad con lo afirmado por Santoro Passarelli, citado por RUBEN Y GABRIEL STIGLITZ en su obra ya citada, la diferencia entre prueba por escrito y principio de prueba escrita, estriba en que de éste último no resulta la verdad, sino simplemente la verosimilitud del hecho alegado. Op cit. p.163.

²¹⁵ ORDÓÑEZ. Op Cit., p. 15.

legislación argentina²¹⁶, no sancionó de manera expresa el incumplimiento de esta obligación. En efecto, aun cuando para algunos tratadistas ya citados anteriormente, la sanción puede consistir implícitamente, en el hecho de que hasta que no se entregue la póliza, la prima no sería exigible, no existe una sanción legal expresa.

En conclusión, en nuestro sentir, la obligación de entrega de la póliza dentro de los términos establecidos por la ley, es plenamente exigible por el tomador, pero sólo tiene una implicación probatoria, en tanto que el contrato se ha celebrado consensualmente, generando los efectos propios del mismo, incluso, y como ya lo vimos en apartes anteriores, el pago de la prima.

3.5.2.1.2. Medio de prueba supletivo. Ahora, es pertinente establecer qué ocurriría en caso de que se pruebe la existencia del contrato por escrito, pero no se tenga las condiciones generales del contrato, en tanto que la póliza no se hubiere expedido.

El inciso 2 del artículo 3 de la Ley 389 de 1997 (modificatorio del artículo 1046 del Código de Comercio) reguló la forma en que debe procederse ante dicho caso, mencionando que se tendrán como las condiciones del negocio, aquellas que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo²¹⁷. Por ello, consideramos que esta remisión a la póliza

²¹⁶ STIGLITZ, Gabriel y Rubén. Op. Cit., p. 170.

²¹⁷ El depósito al que hace referencia la norma pareciera ser el regulado por la Circular 034 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, integrado en la Circular Básica Jurídica emitida por la misma autoridad en el mismo año.

respectiva que aparece en el registro de la Superintendencia Bancaria es un medio probatorio supletorio, plenamente autorizado por la ley.

Así, si el contrato de seguro se perfeccionó verbalmente y solamente se emitió un amparo provisional por escrito, el contrato tendrá en dicho escrito un mecanismo para probar su existencia, y en lo no establecido en él, se regirá por las condiciones depositadas ante la Superintendencia. Igual circunstancia podrá suceder cuando se pruebe la existencia del contrato a través de la confesión, en la que se determinen los elementos esenciales del negocio, mas no algunas de las condiciones generales del mismo.

Ahora bien, no podemos olvidar que la misma Superintendencia Bancaria ha ordenado que, en caso de que las pólizas no sean depositadas en la oficina respectiva, la aseguradora deberá notificar a dicha entidad, que los modelos de las pólizas se encontrarán a su disposición en las oficinas de la aseguradora. Así que, los modelos de pólizas sometidos a ese régimen, también podrían ser usados como mecanismo probatorio supletivo de las condiciones generales de la negociación.

3.5.2.1.3. Diferencia entre las condiciones particulares acordadas verbalmente y las que aparezcan consignadas en la póliza emitida por la aseguradora al tomador ó en la póliza registrada ante la Superintendencia Bancaria. El problema que podría surgir para las partes, es que se haya efectuado algún tipo de acuerdo respecto de condiciones particulares diferentes a las que aparezcan en la póliza emitida ó en la depositada en la Superintendencia Bancaria en caso de que se requiriera acudir a ella, y que no pueda

hacerse valer en juicio por falta de un escrito en el cual se hayan consignado ó no sean confesadas por las partes.

Como siempre, el consejo otorgado por todos los tratadistas consultados es el mismo: Las partes deben ser diligentes en su actuación y procurar que el negocio quede debidamente soportado. Por un lado, las aseguradoras deben velar por la rápida emisión de la póliza, en la que se contengan todas las características del contrato celebrado y cumplir con su obligación de entregarla al tomador, además, se sugiere, se busque que la firma del tomador quede plasmada en la copia, en señal de recibo de la misma. Mientras que los asegurados deberán velar por la pronta y correcta expedición y entrega de la póliza.

El tema en comento no es resuelto expresamente por la ley colombiana, como lo hacen en legislaciones como la argentina y allí encontramos una de las principales debilidades de la Ley colombiana. En efecto, el artículo 12 de la Ley 17.418 de Argentina, establece que “cuando el texto difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza. Esta acepción se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho, por cláusula inserta en forma destacada en el anverso de la póliza. La impugnación no afecta la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindir el contrato en ese momento”.

Para tratadistas como Halperin²¹⁸, esta norma no soluciona el problema, en tanto que, sin

²¹⁸ Citado por STIGLITZ, Rubén. Op. Cit., p.227.

la individualización de las diferencias, el asegurado no sabrá sobre qué debe dar su aprobación y por el contrario, todo concluye en que después de vencido el plazo para alegar las modificaciones sin hacerlo, se entiende que acepta las nuevas condiciones.

A igual afirmación llega el doctor Luis Ruíz, quien haciendo referencia a la legislación mexicana, menciona que “por la falta de concordancia entre póliza y oferta, la primera se convierte en contrapropuesta hecha por el asegurador al asegurado (primitivo proponente) cuyo silencio mantenido durante treinta (30) días, tendrá el valor de aceptación de la contrapropuesta²¹⁹”.

El doctor Joaquín Garrigues asevera sobre el tema lo siguiente : “Es claro que el contenido de la póliza debe coincidir con el de la proposición del seguro. El contratante tiene derecho a suponer que su proposición se ha incorporado al contrato, pero si hubiese discrepancia entre ambos documentos y, a pesar de ello, el tomador del seguro suscribiese la póliza, se entendería que ha aceptado las nuevas condiciones a las que fue modificada la propuesta²²⁰”.

Consultada la doctrina colombiana, el doctor Ordoñez trae a colación un fallo arbitral proferido el 17 de septiembre de 1974, en el que participó como árbitro el maestro J. Efrén Ossa, en el que se obligó a la aseguradora a pagar la indemnización en los términos contenidos en la solicitud de seguro y no en los contemplados en la póliza, en tanto que se consideró que la buena fe que regía las relaciones asegurativas se manifestaba, entre otros, en el hecho de que el asegurador no modificara las condiciones de la negociación ofrecidas por el tomador, sin explicación alguna para éste. Este precedente es muy

²¹⁹ RUIZ RUEDA, Luis, Op. cit., p. 108

²²⁰ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit., p. 123.

extraño, si se tiene en cuenta que, para el momento en que se promulgó, regía la solemnidad en el contrato de seguro y por tanto, la póliza debía ser considerada como elemento constitutivo y probatorio de la relación contractual. El citado doctor Ordóñez menciona que, en la actualidad y teniendo en consideración la regulación que establece la consensualidad del contrato de seguro, “es justo pensar que entonces ese texto (refiriéndose al de la póliza) pierde importancia frente a las expresiones reales de la voluntad que la preceden”²²¹ y concluye indicando que “Nuevamente, la ausencia de una norma similar, complica innecesariamente la situación en el caso colombiano, donde seguramente proliferarán litigios dentro de las circunstancias que no hubieran sido objeto de similar discusión bajo el marco anterior de la solemnidad”²²².

Tomando en consideración una opinión diferente, el doctor Hernán Fabio López sobre el particular afirma que, el tomador, al recibir la póliza, debe analizar cuidadosamente su contenido de manera que pueda solicitar su modificación inmediatamente; pero si no lo hace, tiempo después no podría alegar dicha situación, salvo que la otra parte, afectada por la modificación, confiese la realidad de la estipulación caso en el cual, se habría acudido a otro de los medios probatorios autorizados por la ley para probar el contrato de seguro y sus condiciones, cual es la confesión. Estamos conformes con esta apreciación y encontramos en ella soporte jurídico en las normas generales sobre oferta y aceptación propias del Código de Comercio colombiano²²³. En efecto, aun cuando las partes hayan acordado previamente un seguro, la recepción y firma de una póliza con nuevas

²²¹ ORDOÑEZ, Op. Cit., p. 46

²²² *Ibíd.*, p. 47.

²²³ Artículos 850 – 854 del Código de Comercio.

condiciones sin que se soliciten las respectivas modificaciones implica la aceptación expresa ó tácita a una oferta escrita.

Por eso, aun cuando una norma similar a la que existe en Argentina hubiera sido útil para encontrar un dispositivo legal particular para solucionar este interrogante, consideramos que ello no es necesario y que con las normas actuales podemos obtener una respuesta satisfactoria.

Una vez comprendido el contenido de la prueba escrita del contrato de seguro, es pertinente estudiar si dichos escritos prestan mérito ejecutivo.

3.5.2.1.4. Mérito Ejecutivo de los escritos a través de los cuales se pruebe el contrato de seguro. Sobre el particular es pertinente precisar que la Ley 389 de 1997 no modifica el artículo 1053 del Código de Comercio y que por tanto, la póliza en sí misma y por virtud de la ley, mantiene su carácter de título ejecutivo y por lo tanto, presta mérito ejecutivo.

Ahora, debemos estudiar si dicha calidad es aplicable a los demás escritos diferentes a la póliza con los que se puede probar el contrato de seguro. Este es otro de los temas controvertidos respecto de esta nueva regulación.

Podría afirmarse que, en tanto que la prueba del contrato de seguro se amplió a otros medios probatorios, ellos también deberían prestar mérito ejecutivo.

Pero a nuestro juicio, no es viable dar semejante amplitud a lo preceptuado por la Ley 389 de 1997. En efecto, como lo mencionamos anteriormente, la póliza presta mérito ejecutivo en los tres casos establecidos por el artículo 1053 del Código de Comercio: 1) En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo; 2) En los seguros de vida en general, respecto de los valores de cesión o de rescate; y 3) Un mes después de haber sido presentada la reclamación en debida forma, si el asegurador no objeta dicha reclamación de manera seria y fundada.

La doctrina ha establecido que en los dos primeros casos, la póliza de seguro prestaría mérito ejecutivo por sí misma, así no se hubiera enunciado en el artículo 1053 del Código de Comercio dicho atributo, en tanto que se trata de un documento escrito cuya autenticidad se presume y adicionalmente, incorpora obligaciones claras, expresas y exigibles. Mientras que, en el tercer caso, a pesar de ser un documento auténtico, la obligación que en él se incorpora no es exigible ni cierta y por lo tanto no podría ser considerado como un título ejecutivo bajo las leyes procesales; mas sin embargo, por ministerio de la ley, se otorga el atributo de que la póliza preste mérito ejecutivo.

“En efecto, en la comisión redactora del Código de Comercio se dejó muy claramente sentado que era este un caso en el cual se da la no existencia de un título ejecutivo a la luz de las disposiciones generales; no obstante, a manera de sanción para las empresas aseguradoras que no se pronuncian en forma oportuna respecto a las reclamaciones debidamente formuladas, se permite tal vía procesal”²²⁴.

Por eso, sólo si la Ley hubiera determinado que los demás escritos prestaran mérito

²²⁴ LÓPEZ. Op. Cit., p. 268.

Ejecutivo, ellos ostentarían tal calidad; de resto, no cumplen con los requisitos del Código de Procedimiento Civil colombiano, para ser título ejecutivo.

3.5.2.1.5. Autenticidad de las firmas en las pólizas. Tanto el artículo 252 del C.P.C. colombiano, como el artículo 1052 del Código de Comercio establecen una presunción de autenticidad respecto de las firmas de las pólizas de seguros.

Es pertinente recordar que la enumeración que hace el artículo 252 del CPC a los escritos es taxativa, es decir, sólo el legislador de manera expresa puede otorgar dicho atributo – consistente en la presunción de autenticidad- a las firmas de ciertos documentos.

La Ley 389 de 1997 no reguló el tema de forma alguna, así que no podríamos hablar de una derogación tácita ni expresa del artículo 1052 del Código de Comercio y por lo tanto, debemos concluir que se mantiene la presunción de autenticidad de las firmas de las pólizas de seguros y demás documentos que la modifiquen o adicionen.

Sin embargo, por las mismas razones, no podemos mencionar que las firmas de escritos diferentes a la póliza con los que se prueba el contrato de seguro puedan gozar de la misma presunción. En efecto, en tanto que este tipo de presunción es de aquellas que es otorgada por ministerio de la ley y en el caso en comento, la Ley 389 de 1997 no se pronunció al respecto, no podemos afirmar que las firmas de dichos documentos gocen de tal presunción de autenticidad.

Así que, para que los documentos escritos a través de los cuales se pruebe el contrato de seguro y por tanto de sus obligaciones, se consideren auténticos, será pertinente utilizar cualquiera de las formas procesales que establece el artículo 252 del C.P.C.²²⁵ dependiendo del caso particular en el que se pretenda oponer la autenticidad del escrito. En los casos más normales, se requerirá el reconocimiento de firma y contenido ante el notario.

3.5.2.2. La Confesión. Debemos finalmente, hacer referencia al segundo medio probatorio aceptado por la Ley para probar el contrato de seguro, cual es la confesión. Los artículos 194 y siguientes del C.P.C. colombiano establecen las diferentes clases de confesiones: Judiciales ó Extrajudiciales y Espontáneas ó Provocadas²²⁶.

Para que ocurra la confesión, se debe cumplir con unos requisitos legales, entre los que se encuentran los siguientes: “ 1) Que el confesante tenga capacidad de hacerla y poder dispositivo del derecho que resulte de lo confesado; 2) Que verse sobre hechos que

²²⁵ Artículo 252 del C.P.C.: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. (...). El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

1. Si ha sido reconocido ante juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.
3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.
4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.
5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274. (...).”

²²⁶ “Confesión judicial es la que se hace a un Juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud del interrogatorio de otra parte o del Juez, con las formalidades establecidas en la Ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio”.

produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; 3) Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; 4) Que sea expresa, consciente y libre; 5) Que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento; 6) Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”.

En el caso particular del contrato de seguro, la Ley 389 de 1997 no establece una regulación particular para que se constituya la confesión como prueba del contrato; así que será pertinente dar aplicación a las normas procesales sobre la misma. Por ello, tendría que cumplirse con los requisitos antes mencionados para que la confesión sea válida.

Sin embargo, es pertinente mencionar que, para que la confesión sea el medio para probar la existencia del contrato de seguro, en ella se deberá incluir todos los elementos esenciales del mismo, es decir, el riesgo, la prima, la obligación condicional del asegurador y el interés asegurable.

Ahora bien, también debemos considerar que, para que la confesión sea válida, requiere ser proferida por alguna de las personas que ostentan la calidad de representante legal del contratante ó su mandatario a través de poder debidamente protocolizado, de lo contrario, no habrá lugar a considerar que existe confesión, en principio por falta de capacidad y luego porque sin ella, no se tiene disponibilidad de los derechos litigiosos.

Finalmente, y en tanto que no vamos a detallar la procedencia y legalidad de los mecanismos a través de los cuales se obtiene la confesión, sea ella judicial o extrajudicial, es pertinente advertir que, en el caso de que se presente una confesión extrajudicial, ella

misma se puede acreditar a través de los diferentes medios que se establecen en el C.P.C. En efecto, según el doctor López ya citado varias veces en este trabajo, “atendiendo a que la ley no distingue y se refiere a secas a la prueba de la confesión, igualmente hallamos viable que pueda demostrarse la celebración del contrato de seguro si se acredita, también dentro de un proceso ordinario, la existencia de una confesión extrajudicial de quien lleve la representación legal de la aseguradora, hipótesis en la cual se tiene que podrían ser empleados otros medios de prueba tales como el testimonial para de esta manera demostrar esa especial clase de confesión”²²⁷.

3.5.3. Implicaciones de la reforma a la Ley 389 de 1997 en el coaseguro y el reaseguro. Sobre el particular acogemos la posición del Comité Jurídico de Fasecolda en el sentido de considerar que, tanto al coaseguro como al reaseguro le son aplicables en su integridad las modificaciones establecidas por la Ley 389 de 1997. En efecto, ellos podrán ser perfeccionados a través de un acuerdo simple de voluntades, sea éste verbal, o no, pero que requerirán de una consignación por escrito para ser probados, salvo que se acuda a la confesión, el otro medio de prueba aceptado por dicha ley para constatar el perfeccionamiento del acuerdo.

La figura del coaseguro es definida en el artículo 1095 del Código de Comercio como aquel “en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”. Según lo concluido por el Comité Jurídico de Fasecolda, en tanto que el coaseguro es “una modalidad de aseguramiento, cuyo propósito principal es dispersar los riesgos, pero (...)

²²⁷ LÓPEZ, Op. Cit. P. 42.

que no pierde su naturaleza, esto es se trata de un contrato de seguro (..), le será aplicable el carácter consensual que dispone el artículo 1 de la Ley 389 de 1997²²⁸.

Por su parte, respecto del contrato de reaseguro, éste es definido por el artículo 1134 del Código de Comercio (modificado por el artículo 88 de la Ley 45 de 1990) como un contrato en virtud del cual “el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro”.

Con relación a su regulación, el artículo 1136 del mismo Código establece que se aplicarán a él las normas consagradas para el contrato de seguro, y por tanto, es absolutamente claro que se apliquen entonces, las normas sobre perfeccionamiento del contrato y en especial, lo estipulado en la Ley 389 de 1997 respecto a su perfeccionamiento consensual y prueba a través de la confesión o escrito. La bondad de esta Ley respecto del reaseguro, se encuentra en que justamente, al igual que en el contrato de seguro, en el pasado, la costumbre *contra legem* de su perfeccionamiento verbal también se aplicaba. De manera que, a partir de la Ley 1998, se legitimó esta conducta y con ello, se evitarán los problemas legales y prácticos que antes se generaban.

²²⁸ Circular 019 de 1998, emitida por el Comité Jurídico de Fasecolda, enero 27 de 1998, p.4.

4. LEGISLACION COMPARADA: FORMA DEL CONTRATO DE SEGURO

Una vez realizado el análisis sobre la forma en que se perfecciona el contrato de seguro a la luz de la ley colombiana, habiendo concluido con que predomina una absoluta libertad para las partes en lo que a este tema se refiere, se hace necesario hacer un breve pero detallado estudio sobre las disposiciones vigentes en algunos países del mundo relacionadas con el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, para así, determinar cuales de ellas pudieron tener influencia en la redacción de la Ley colombiana y establecer la tendencia legislativa al respecto. Incluso, la mayor importancia de este aspecto puede estar en que pueden ser ellas utilizadas como punto de referencia para la interpretación de nuestras propias normas.

En efecto, algunos de las legislaciones que tendremos oportunidad de revisar, permiten que el contrato de seguro se perfeccione consensualmente; otros, mantendrán esquemas formalistas puros.

Respecto del aspecto probatorio, los medios de prueba admitidos para probar el contrato de seguro no sólo serán diferentes en razón a la naturaleza misma del contrato, sino que estarán determinados por la liberalidad del legislador para aceptar unos u otros medios.

Analizaremos el marco general de los esquemas de perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro e identificaremos particularmente el país que se enmarca en cada una

de las tendencias. También analizaremos las diferencias entre éstas y la legislación colombiana vigente.

Adicionalmente, podremos determinar la forma como otros países regulan temas no cubiertos por la Ley 389 de 1997, para determinar la bondad de ésta regulación y si es posible, proponer algunos cambios.

4.1. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

4.1.1. Legislaciones que aceptan la consensualidad en el contrato de seguro.

Países como Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, México y Paraguay establecen en su legislación que el contrato de seguro se perfeccione consensualmente.

En efecto, en esos países, el contrato de seguro se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre las partes sobre sus elementos esenciales, momento a partir del cual se inician los efectos del mismo, es decir, los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y tomador: Para el primero, el pago del siniestro ante la realización del riesgo y para el segundo, el pago de la prima y las demás obligaciones que consagre la ley.

4.1.1.1. Argentina. En Argentina la ley que regula el contrato de seguro es la Ley 17.418 incorporada al Código de Comercio desde el día 21 de Abril de 1977. En el artículo 4 de

la mencionada Ley, se determina de manera expresa la naturaleza consensual del contrato de seguro y se recalca que los efectos del contrato surgen desde el mismo momento en que se llega a un acuerdo entre las partes, independientemente de que se emita la póliza.

"Artículo 4: El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza.

La propuesta del contrato de seguro, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni al asegurador. La propuesta puede supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales.

La propuesta de prórroga del contrato se considera aceptada por el asegurador si no la rechaza dentro de los quince días de su recepción. Esta disposición no se aplica a los seguros de personas".

Sin embargo, las normas generales sobre perfeccionamiento de los contratos en Argentina son diferentes a la legislación colombiana, en especial en relación con el tema de la oferta o propuesta del contrato. Así, mientras que en el artículo en comento la propuesta u oferta de contrato de seguro no es obligatoria para las partes, los artículos 845 y 846 del Código de Comercio colombiano determinan la irrevocabilidad y obligatoriedad de la misma una vez comunicada a las partes, so pena de indemnizar perjuicios. Lo que a su vez, nos permite concluir que a la luz del derecho colombiano, las propuestas de las que habla el artículo 4 de la Ley argentina se ubicarían en el ámbito de tratos preliminares dentro del itercontractus.

Como consecuencia de lo anterior, pareciera desprenderse que la Ley argentina permite la existencia de propuestas condicionales, al manifestar que "la propuesta puede

supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales”. Situación que a la luz de las normas colombianas, sería contraria a la naturaleza misma de la oferta, ya que la suspensividad de la misma haría parecer que no existe una intención real del “proponente” de obligarse, en tanto que no se conocen las condiciones generales del contrato.

En cuanto a la forma a través de la cual ha de manifestarse la propuesta de seguro, al igual que en Colombia, la Ley argentina no establece ninguna solemnidad para hacerlo; es más, reconoce la formación del consentimiento tan pronto como se ha obtenido el acuerdo de las partes, sin que se requiera de una formalidad específica.

4.1.1.2. Bolivia. El Código de Comercio Boliviano de 1977 regula el contrato de seguro ampliamente. Sin embargo, para el estudio al que nos dedicamos actualmente, es preciso solamente hacer referencia al artículo 982 de dicha codificación, en el que se establece lo siguiente:

“El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”.

4.1.1.3. Guatemala. El Código de Comercio guatemalteco (Decreto 2-70 del Congreso de la República) en el Libro IV, Título II, Capítulo X sobre el Contrato de Seguro, establece la libertad en la forma a la hora de su perfeccionamiento.

De conformidad con lo establecido en los apartes generales, el artículo 882 del Código de Comercio guatemalteco establece que:

“El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurado o contratante reciba la aceptación del asegurador, sin que pueda supeditarse su vigencia al pago de la prima inicial o a la entrega de la póliza o documento equivalente”.

En primera instancia, el Tomador o el asegurado manifiesta su real y cierta intención de contratar un seguro a través de una solicitud en la que consten todas las condiciones generales del negocio, requisito necesario para que ésta pueda ser considerada como vinculante. Posteriormente, el Asegurador debe analizar la solicitud y comunicar su aceptación al Tomador. Ahora bien, dicha aceptación no sólo debe exteriorizarse, sino que debe ser *recibida* por el Contratante o Asegurado, ya que sólo a partir del momento en el que se reciba la aceptación se entenderá perfeccionado el contrato.

La necesidad de recepción sería la única limitación legal al principio de autonomía de la libertad para contratar. Sin embargo, la consideramos acertada toda vez que permite la determinación cierta del momento a partir del cual se generan los efectos del negocio jurídico, mientras que, en legislaciones como la colombiana, a pesar de existir normas que regulen la materia, pueden generarse confusiones relacionadas con el momento preciso en que esto ocurre²²⁹.

²²⁹ Al respecto es pertinente recordar que el régimen legal colombiano establece que el contrato se perfecciona en el momento en que el proponente recibe la aceptación de la propuesta, pero que ésta se presume en la fecha de la remisión de la misma.

4.1.1.4. Honduras. El Código de Comercio de Honduras, en los artículos 1105 y siguientes regula el Contrato de Seguro. En ellos se establece que salvo los contratos de seguros mutuos, el contrato se perfecciona desde el momento en que el proponente tenga noticia de la aceptación de la oferta, sin exigir solemnidades o requerimientos adicionales. Así lo menciona el artículo que se cita textualmente a continuación:

Artículo 1110: Los contratos de seguros mutuos no se perfeccionarán desde el momento en que el proponente tuviere noticia de la aceptación de la oferta, sino que será necesario que éste reúna los requisitos que la Ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios”.

Respecto de las prórrogas, modificaciones ó restablecimientos del contrato, salvo en los seguros de personas, se permite la aceptación tácita de la oferta, según lo establece el artículo 1009 de la misma codificación:

“Artículo 1009: Se considerarán aceptadas las ofertas de prórrogas, modificación o restablecimiento de un contrato, hechas con carta certificada con acuse de recibo, si la empresa aseguradora no contesta dentro del plazo de quince días, contados desde el día siguiente a la recepción de la oferta, siempre que no estén en pugna con las disposiciones imperativas de este código o de la ley especial respectiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior no es aplicable a las ofertas de aumentar la suma asegurada y en ningún caso al seguro de personas”.

4.1.1.5. México. El contrato de seguro mexicano es regulado por la Ley de Seguros del año 1975. En ella, se establece que el contrato es de aquellos que se conocen como consensuales y que incluso, no puede sujetarse a condiciones como el pago de la prima o la entrega de la póliza la vigencia del mismo.

El contrato de seguro mexicano es consensual. Nada diferente puede afirmarse de la lectura de los artículos 6 y 21 de la mencionada ley, que a su tenor mencionan lo siguiente:

“Artículo 6: Se considerarán aceptadas las ofertas de prórroga, modificación o restablecimiento de un contrato suspendido, hechas con carta certificada con acuse de recibo, si la empresa aseguradora no contesta dentro del plazo de quince días, contados desde el siguiente al de la recepción de la oferta, pero sujetas a condición suspensiva de la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La disposición contenida en este artículo no es aplicable a las ofertas de aumentar la suma asegurada y en ningún caso al seguro de personas”.

“Artículo 21: El contrato de seguro:

- 1) Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta. En los seguros mutuos será necesario, además, cumplir con los requisitos que la Ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios.*
- 2) No puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, ni tampoco a la condición del pago de la prima.*
- 3) Puede celebrarse sujeto a plazo, a cuyo vencimiento se iniciará su eficacia para las partes; pero tratándose de seguro de vida, el plazo que se fije no podrá exceder de treinta días a partir del examen médico, si éste fuere necesario, y si no lo fuere, a partir de la oferta”.*

Sobre las normas antes citadas, es pertinente advertir que, se prohíbe que el contrato se sujete a hechos como la entrega de la póliza ó al pago de la prima, e incluso, es tajante la prohibición de acordar formalidades convencionales a través de las cuales se entienda perfeccionado el contrato. Dichas condiciones, ofrecen claridad meridiana respecto del tema, mientras que en legislaciones como la colombiana, se convierten en temas de discusión, como anteriormente lo anotamos.

Ahora bien, a pesar de que el contrato de seguro se perfeccione verbalmente, las partes pueden convenir que los efectos del contrato ya celebrado se produzcan posteriormente, sujetos a un plazo, el cual para los seguros de vida en particular, no podrá exceder de 30 días contados a partir del examen médico (si éste fuere necesario) ó de la oferta.

4.1.1.6.Paraguay. Lo primero que hay que aclarar respecto de la legislación paraguaya, es que el contrato de seguro no es regulado por el Código de Comercio, sino por el Código Civil de ese país.

El artículo 1548 del Código Civil paraguayo determina que el contrato de seguro es consensual al generar efectos “desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza”. Es decir, no se requiere de ninguna forma específica para el perfeccionamiento del mismo.

Dicho artículo reza textualmente así:

“En el contrato de seguro los derechos y obligaciones de las partes, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza.

La propuesta del contrato, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni a la asegurador. La propuesta puede subordinarse al conocimiento previo de las condiciones generales.

La propuesta de prórroga del contrato se considera aceptada por el asegurador si no la rechaza dentro de los quince días de su recepción. Esta disposición no se aplica a los seguros de personas”.

Incluso, salvo en los seguros de personas, el inciso tercero del mismo artículo permite que la prórroga del contrato sea aceptada tácitamente, luego de que la aseguradora no haya rechazado una propuesta en este sentido en los quince días siguientes.

4.1.2. Legislaciones que establecen una formalidad especial para el perfeccionamiento del contrato.

4.1.2.1. Brazil. El contrato de seguro, regulado en el Código de Civil de ese país en los artículos 1432 y siguientes, establece que éste se somete a una formalidad específica cual es la remisión de la póliza al asegurado, por parte de la aseguradora. En dicho documento se consignarían los riesgos asumidos, el valor del objeto asegurado, la prima de seguro y cualesquiera otras estipulaciones particulares entre las partes. Entre ellas, la vigencia del contrato.

Artículo 1433: “Este contrato nao obriga antes de reducido a escrito, e considera-se perfeito desde que o asegurador remete a apólice ao asegurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação”.

4.1.2.2.Ecuador. En Quito, el 29 de noviembre de 1963, fue sancionado el Decreto 1147 por el cual se modifica el Título XVII, Libro Segundo del Código de Comercio, sobre el Contrato de Seguro. Dicho Decreto regula el contrato de seguro en sus generalidades y en las particularidades propias de los seguros de daños y de personas.

En el Capítulo I de dicho Título, se consagran las disposiciones generales del contrato de seguro, tales como la definición misma del contrato, sus elementos esenciales²³⁰ y las características.

La póliza goza de los atributos de ser el medio constitutivo y probatorio del contrato, tal como se establece en el artículo 6 del citado decreto y el cual reza:

"Artículo 6. El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se constarán los elementos esenciales. Dicho documento se llama póliza; éste debe redactarse en castellano y ser firmada por los contratantes”.

Las modificaciones del contrato o póliza, lo mismo que su renovación deben también ser suscritas por los contratantes”. (El subrayado es nuestro).

²³⁰ Artículo 2. Son elementos esenciales del contrato de seguro: El asegurador; El solicitante; El interés asegurable; El riesgo asegurable; El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador según el caso; La Prima o precio del seguro; y, La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

De la lectura de la norma ya citada, podemos concluir que el Ecuador conserva un régimen jurídico del contrato de seguro muy similar al que anteriormente poseía Colombia, con pequeñas diferencias. En efecto, a pesar de que ambos eran solemnes, la forma a través de la cual se obtenía el perfeccionamiento era diferente: En Ecuador, la solemnidad consiste en la emisión de la póliza, mientras que en Colombia, consistía en la suscripción de la póliza por parte del asegurador.

No puede ser otra la interpretación de la frase “el contrato de seguro se perfecciona (...) por medio del documento privado que se extenderá por duplicado”, consagrada en el artículo ya mencionado.

De acuerdo con el artículo citado anteriormente, el contrato de seguro ecuatoriano se perfecciona por medio de la póliza, es decir, que la forma por la cual las partes deben manifestar su acuerdo de voluntades, será su consagración en un documento privado llamado póliza y que deberá contener, la información establecida en el artículo 7 del decreto antes mencionado. Es decir, el simple acuerdo de voluntades de las partes no permitirá el nacimiento del contrato y por lo tanto de sus efectos, a la vida jurídica.

Adicionalmente, debemos resaltar las diferencias respecto de los elementos esenciales del contrato, determinados en el artículo 2 del Decreto citado, en el que se incluyen a las partes del mismo (asegurador y solicitante) y el monto asegurado, que en Colombia se contempla como parte integrante del elemento de la obligación condicional del asegurador.

A falta de uno o más de estos elementos, el contrato de seguro es absolutamente nulo".

También debemos resaltar que la legislación colombiana anterior no requería la firma de los dos contratantes en la póliza, mientras que en el Ecuador, este requerimiento es expreso.

4.1.2.3. España. Son amplias las discusiones que sobre la forma en que ha de perfeccionarse el contrato de seguro han promovido distinguidos tratadistas del derecho español. Para unos, entre los que se encuentran los doctores Garrigues, Manuel Broseta y F. Vincent Chulia, el contrato de seguro tiene como atributo el ser formal, y para otra corriente liderada por los doctores Fernando Sánchez Calero y Francisco Javier Tirado Suárez, el contrato es consensual.

Dicha discusión surgió desde antes de que se promulgara la Ley 50 de 1980. Los anteproyectos de ley que la originaron, que datan de los años 1969 y 1970, establecían que la prueba del contrato y sus modificaciones era el escrito, mas en su redacción no se mencionaba que el contrato se “formalizara” por escrito; lo que permitía concluir que el contrato de seguro sería consensual. A esta conclusión se llegaba por inferencias, mas no porque la Ley lo estableciera claramente.

Durante la tramitación del proyecto en el Congreso de Diputados de España y ante la confusión que podría traer el texto del proyecto legal respecto del perfeccionamiento del contrato, se formularon dos enmiendas: La de la Unión de Centro Democrática (UCD) quien proponía que se manifestara claramente el carácter consensual del contrato, y la de el Grupo Socialista, que proponía lo contrario, es decir, que el contrato fuera considerado como formal.

Sin embargo, en la ponencia de la Ley no se tuvieron en cuenta ninguna de las dos enmiendas, y se obtuvo la aprobación final de los siguientes textos, de los cuales se puede establecer que el contrato de seguro en España es formal, en tanto que requerirá de un escrito para su perfeccionamiento, sea éste la póliza de seguro o el escrito de cobertura provisional.

Así lo menciona el artículo 5 de la misma cuando textualmente menciona que

“El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al Tomador del seguro la póliza, o al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca”.

El cuidado por la transparencia de la negociación es tan grande en esta legislación, que se ordena que las cláusulas limitativas no sólo sean destacadas en el cuerpo del escrito, sino que sean *“aceptadas específicamente por escrito”* por el asegurado.

Ahora bien, el legislador amplía el marco de acción de las partes en el contrato de seguro, ya que no se limita al uso exclusivo de la póliza como escrito constitutivo del contrato, sino que ofrece cierta laxitud, permitiendo el uso de escritos como la cobertura provisional ó incluso, el uso de otros documentos diferentes a la póliza a través de los cuales se formalice el contrato.

Con respecto a la póliza, el legislador no ofrece una definición en sí misma, sino que determina los requisitos mínimos que ella debe contener, dentro de las que se encuentran

los elementos del contrato de seguro como la identificación de las partes, riesgo asegurable, interés asegurable, alcance de la cobertura, importe de la prima y su forma de pago, duración del contrato e incluso, los intermediarios, en caso de que ellos intervengan en la contratación. Es también importante que las condiciones generales y particulares sean redactadas en forma “clara y precisa”. La póliza podrá ser redactada en cualquiera de los idiomas oficiales ó en cualquier idioma a solicitud del asegurado.

La importancia de la póliza se refleja en la estricta fidelidad que debe guardar el texto de las condiciones generales y particulares con lo acordado por las partes durante la negociación del contrato; en efecto, la Ley faculta al asegurado para que durante el mes siguiente a la entrega de la póliza, reclame a la Aseguradora para que sea subsanada la divergencia que haya encontrado. Luego de este tiempo prudencial, a falta de reclamación, el legislador entiende que la póliza ha satisfecho los intereses de ambas partes del contrato de seguro y por lo tanto, ellas se atenderán a lo dispuesto en la póliza.

4.1.2.4. Nicaragua. El Título XI del Código de Comercio nicaragüense regula el Contrato de Seguro. En las disposiciones sobre el contrato en general, aun cuando no hay un artículo en el que expresamente se regule la forma de perfeccionar el contrato o se determine los medios idóneos para su prueba, se establece que éste se “se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado, suscrito por los contratantes”, así lo menciona textualmente el artículo 537 del citado Código.

De la disposición anterior colegimos que el contrato de seguro se perfecciona con el cumplimiento de una formalidad cual es la firma de ambos contratantes en un escrito que

puede ser la póliza ó cualquier documento escrito público o privado en el que se precisen unos datos básicos que se establecen en el artículo 538 del mismo Código, y que son los siguientes:

“La póliza o documento del contrato de seguro deberá contener: 1) Los nombres del asegurador y asegurado, y la residencia o domicilio de ambos; 2) El concepto en el cual se hace el seguro; 3) El objeto del seguro, su naturaleza y valor; 4) Los riesgos contra los que el seguro se hace; 5) El tiempo en que comienzan y en que terminan los riesgos; 6) La cantidad asegurada; 7) La prima, premio o precio del seguro; 8) Los seguros ya existentes sobre los mismos objetos; 9) Y, en general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pueda interesarle al asegurador, así como todas las condiciones estipuladas por las partes”.

4.1.2.5. Uruguay. El Código de Comercio Uruguayo con claridad determina que el contrato de seguro se perfecciona formalmente a través de la expedición de la póliza. Así lo establece el artículo 644 de dicha codificación:

“En el contrato de seguro es absolutamente necesaria la póliza escrita, que podrá ser pública o privada”.

El contenido de la misma, está determinado por el artículo 645 del mismo ordenamiento. El texto en mención reza así:

“Toda póliza o contrato de seguro, exceptuando los que se hacen sobre la vida, debe contener:

- 1) La fecha del día en que se celebra el contrato;*
- 2) El nombre de la persona que se hace asegurar, sea por su cuenta o por la ajena;*
- 3) Una designación suficientemente clara de la cosa asegurada, y del valor fijo que tengan o se le atribuya;*
- 4) La suma por la cual se asegura;*
- 5) Los riesgos que toma sobre sí el asegurador;*
- 6) La época en que los riesgos hayan de empezar y acabar para el asegurador;*
- 7) La prima del seguro, etc.*
- 8) En general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pudiese ser de interés real para el asegurador, así como todas las estipulaciones hechas por las partes.*

La póliza debe estar firmada por el asegurador”.

En conclusión, Uruguay adopta el esquema de la solemnidad en el contrato de seguro, consistente en la emisión de la póliza por parte del asegurador.

4.1.2.6.Venezuela. El Código de Comercio venezolano de 1955 regula el contrato de seguro y claramente establece que éste es solemne. Ello se desprende de la lectura del artículo 549 que textualmente reza así:

“El seguro se perfecciona y prueba por un documento público o privado que se llama póliza. La póliza puede ser nominativa, a la orden o al portador. Si se otorgare por documento privado, se extenderá por duplicado”.

Al igual que en todas las legislaciones donde la emisión de la póliza es el documento escrito a través del cual se prueba el contrato, la ley se encarga de establecerle unos requisitos mínimos, ellos se encuentran descritos en el artículo 550 de la codificación, cuyo texto es el siguiente:

“La póliza debe contener:

- 1) Los nombres y domicilio de asegurador y asegurado;*
- 2) El carácter con que el asegurado contrata el seguro, si es en su propio nombre o por cuenta de otro;*
- 3) La designación clara y precisa de la naturaleza y valor de los objetos asegurados y su situación;*
- 4) La cantidad asegurada;*
- 5) Los riesgos que el asegurador toma sobre sí;*
- 6) La época en que principian y en que concluyen los riesgos para el asegurador;*
- 7) La prima de seguro y el tiempo, lugar y forma en que ha de ser pagada;*
- 8) La fecha en que se celebra el contrato con expresión de la hora;*
- 9) Todas las circunstancias que puedan suministrar al asegurador conocimiento exacto y completo de los riesgos y todas las demás estipulaciones que hicieren Las partes”.*

4.2. PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, dependiendo de la naturaleza del contrato de seguro que sea permitida por la legislación de cada país, su prueba será diferente.

Así, en los países en los que el contrato de seguro es formal, como en Brazil²³¹, Ecuador²³², Nicaragua²³³, Uruguay²³⁴, España²³⁵ y Venezuela²³⁶, la aceptación al contrato

²³¹ La diferencia entre esta regulación y la legislación colombiana vigente es muy amplia, ya que como lo hemos venido repitiendo, luego de la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro colombiano se perfecciona a través del simple acuerdo entre las partes manifestado a través de una forma libre y su prueba, la constituye cualquier escrito ó la confesión.

El régimen brasilero tiene algunas semejanzas con la legislación colombiana anterior, ya que ambas consagran una solemnidad para el perfeccionamiento del contrato, aun cuando el contenido de las mismas es diferente: Para Colombia la solemnidad consistía en la firma de la póliza por parte del asegurador, mientras que la Brasilera consistía en la remisión de la póliza al asegurado por parte del asegurador.

²³² La póliza, al igual el régimen colombiano actual, debe cumplir con unos requerimientos propios. Ellos están inscritos en el artículo 7 del Decreto en mención de la siguiente manera: "Toda póliza debe mantener los siguientes datos: a) El nombre y el domicilio del asegurador; b) Los nombres y domicilios del solicitante, asegurado y beneficiario; c) La calidad en que actúa el solicitante del seguro; d) La identificación precisa de la persona o cosa con respecto a la cual se contrata el seguro; e) la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras; f) El monto asegurado o el modo de precizarlo; g) la prima o el modo de calcularla; h) La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador; i) La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes; j) Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales.

Los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además, el periodo de ampliación de vigencia del contrato actual".

²³³ De conformidad con los artículos 537 y 538 del Código de Comercio de ese país (ya citado anteriormente), la prueba del contrato será el documento escrito suscrito por las partes con el cual se perfecciona, sea éste la póliza u otro en el que se mencionen los elementos esenciales del contrato.

²³⁴ En este país, la póliza también consiste en el único medio probatorio aceptado para probar el contrato de seguro. Los requerimientos de este escrito están contemplados en el artículo 654 del Código (ya citado en este Trabajo).

²³⁵ A pesar de que la legislación española no ofrece una norma expresa en la que se establezca el medio probatorio del contrato de seguro, sus disposiciones en relación con los efectos constitutivos del escrito en el que se contengan las condiciones generales y particulares del negocio (Art. 5 de la Ley 50 de 1980) nos ofrecen una señal clara de que la intención del legislador es la de que éstos escritos sean precisamente, los medios probatorios del contrato.

mismo se plasma en un documento escrito, que en la mayoría de los casos se identifica con la póliza de seguro. En estos casos, la póliza es el único medio probatorio aceptado para corroborar la existencia y obligaciones del contrato.

Mientras que, los países que consagran la consensualidad en el contrato de seguro, se presentan grandes diferencias en relación con los medios probatorios aceptados para probar el contrato. Recordemos que, tal como lo veíamos en los capítulos primero y segundo de este Trabajo, un atenuante al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y al de la consensualidad, era precisamente, la necesidad de dejar un rastro que pudiera otorgar seguridad a las relaciones jurídicas.

Así, a pesar de que el contrato se perfeccione sin sujeción a una forma específica, se requiere de unos rastros a través de los cuales se pueda probar la real existencia de la relación. Corresponde a los legisladores determinar a través de qué medios se puede probar el contrato; dependiendo de la importancia que se otorgue al principio de la seguridad en las relaciones jurídicas en cada uno de los países, se consagran unos u otros.

Como lo veíamos anteriormente al analizar las motivaciones de los legisladores colombianos respecto de la Ley 389 de 1997, y en especial respecto del aspecto probatorio del contrato de seguro, al aceptar la consensualidad del mismo, la fórmula de adoptar libertad en los medios probatorios fue rechazada por su debilidad y riesgo, ya que para cualquiera de las partes podría ser muy fácil la utilización de testimonios u otros tipos de pruebas que comprometieran a la otra, sin que en realidad existiera el contrato. Por

²³⁶ En este país, la póliza también consiste en el único medio probatorio aceptado para probar el contrato de seguro. Los requerimientos de este escrito están contemplados en el artículo 555 del

eso, se aceptaron como válidos solamente los medios probatorios de la confesión y del escrito.

En efecto, la legislación colombiana otorga conducencia probatoria a la prueba de la confesión y a la prueba del escrito (conformada por uno ó varios) de las que pueda desentrañarse los elementos esenciales del negocio. Ellos pueden utilizarse separadamente o de manera conjunta (prueba compuesta). No se acepta ningún otro medio probatorio, nisiquiera el hecho de que exista un principio de prueba por escrito, como lo hacen otras legislaciones que estudiaremos a continuación.

Las diferencias entre los regímenes de los diferentes países pueden ser en algunos casos, muy sutiles. Así que, intentaremos clasificarlas de una manera tal que ofrezca claridad al lector.

4.2.1. Aceptación del medio de prueba escrito y todos los demás, siempre y cuando exista un principio de prueba por escrito. Las legislaciones que adoptan este sistema probatorio, mantienen la póliza como escrito que por excelencia prueba el contrato de seguro, de allí que mantengan la obligación a cargo del asegurador de entregarla en un plazo prudencial.

En algunas legislaciones como las de Argentina y Paraguay, el escrito podrá ser la póliza o cualquiera otro a través del cual se prueben los elementos esenciales del contrato; mientras que en países como Bolivia y Guatemala, el escrito se restringe de manera

exclusiva a la póliza, pero se permite la utilización de los demás medios de prueba si existe principio de prueba por escrito. Sólo podremos entender que existe una póliza de seguro cuando el documento escrito contenga todos los elementos descritos en los artículos de cada legislación en particular.

Ahora bien, en relación con los otros medios probatorios aceptados por el legislador, como pueden ser los testimonios ó confesiones, es preciso indicar que su conducencia se reconocerá siempre y cuando exista un “principio de prueba escrito”, es decir un escrito en el que, a pesar de que no se incluyan los elementos esenciales del negocio, se pueda inferir ó se tenga indicios de que las partes han celebrado el contrato de seguro. Dichos documentos podrían ser por ejemplo, cruces de cartas entre las partes en las que se determinen acciones tendientes a la ejecución del contrato, de las que se infiera el perfeccionamiento anterior del mismo. El principio de prueba escrito es aquel en el que “se de razón, aun por simple referencia, de la existencia del contrato”²³⁷ y por tanto, hace verosímil el hecho litigioso; mas no contienen los elementos esenciales de éste, así que no se puede otorgar certeza sobre la existencia misma del contrato. Por ello, se permite acudir a los demás medios probatorios a través de los cuales se pruebe el contenido mismo del contrato.

²³⁷ ORDÓÑEZ. Op. Cit., p. 10.

En algunas de las legislaciones en las que se acepta este tipo de pruebas, se contempla una regulación especial en caso de que la póliza o el escrito a través del cual se pruebe el contrato contenga condiciones diferentes a las inicialmente acordadas entre las partes. Se otorga un derecho de impugnación a favor del tomador ó del asegurado, para que solicite la modificación del contrato dentro de un tiempo determinado.

Sin embargo, si no se ejerce el derecho de impugnación, se entenderá que acepta los términos del nuevo contrato. Pareciera entonces que, a pesar de haber surgido el contrato por el acuerdo de las partes sobre los elementos esenciales del contrato, con la póliza, el asegurador puede presentar una oferta nueva al tomador, cuya aceptación se manifestaría a través de un silencio que otorga el carácter de positivo. En caso de no aceptación, habrá lugar a la rescisión del contrato.

Bajo estos supuestos, encontramos plausible que exista una norma particular en la que se establezca el procedimiento en caso de que se presente la discordancia antes mencionada entre póliza y acuerdo; en general, la solicitud de rectificación, es una conducta natural ante este caso.

Llegamos a la conclusión de que finalmente, el hecho de que el contrato deba probarse por escrito lo convierte de alguna manera en "formal". En efecto, luego de que se ha llegado a un acuerdo perfeccionador del contrato, en una etapa en la que el escrito debería ser contentivo de una voluntad, el hecho de plasmarla de manera diferente podría desdibujar el contrato inicialmente acordado.

La prueba y el perfeccionamiento del contrato parecieran confundirse, aun cuando son aspectos totalmente diferentes: Recordemos que una vez efectuado el acuerdo de la

manera inicialmente considerada por las partes, surge el contrato y por tanto, la obligatoriedad de sus disposiciones y efectos, independientemente de la manera como haya quedado recogido en un documento, cuyo único efecto es servir como prueba de un acto. A este principio obedece el artículo 1618 del Código Civil colombiano al consagrar como criterio primigenio de interpretación de los contratos la prevalencia de la intención sobre lo "literal de las palabras". La póliza se consideraría entonces, como un documento meramente probatorio que recoge la voluntad de las partes en el contrato y por lo tanto, no habría lugar a que en ella se efectuara una modificación a la voluntad inicial de las partes. La entrega de la póliza es una obligación que surge del perfeccionamiento del contrato, mas no determina las condiciones del mismo. Así, la existencia de un error en su contenido sería un problema relacionado con la ejecución del contrato y no con la existencia del mismo. Sin embargo, los efectos otorgados por las leyes para estos casos son diferentes, y se alcanza a otorgar un efecto constitutivo de oferta.

Así que, por lo menos en los casos en los que se presenten las discrepancias antes comentadas, finalmente podría parecer que lo realmente importante no es el acuerdo verbal en sí mismo, sino la verificación de que lo plasmado en el escrito sea real, de lo contrario, estaríamos frente a un nuevo contrato. Situación que podría convertirse en una crítica muy fuerte al sistema mismo de la consensualidad, ya que se desvirtuaría el acuerdo de voluntades.

En Colombia, no se tiene previsto un artículo de este tipo; sin embargo, la solución a la que se llegaría a nuestro juicio, sería la misma. Como lo manifestamos anteriormente, existiría una aceptación tácita respecto de la nueva oferta de contrato contenida en las condiciones de la póliza, consistente en los actos de ejecución propios del contrato

mismo; manifestación plenamente aceptada por nuestro Código de Comercio en el artículo 854, antes citado.

Como lo habíamos visto anteriormente, La ley 389 de 1997 consagra la posibilidad de que, ante la ausencia de una póliza en la que se consagren las condiciones generales del negocio ó de confesión respecto de las reales condiciones del negocio, pueda acudirse a la póliza tipo depositada en la Superintendencia Bancaria. En este caso, como ya lo mencionábamos, el contrato de seguro goza de unas condiciones particulares específicas sobre las cuales debió haberse volcado el acuerdo de voluntades, sin embargo debemos entender modificados dichos términos ante la ausencia de un escrito en el que se consagren, toda vez que no son susceptibles de prueba alguna.

4.2.1.1.Argentina. La legislación argentina en el artículo 11 de la Ley 17,418 acepta por excelencia, como medio probatorio del contrato de seguro, el escrito. Sin embargo, se aceptarían otros medios probatorios ante la existencia de un principio de prueba por escrito.

"Artículo 11: El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay un principio de prueba por escrito.

El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés o la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada, y las condiciones generales

del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores, podrá emitirse una sola póliza".

Ahora bien, respecto de las particularidades del régimen probatorio argentino, es pertinente mencionar que existe un derecho de impugnación por parte del asegurado, en caso de que la póliza no refleje el acuerdo al que han llegado las partes en el negocio mismo.

"Artículo 12. Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza.

Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho por cláusula inserta en forma destacada en el reverso de la póliza.

La impugnación no afecta la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindir el contrato a ese momento".

Para el ejercicio del derecho de impugnación por parte del tomador, se tendrá un plazo de un mes desde que recibió la póliza, al cabo del cual, si no reclama, se presume que ha aceptado la modificación, siempre y cuando el asegurador haya consagrado en el reverso de la póliza una cláusula en el que señale la facultad de ejercer dicho derecho.

Otra de las diferencias que se presenta entre la legislación colombiana y la argentina, se encuentra en que la colombiana contiene una disposición supletiva (parágrafo del artículo 3 de la Ley 389 de 1997) que permite que, ante la falta de póliza, los textos de las pólizas que han sido depositados en la Superintendencia Bancaria (organismo de inspección y vigilancia del sector asegurador en particular), sean los que desentrañen las condiciones

bajo las cuales se otorgó el seguro, mientras que la argentina no contempla esta posibilidad.

En conclusión, en lo relativo al régimen probatorio del contrato de seguro, la legislación colombiana encuentra grandes diferencias con la legislación argentina, a pesar de que ambas, recogen el principio de la consensualidad en la formación del contrato en mención. Ambas, a pesar de los grandes esfuerzos, presentan vacíos profundos ante el esquema probatorio del contrato de seguro, ya que la condición consensual del contrato parecería desaparecer ante discrepancias entre el acuerdo verbal y el escrito en que se plasme, sin que sea solucionado con su rectificación. Ambas, mantienen la póliza como “prueba reina” del contrato de seguro.

4.2.1.2. Paraguay. El régimen probatorio del contrato de seguro paraguayo toma como base la Ley argentina de seguros; ello surge como conclusión luego de confrontar los textos de las normas de cada uno de los países y descubrir que son textualmente idénticas. Así, tanto la tarificación probatoria como la solución ante errores en la póliza se regulan de la misma manera.

“Artículo 1555: El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay un principio de prueba por escrito.

El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés o la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada, y las condiciones generales

del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores, podrá emitirse una sola póliza".

"Artículo 1556: Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza.

Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho por cláusula inserta en forma destacada en el reverso de la póliza.

La impugnación no afecta la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindirlo".

4.2.1.3. Bolivia. Para la prueba del contrato, el legislador boliviano en el artículo 1006 de la misma codificación antes mencionada, determina como medio probatorio un escrito calificado llamado póliza, y permite utilizar cualquier otro, siempre que haya principio de prueba por escrito. No es otro el sentido de la redacción del artículo, en el cual se precisa que el escrito debe ser la póliza de seguro.

Artículo 1006: "El contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro; sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. La póliza debe redactarse en idioma castellano, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado".

Artículo 1007: "La póliza de seguro debe contener, además de las condiciones generales del contrato, los siguientes requisitos:

- 1) *Denominación y domicilio del asegurador*
- 2) *Nombre del asegurado y, en su caso del beneficiario;*
- 3) *Identificación clara y precisa del interés asegurado o de la persona o personas aseguradas;*
- 4) *Indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento del seguro o modo de determinar unas y otras;*
- 5) *Suma asegurada o modo de precisarla;*
- 6) *Riesgos a cargo del asegurador;*
- 7) *Prima o modo de determinarla y su forma de pago;*
- 8) *Fecha y lugar donde se celebra el contrato, y*
- 9) *Las demás cláusulas de acuerdo con las disposiciones de este Título y las especiales y particulares acordadas por los contratantes. Los anexos que se suscriban para modificar, complementar, renovar o rehabilitar el contrato, deben indicar la identidad precisa de la póliza de la cual forman parte, bajo responsabilidad del asegurador. (...)*

Estamos en presencia entonces, de un documento escrito calificado, la póliza de seguro, que debe cumplir con requerimientos como ser expresada en idioma castellano, contener los elementos esenciales del contrato y estar firmada por ambas partes.

Sin embargo, se permite el acceso a otras pruebas en caso de que haya principio de prueba por escrito. Con ello se previene el hecho de que no siempre se logra la expedición pronta de las pólizas y mucho menos la firma de la misma por las partes intervinientes como es exigido, y acude a medios supletorios como cualquier documento escrito que pueda servir como principio probatorio de la intención de las partes de contratar.

Se exige que la póliza sea redactada con algunas características particulares, todas ellas orientadas a dotar de claridad a tan importante documento y evitar tener que acudir a la interpretación para desentrañar la voluntad de las partes. Incluso, consagra la obligatoriedad para las dos partes del contrato de seguro la firma de la póliza, medida que consideramos jurídicamente sana y diligente frente tan importante acuerdo.

Como se ha mencionado anteriormente, en Colombia, el artículo 1047 del Código de Comercio, en el que se relacionan los requisitos de la póliza, no exige la firma del tomador de la póliza, simplemente la firma del asegurador (numeral 10 del artículo). Situación que evidencia una diferencia adicional entre las legislaciones boliviana y colombiana.

4.2.1.4. Guatemala. De conformidad con el artículo 888 del ley guatemalteca, el contrato de seguro se prueba plenamente a través de dos medios: El primero de ellos, un escrito calificado llamado póliza y la confesión del asegurador respecto de su aceptación a la proposición del asegurado; adicionalmente, podrá usarse otros medios probatorios siempre y cuando exista principio de prueba por escrito.

“Artículo 888: A falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, ó por cualquier medio, si hubiere principio de prueba por escrito”. (Subrayado nuestro).

La expresión atrás resaltada es la que nos permite concluir que la póliza es el único escrito a través del cual puede probarse el contrato de seguro. En efecto, la norma no hace referencia a “escritos” en general, sino a uno particular: la póliza. Adicionalmente, a

renglón seguido determina cuáles han de ser los requisitos de este escrito, convirtiéndolo en calificado.

“Artículo 887: El asegurador estará obligado a entregar al asegurado una póliza que deberá contener:

- 1) El lugar y fecha en que se emita;*
- 2) Los nombres y domicilios del asegurador y asegurado y la expresión, en su caso, de que el seguro se contrata por cuenta de un tercero;*
- 3) La designación de la persona o de la cosa asegurada;*
- 4) La naturaleza de los riesgos cubiertos;*
- 5) El plazo de vigencia del contrato, con indicación del momento en que se inicia y de aquel en que termina;*
- 6) La suma asegurada;*
- 7) La prima o cuota del seguro y su forma de pago;*
- 8) Las condiciones generales y demás cláusulas estipuladas entre las partes.*
- 9) La firma del asegurador, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por una impresión o reproducción.*

Los anexos y endosos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual correspondan y las renovaciones, además, el periodo de ampliación de la vigencia del contrato inicial”.

De la lectura de los artículos antes transcritos concluimos que la prueba del contrato de seguro guatemalteco es un escrito, pero no cualquiera de ellos, sino una póliza, la cual tiene un contenido previamente determinado en las normas. Ahora bien, un escrito que no cumpla con estos requisitos será considerado como un principio de prueba por escrito, y por tanto, se permitirá el uso de los demás medios probatorios establecidos por la ley de procedimiento civil del país.

En tanto que la póliza es considerada como la prueba reina del contrato, se otorgó garantías a las partes para que pudieran buscar la rectificación de los textos en caso de que ellos no guardaran con fidelidad la intención de las partes al contratar.

Así se menciona en el artículo que se cita a continuación, el cual no se encuentra ubicado en el mismo título sobre normas del Contrato de Seguro, sino en el general sobre Disposiciones Generales de las obligaciones y contratos mercantiles, y por tanto, no sólo regula el tema respecto de la póliza de seguros, sino respecto de otros escritos comerciales, propios de otros contratos:

“Artículo 673. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquel en que lo recibió, y se consideran aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación.

Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expida el documento no declara al que solicitó la rectificación que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en los términos la solicitud de este último”. (El subrayado es nuestro).

Respecto de la confesión, es pertinente aclarar que ella sólo es predicable del asegurador, mas no del asegurado. Esta disposición es cuestionable por lo menos formalmente, toda vez que, para probar el contrato de seguro, deberá demostrarse la existencia de todos los elementos esenciales del mismo, los cuales en algunas oportunidades podrán ser contrarios a los intereses del asegurado, quien no tendría, por restricción legal, oportunidad de confesarlos, lo que podría perjudicar al asegurador. Entendemos que en la práctica, es más probable que sea el asegurador quien confiese la

existencia del contrato, demostrando todos sus elementos; pero esa consideración no justifica eliminar el cuestionamiento anterior.

Por ello, consideramos que, en este punto en particular, es más afortunada la redacción de la ley colombiana.

4.2.2. Aceptación exclusiva de los medios probatorios escritos. De manera semejante a las legislaciones atrás señaladas, existen otras que sólo aceptan el medio probatorio escrito para probar el contrato de seguro. En ellas, la póliza también es la prueba escrita por excelencia; sin embargo, como le hemos mencionado anteriormente, se aceptarían escritos en los que, a pesar de no contener los requisitos de la póliza, se prueben los elementos esenciales del contrato.

4.2.2.1.Honduras. De conformidad con el Código de Comercio hondureño en los artículos 1115 y 1116, el contrato de seguro se prueba por escrito.

“Artículo 1115: El contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se probarán por escrito”.

“Artículo 1116: La empresa aseguradora estará obligada a entregar al contratante del seguro, una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes. La póliza deberá contener. 1. Los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa

aseguradora; 2. La designación de la cosa o persona asegurada; 3. La naturaleza de los riesgos garantizados; 4. El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía; 5. El monto de la garantía; 6. La cuota o prima de seguro; y 7. Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales, así como las convenidas lícitamente por los contratantes “

Dos son las diferencias fundamentales entre las legislaciones hondureña y colombiana respecto del contrato de seguro. La primera de ellas, respecto de la prueba del mismo, en tanto que la legislación colombiana no solo permite el escrito, sino también la confesión.

4.2.3. Aceptación de la prueba del contrato de seguro a través de escritos y confesión. Bajo este esquema probatorio, idéntico al colombiano, sólo se aceptan como medios probatorios del contrato de seguro, el escrito y la confesión.

Respecto del escrito admitido como prueba del contrato de seguro, éste podrá ser cualquiera de los involucrados en la celebración del contrato, entre ellos, la póliza, los certificados individuales de seguro, las notas de cobertura, los certificados provisionales de la póliza ó las solicitudes de seguro, ó todos ellos unidos, conformando una prueba compuesta. Sin embargo, ellos deben tener como característica el que estén escritos y que contengan los elementos esenciales del contrato.

La póliza mantendrá su relevancia dentro de los escritos a través de los cuales se puede probar la existencia del contrato de seguro. Por ello, se regulará su contenido y la obligación del asegurador de entregarla al tomador en un tiempo asegurado.

4.2.3.1. México. El artículo 19 de la Ley de Seguros mexicana establece que el contrato de seguro, adiciones y reformas, se prueba a través de un escrito o de la prueba de la confesión:

“Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se harán constar por escrito. Ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar su existencia, así como la del hecho del conocimiento de la aceptación, a que se refiere la primera parte de la fracción 1 del artículo 21”.

Los escritos a través de los cuales se pruebe el contrato de seguro, requieren estar impresos en caracteres fácilmente legibles, así lo determina el artículo 24 de la Ley, en la que se enumeran algunos de los que tienen vocación probatoria:

“Para que puedan surtir efectos probatorios contra el asegurado, será indispensable que estén escritos o impresos en caracteres fácilmente legibles, tanto la póliza como los documentos que tengan cláusulas adicionales de la misma, los certificados individuales de seguro de grupo, los certificados de pólizas abiertas, los certificados provisionales de pólizas, las notas de cobertura, las solicitudes de seguro, los formularios de ofertas suministrados por las empresas, y en general, todos los documentos usados en la contratación del seguro”.

La aseguradora mantiene la obligación de entregar al asegurado una póliza de seguro, la cual es el escrito probatorio por excelencia, así lo determina el artículo 20 de la Ley:

“La empresa aseguradora estará obligada a entregar al contratante del seguro, una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes. La póliza deberá contener:

- 1) Los nombres y domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora;*
- 2) La designación de la cosa o persona asegurada;*
- 3) La naturaleza de los riesgos garantizados;*
- 4) El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía;*
- 5) El monto de la garantía;*
- 6) La cuota o prima del seguro;*
- 7) Las demás cláusulas que deban figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales, así como las convenidas lícitamente por los contratantes”*

Merece especial comentario el artículo 25 de la Ley, según el cual, en caso de que la póliza no concorde con lo acordado entre las partes, el asegurado podrá solicitar la rectificación del texto dentro de los 30 días siguientes al recibo de la póliza. Sin embargo, si dentro del citado plazo el asegurado no solicita la rectificación, se considerarán aceptadas las condiciones de la póliza o sus anexos modificatorios. La redacción textual del artículo es la siguiente:

“Si el contenido de la póliza o sus modificaciones no concordaren con la oferta, el asegurado podrá pedir la rectificación correspondiente dentro de los treinta días que sigan al día en que reciba la póliza. Transcurrido este plazo, se considerarán aceptadas las estipulaciones de la póliza o sus modificaciones”.

Esta sería una de las diferencias con el régimen colombiano, en el que una previsión legal expresa como la mencionada no se tiene. Sobre este tema ya nos referimos en el capítulo anterior; en esa oportunidad concluimos que, en realidad la solución a la que se llega a la luz de las normas generales del Código de Comercio colombiano es la misma, es decir, que la póliza en sí misma considerada es una contraoferta, que podrá ser aceptada expresa ó tácitamente por el tomador, o incluso, ser rechazada, dando fin a la relación que los unía.

5. LOS SEGUROS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Aun cuando pareciera no existir una relación estrecha entre el comercio electrónico de seguros y la reforma al régimen del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, ya que, como lo veremos a continuación, antes de la reforma establecida por la Ley 389 de 1997, este mecanismo de distribución era viable legalmente, sí consideramos que este nuevo régimen, facilita el desarrollo de estos mecanismos. Por eso, incluiremos un breve estudio al respecto, resaltando que por cuestiones de espacio y pertinencia, no analizaremos otros puntos fundamentales que se encuentran íntimamente relacionados con él.

Comencemos entonces mencionando que, el uso del comercio electrónico ha crecido sustancialmente en estos años y continuará haciéndolo en el futuro. La industria de servicios financieros se ha visto envuelta activamente en este medio de comercialización debido al potencial que tiene respecto del mercadeo y distribución de los servicios. La industria aseguradora no podía quedarse atrás, y poco a poco las aseguradoras internacionales dan fe de que el comercio electrónico de seguros también es posible.

En Colombia, la viabilidad jurídica de realizar ventas de seguros a través del internet es total. Al respecto, cabe citar un concepto emitido por la Superintendencia Bancaria en el que se menciona lo siguiente: “Al no existir regulación al respecto, considera esta Superintendencia que la comercialización de seguros a través de la Internet no tiene

impedimento desde el punto legal, en desarrollo de lo previsto en los artículos 6º. 20 y 333 de la Constitución Nacional”²³⁸.

Lo anterior también es reiterado por la Ley 527 de 1999 que regula el comercio electrónico y se establece que uno de sus campos de aplicación podrá ser la actividad aseguradora. En el literal b) del artículo 2 de la citada Ley se menciona lo siguiente, haciendo referencia al comercio electrónico: “Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno ó más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones comerciales comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o de intercambio de bienes y servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles **y de seguros**; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería, (...)”. (El resaltado es nuestro).

Sin embargo, el uso del comercio electrónico para las transacciones comerciales en general, y en especial, en la actividad aseguradora, trae múltiples incógnitas jurídicas. Una de ellas, sin lugar a dudas, la determinación de la legislación aplicable a la transacción misma y a las partes.

Tal como se refleja en el concepto de la Superintendencia Bancaria sobre la venta de seguros a través del internet, uno de los mayores problemas que enfrenta este sistema de distribución es la determinación de la ley aplicable a la relación contractual. Para la Superintendencia Bancaria este tipo de canales “generaría complejos problemas de definición de la ley aplicable al contrato, en relación con su existencia, naturaleza, validez,

²³⁸ Concepto No. 960373740 de 1996 de la Superintendencia Bancaria.

efectos, consecuencias y ejecución”. Sin embargo, no puntualiza nada al respecto y simplemente concluye con que, el hecho de que las compañías aseguradoras colombianas realicen este tipo de negocios “no las exime del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la intervención estatal en la actividad aseguradora, de la inspección a la que están sujetas por parte de la Superintendencia, ni en lo pertinente, de las normas cambiarias y tributarias que resulten aplicables”²³⁹.

La incógnita es amplia, toda vez que las aseguradoras colombianas, al mantener un canal de este tipo, podrían acceder a mercados internacionales, caso en el cual sería problemático la determinación de la ley aplicable, ó peor aún, si se resolviera que la aplicable sería la ley del país donde se ubicara el riesgo asegurado, ya que las aseguradoras desconocen las leyes y exigencias de otros países. Por ello, la sugerencia que encontramos procedente efectuar sobre este punto, es que, por ahora, se mencione en la página de internet que la aseguradora sólo ofrece sus seguros en un ámbito nacional²⁴⁰.

Mientras que, si el internet es utilizado para la comercialización de seguros en un ámbito puramente nacional, es claro que la ley colombiana es la aplicable. En efecto, el artículo 869 del Código de Comercio establece que si los contratos se ejecutan en Colombia, las leyes que lo han de regir serán las colombianas.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Respecto de aseguradoras del exterior que pretendan asegurar riesgos ubicados en el territorio nacional, debemos mencionar que ésta es una conducta de las prohibidas por la Ley colombiana en el numeral 1 del artículo 188 del Estatuto Orgánico Financiero, que a su tenor reza: “Restricción al aseguramiento en el exterior. Cuando se tomen seguros sobre barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en el territorio colombiano, éstos deberán contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia o con entidades aseguradoras del exterior, previa autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Bancaria. Al mismo principio estará sujeto el aseguramiento de los residentes en el país, en cuanto a sus personas o sus responsabilidades, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el periodo de duración de dicho viaje”.

Ahora bien, teniendo en consideración la conclusión a la que llegamos respecto de la ley aplicable, es pertinente analizar el tema del perfeccionamiento del contrato de seguro cuando se utiliza el comercio electrónico.

Tal como hemos venido estudiando, en virtud de lo establecido por la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro es de aquellos que la doctrina denomina “consensuales”, es decir, que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, sin importar el medio utilizado para efectuar la comunicación de la oferta y la aceptación del negocio; que en el caso particular de la venta de seguros a través del comercio electrónico, será el mensaje de datos. En este punto, es pertinente aclarar que, si el contrato de seguro mantuviera su carácter formal, el procedimiento para el perfeccionamiento del mismo sería por lo menos, más difícil de lo que es actualmente, toda vez que tendría que expedirse una póliza electrónica y plasmar en ella la firma digitalizada del asegurador, para que se cumpliera la formalidad y por lo tanto se concluyera el contrato. Incluso, los mensajes a través de los cuales se acordaran las condiciones del negocio no servirían como medio probatorio. Mientras que en la actualidad, un simple cruce de mensajes de datos a través de los cuales las partes llegaran a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato sería suficiente para su perfeccionamiento y las normas actuales sobre comercio electrónico establecidas por la Ley 527 de 1999, darían valor probatorio a dicha operación electrónica.

Es pertinente analizar el contenido de la Ley 527 de 1999. El literal a) del artículo 2, define los mensajes de datos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax”. Igualmente, en el artículo 5 de la mencionada ley, se otorga plena validez y fuerza obligatoria a la información contenida en los mensajes de datos, lo que

determina que los acuerdos que se logren a través de este medio, generarán plenos efectos jurídicos.

Posteriormente, el artículo 14 establece que “en la formación de los contratos, salvo acuerdo expreso por las partes, la oferta y la aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos” y continúa mencionando que “No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”.

La lectura de los artículos anteriores no hacen más que confirmar la original apreciación de la Superintendencia Bancaria respecto de la viabilidad de efectuar todo tipo de contratos y en especial, contratos de seguro por este medio.

Pero la Ley 527 de 1999 se extiende aun más y en el artículo 10 establece la total admisibilidad de los mensajes de datos como medio probatorio de las relaciones jurídicas que de ellos nazcan, siempre y cuando se pueda tener certeza sobre “la confiabilidad sobre la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique su iniciador y cualquier otro factor pertinente”. Valga la pena mencionar que, artículos de la misma Ley y el Decreto 1747 de 2000 que la reglamenta, se encargan de regular de manera detallada el manejo mismo del mensaje de datos en cuando a su generación, envío, conservación y archivo para generar la confiabilidad necesaria para que tengan vocación probatoria.

La utilización del mensaje de datos determina el contenido escrito del negocio asegurador cuando se realiza a través de correo electrónico. Así que le serán aplicables las normas sobre oferta escrita y aceptación.

Se pueden diseñar diferentes maneras de iniciar la negociación: Habrá algunas aseguradoras quienes en su página de Internet describan los elementos esenciales del contrato y que permitan que la aceptación del mismo por parte del cliente se realice a través del envío de un mensaje de datos; otras, harán una descripción de los seguros, amparos, exclusiones y solicitaran al cliente el diligenciamiento de una información, para que, con ella, puedan efectuar una cotización y de esta manera, completar los elementos esenciales del negocio (como el pacto de la prima), para someter la oferta al conocimiento del prospecto tomador. La discusión sobre de quién proviene la oferta de seguros es bizantina y no es de utilidad.

En conclusión, aun cuando se puede afirmar que el contrato de seguro a través de la internet también era viable jurídicamente antes de la Ley 389 de 1997, es pertinente reconocer que la flexibilidad que ella trae en cuanto su perfeccionamiento y prueba, permite que dicho mecanismo fluya con mayor agilidad y simpleza frente al régimen anterior.

Es pertinente mencionar el tema de los seguros en internet no se limita a los breves comentarios a los que se ha hecho referencia, y que por el contrario, hay muchos aspectos adicionales que deberán abordarse al desarrollar este tipo de proyectos. En tanto que consideramos que no tienen una relación directa con el presente Trabajo, no serán estudiados en él, y simplemente nos limitaremos a enunciarlos, sin que con ello pretendamos que se encuentren la totalidad de ellos: La Autorización de productos a

comercializar, consideración de los operadores de la página de Internet como Intermediario de Seguros, firmas digitales, envío de documentos (póliza de seguro), pago de la prima de seguro, conservación de los mensajes de datos a través de los cuales se perfeccione el contrato de seguro, la seguridad que ofrecerá el sistema para garantizar la privacidad en los datos suministrados a través de los mensajes de datos, el régimen legal de la publicidad y promoción de los productos comercializados por las aseguradoras y en especial su aplicación en la página de internet, y verificar el apropiado registro de sus marcas y nombres de dominio de las páginas, entre otros.

Con ello, podemos concluir que la nueva estructura de perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro plasmada en la Ley 389 de 1997 sí cumple con la expectativa de acoplarse a las condiciones modernas, dinámicas y ágiles que exigen los negocios comerciales, y más cuando nos encontramos en el siglo XXI.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este Trabajo de Grado pudimos estudiar en forma detallada la regulación actual sobre perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro en Colombia, sus orígenes, implicaciones, ventajas y desventajas.

Capítulo primero:

1. En el primer capítulo, dedicado a la formación de los contratos en general, fueron varios temas los analizados: El primero de ellos, y en tanto que se convierte en el fundamento último de la contratación, el principio de la Autonomía de la Voluntad. Mencionamos que dicho principio, entendido como la facultad de las personas para autorregular sus intereses a través de actos jurídicos como el contrato, se encuentra sujeto también a límites y cargas, cuyo sustento se encuentra en la protección al interés general. Es decir, los individuos tendrán la facultad de satisfacer sus necesidades a través de la celebración de contratos, siempre sujetos a lo que establezca la ley.

2. El segundo de los temas analizados en este capítulo fue las etapas mismas de formación de los contratos: Los tratos preliminares, oferta y aceptación, estudio que nos permitió comprender las instancias que debe cumplirse para el perfeccionamiento de los mismos. Concluimos que el consentimiento, entendido como la coincidencia en la voluntad de las partes respecto de la celebración de un contrato con unas características particulares (elementos esenciales, naturales y accidentales) y el objeto sobre el cual recae dicha manifestación de voluntad, son los que permiten la formación del contrato.

Capítulo segundo:

1. Posteriormente, en el capítulo segundo del Trabajo, concluimos también que, para que el contrato se perfeccione, y dependiendo de lo establecido en la ley, se requería que la voluntad de las partes se manifieste a través de un medio, de una “forma”, la cual podría ser libre, en el caso de los contratos consensuales, ó específicas para contratos reales y solemnes.

Todo lo anterior, nos sirvió de fundamento para encontrar las diferencias entre los esquemas formalistas y consensuales que se presentan en la contratación, su origen y las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

2. En efecto, el hecho de que por ley, los contratos reales y solemnes estuvieran sujetos al cumplimiento de una formalidad específica (formalidades ad sustanciam actus) para que se entendiera manifestada la voluntad de las partes, hacía por lo menos, que su formación fuera compleja y demorada, pero a la vez, dichas formalidades preconstituían pruebas, lo que dotaba de seguridad a la relación comercial. Mientras que, aquellos en los que, con la simple manifestación de la voluntad verbal ó a través de hechos que permitieran colegir la intención de las partes contratar, se perfeccionara el contrato, se obtenía agilidad y eficacia en la celebración, características altamente favorables en las relaciones comerciales, pero a la vez, generaban dificultades en la prueba del contrato.

3. En ese capítulo, el estudio del formalismo nos llevó a identificar las diferentes clases de formalidades, entre ellas las formalidades Ad sustanciam actus, y las Ad probationem; las primeras, como lo mencionamos, proporcionan el medio para que la voluntad de las

partes se “vierta” en la negociación. Las segundas, también establecidas por ministerio de la ley, sirven para la constitución de pruebas de los contratos.

Los temas desarrollados en los dos primeros capítulos de esta Trabajo, sirvieron como fundamento para comprender las inmensas diferencias que trajo la Ley 389 de 1997, que, como repetidamente lo hemos mencionado, procuró la consensualidad del contrato de seguro y estableció para él un régimen probatorio diferente, entre otros temas regulados. A ello nos dedicamos en el capítulo tercero del Trabajo.

Capítulo Tercero:

1. Desde hace más de dos siglos, el contrato de seguro había obedecido al formalismo consistente en la suscripción de la póliza por parte del asegurador para entenderse perfecto (formalidad ad sustanciam actus); adicionalmente, la póliza en su calidad de documento escrito, era el único medio legal y conducente para su prueba.

2. El mencionado esquema ofrecía como ventaja la certeza en el momento de iniciación de los efectos del contrato, justamente aquel en el que se suscribiera la póliza por parte del asegurador. Pero ello, unido a la situación fáctica de que las aseguradoras demoraban por múltiples factores la expedición de las pólizas, hacía que los asegurados sólo obtuvieran la protección de sus intereses tiempo después al que en realidad necesitaban el amparo. Así que la supuesta “seguridad jurídica” que se generaba con el esquema formalista, no era tan cierta y contrariaba la agilidad y efectividad requeridas en los negocios comerciales y en especial en los seguros a través de los cuales se protege el patrimonio económico y el futuro de los individuos. En efecto, de qué sirve tener la certeza de un derecho, cuando éste no se obtiene en el momento en que se necesita?

3. Poco a poco la costumbre fue contrariando la ley y no en pocos casos las aseguradoras mencionaban a sus clientes que la asunción del riesgo era efectiva mucho antes de que se suscribiera la póliza, situación que además de ser ilegal, contrariaba los intereses mismos de los asegurados quienes no podían sustentar su derecho.

A nuestro juicio, fueron precisamente estos dos factores los que determinaron la adopción de un esquema diferente para el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro. La evolución comercial de este siglo en el mundo y en Colombia en particular, que exigía flexibilidad y celeridad no soportaba más el formalismo propio de épocas antiguas.

4. El contrato de seguro requería de una regulación moderna en la que la libertad de forma predominara, una regulación semejante a la ya presente en varios países del mundo y en especial en la mayoría de países iberoamericano desde hace décadas atrás.

5. El maestro Efrén Ossa reconoció este hecho y en ese sentido en el proyecto de reforma del Código de Comercio en el año 1958 propuso su modificación. Sin embargo, esto sólo se materializó en el año de 1997, en los que factores como los atrás descritos y la protección al asegurado fue lo más importante.

6. Con la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro no requiere de una forma específica para perfeccionarse, convirtiéndose en consensual, es decir, genera plenos efectos jurídicos con la aceptación de la aseguradora a la solicitud del tomador de celebrar el contrato en las condiciones discutidas. A pesar de lo anterior, esa misma Ley establece que la prueba del citado contrato se hará a través de dos medios exclusivos: El escrito y la confesión (formalidades ad probationem).

7. Respecto del perfeccionamiento del contrato de seguro, teniendo en consideración este nuevo régimen, las tratativas preliminares del contrato mantienen su importancia, ya que las aseguradoras deberán ser más eficientes en el proceso de suscripción de riesgo, el cual tendrán que efectuar durante esta etapa, ya que una expresión verbal de aceptación del contrato, lo perfeccionará.

7.1. Los escritos que surjan en este proceso podrán ser de utilidad para enmarcar las condiciones propias del contrato.

7.2. La oferta de seguro, manifestada por el tomador a través de manera oral deberá ser aceptada por el asegurado en ese mismo momento, ó siendo por escrito, sólo podrán demorar en su respuesta máximo 6 días, so pena de caducidad.

7.3. Para la aceptación del seguro ya no se requerirá de la suscripción de la póliza, lo que permitirá que el perfeccionamiento del contrato sea más ágil, en beneficio de ambas partes.

7.4. El inicio de la cobertura será el que las partes determinen, sea éste posterior al acuerdo o desde el mismo instante en el que se alcance el consentimiento de las partes. Encontramos en ello, sin lugar a dudas, mayor transparencia jurídica que la que podía ofrecer la regulación anterior.

8. Para las aseguradoras, quienes en la actualidad y debido a la gran competencia, buscan mejorar su servicio al cliente, la nueva regulación respecto del contrato de seguro y su prueba representa un reto e incluso un riesgo muy grande. En efecto, aun cuando les permite “legalizar” una conducta que llevaba años y por lo tanto ofrecer un mejor

servicio, requieren de un esfuerzo administrativo extraordinario para encontrarse legalmente protegidas.

8.1. En primera instancia, es ideal que desarrollen algunos manuales, por lo menos de suscripción y contratación. Con el primero, se debe determinar un procedimiento rápido y efectivo de selección, cuyo análisis como ya lo mencionamos, debería efectuarse durante el periodo de las tratativas ó máximo, en el tiempo que se tiene para responder la oferta presentada por el asegurado.

8.2. En el Manual de contratación, preferentemente con base en lo establecido por la Junta Directiva, el representante legal de la aseguradora debe hacer una delegación de la facultad de contratación a aquellas personas que se considere necesario. Dicho Manual deberá ser dado a conocer a todos los empleados, a los intermediarios y a los clientes directos. Con ello se dará transparencia y se evitará futuros problemas como los relacionados en capítulos anteriores y en especial, a aquel de la representación aparente en el perfeccionamiento del contrato de seguro.

8.3. En el mismo Manual de Contratación al que hemos hecho referencia, es importante incluir la política de que se lleve un archivo que contenga información sobre las negociaciones que se hayan realizado en los tratos preliminares y obviamente conservar la oferta y aceptación de seguro; dichos escritos sirven como prueba del contrato y de sus condiciones.

9. En cuanto al esquema probatorio adoptado por la Ley 389 de 1997, encontramos que es adecuado y que sirve para equilibrar la balanza entre la consensualidad y la seguridad jurídica, ambas características deben estar presentes en la regulación del contrato de

seguro. En efecto, la permisión de todos los medios probatorios legalmente admitidos hubiera podido generar conflictos futuros. La prueba documental escrita y obviamente la confesión, son medios que permiten obtener certeza total sobre la realidad de la relación existente: La primera, por la dificultad y el gran riesgo legal que generaría la falsificación documental, la segunda, porque nadie confesaría en su contra el hecho de la realización de un contrato de seguro, cuando ello no sea cierto.

Así que, consideramos el esquema utilizado más seguro que el utilizado en países como Argentina, donde puede utilizarse cualquier medio probatorio si existe un principio de prueba por escrito, en tanto que la existencia de un principio de prueba puede ser fácilmente accesible por las partes sin que implique la real existencia del contrato y por el contrario, se da cabida a otros medios probatorios, sobre los cuales es más susceptible su falsificación.

9.1. Aun cuando la póliza no sea el único medio escrito a través del cual se pueda probar el contrato, ella mantiene sus efectos contentivos de la relación jurídica y probatorios.

9.2. Podríamos afirmar que, la póliza mantiene su condición de prueba reina: En ella se contemplan las condiciones generales y particulares del negocio, lo que sin lugar a dudas, evitará problemas probatorios a la hora de determinarlas, los cuales de presentarse, no tienen una solución clara en la norma. Adicionalmente, se mantienen ciertas prerrogativas de carácter procesal como el hecho de que las firmas de las pólizas se presuman auténticas y que en las condiciones establecidas por la ley, preste mérito ejecutivo, propiedades que, como vimos anteriormente, no tienen los demás escritos con los que se prueba el contrato.

9.3. Por ello, las aseguradoras deben buscar la rápida expedición de la póliza en la que se plasme las condiciones generales y particulares en las que se llegó al acuerdo. Dicha conducta no sólo permite la ejecución de un servicio realmente eficaz y eficiente frente al cliente, sino que además elimina los riesgos jurídicos especialmente probatorios, que pueden surgir en caso de que la póliza no haya sido oportunamente expedida.

9.4. Recordemos que la misma Ley 389 de 1997 establece que, en caso de que la póliza no se expida, se puede acudir a aquella que la aseguradora haya depositado previamente en la Superintendencia Bancaria para el amparo del mismo riesgo ó aquella que se encuentre a disposición de este mismo organismo en las oficinas de la aseguradora. Sin embargo, esta solución no es más que parcial, ya que podría haber dificultades en la prueba de las condiciones particulares de la negociación.

10. Del tercer capítulo de esta Trabajo también podemos concluir que, a nuestro parecer, y aquí debemos ser estrictamente cuidadosos en resaltar que como lo hemos mencionado, otros tienen una opinión diferente, algunas de las normas del régimen general del contrato de seguro se ven tácitamente modificadas por La ley 389 de 1997. Quienes consideran que no se ven modificadas, alegan que dicha Ley modificaba simplemente los artículos relativos a perfeccionamiento y prueba del contrato y no así el resto; también soportan su posición en el hecho de que la póliza mantiene su vigencia.

Sin embargo, es pertinente que recordemos que la estructura general del antiguo régimen del contrato de seguro en el Código de Comercio tenía como principio orientador el formalismo en el contrato de seguro y por ello, muchas normas hacían referencia a la póliza de seguro. Ahora, con el cambio al que ya hemos hecho referencia, la póliza no es más que uno de los escritos a través de los cuales se puede probar el contrato, situación

que por su relevancia, nos conduce a afirmar que artículos como el 1040 (seguro por cuenta de terceros), 1048 y 1049 (sobre modificaciones y prórrogas al contrato), 1061 (sobre constitución y prueba de las garantías), 1066 (sobre pago de la prima), y 1071 (sobre revocación del contrato de seguro) del Código de Comercio han sido tácitamente modificados por la Ley 389 de 1997.

En efecto, todas esas normas, hacían referencia a la póliza como medio de constitución y prueba de algunas de las condiciones contractuales, es decir, sólo si se consagraba en la póliza, se podía probar la obligación de constituir garantías, de determinar que el seguro se hubiera constituido por cuenta de un tercero, la modificación y prórroga del contrato.

10.1. Nuestra opinión es que, luego de la Ley 389 de 1997 todas estas condiciones particulares a las que hemos hecho referencia se perfeccionan de manera consensual y se prueban de la manera que lo establece la ley, a través de escritos, sean ellos póliza u otros, y la confesión.

10.2. A nuestro juicio el artículo 1066 del Código de Comercio también ha sido modificado tácitamente, toda vez que bajo el régimen actual, las obligaciones para ambas partes (inicio de cobertura a cargo del asegurador, y pago de la prima para el tomador), surgen desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato, aún verbalmente.

10.3. La entrega de la póliza se constituye en una carga para el asegurador con efectos netamente “probatorios”, mas no constitutivos.

10.4. Por ello, sería ilógico pensar en que sólo con la entrega de la póliza se materializara la obligación del tomador consistente en el pago de la prima. Consideramos que dicha

obligación debería efectuarse, salvo pacto en contrario acordado por las partes, dentro del mes siguiente a la fecha del perfeccionamiento del contrato, aún sea a través de un acuerdo verbal.

10.5. Respecto al artículo 1071 del Código de Comercio, consideramos que éste se modifica tácitamente por la nueva ley, pero de manera parcial. En efecto, al ser uno de esos artículos que de conformidad con el artículo 1162 de la misma codificación sólo puede ser modificado en beneficio del tomador o del asegurado, sólo puede verse modificado el aparte en que se señala la forma de revocación del contrato cuando proviene del asegurado. Así, el asegurador deberá mantener el formalismo para la revocación del contrato consistente en el envío por escrito al asegurado en ese sentido, mientras que, el asegurado (en beneficio propio) podrá dar por terminado el contrato aun verbalmente, con los efectos que dicho acto genera.

10.6. En cuanto a los artículos relacionados con la póliza misma como medio de prueba escrito del contrato, es procedente concluir dos cosas: Tanto el mérito ejecutivo que se otorga a la póliza (artículo 1053 del Código de Comercio), como su condición de documento auténtico (artículo 1052 del Código de Comercio), son atributos otorgados por ministerio de la ley, a través de normas de características procesales, de obligatorio cumplimiento y de interpretación restrictiva; razón por la cual, no consideramos que se puedan extender a otros medios escritos con los cuales se pruebe del contrato de seguro.

10.7. Debemos también en este punto mencionar que la Ley 389 de 1997 mantiene ciertos vacíos ante cuestionamientos como ¿Qué sucede si la póliza contiene condiciones generales o particulares diferentes a las acordadas verbalmente? Sobre el particular, concluimos que si el tomador no se percata de esta situación, se entenderá que ha

aceptado una nueva oferta de contrato presentada por la aseguradora y por tanto, entrarán a regir las condiciones escritas en la póliza no impugnada. Sin embargo, la duda sobre esta solución es grande, toda vez que es difícil pensar que un contrato perfeccionado inicialmente bajo unas condiciones, pueda ser modificado posteriormente, entendiendo que el tomador ha efectuado una aceptación tácita a unas nuevas condiciones.

11. Concluimos también que, además del escrito, la Ley 389 de 1997 permite que la confesión sea utilizado como medio de prueba del contrato de seguro y que, para su aplicación, deberán seguirse las normas procesales propias de este medio probatorio.

Capítulo Cuarto:

1. Luego de analizar las legislaciones que regulan el contrato de seguro en más de diez países iberolatinoamericanos, podemos encontrar que existen varias tendencias legislativas respecto del perfeccionamiento y prueba del contrato.

2. La primera de ellas, asume una tendencia formalista en la que el contrato se perfecciona a través de la póliza, ya sea con actos como la emisión ó la suscripción de la misma por parte del asegurador.

3. Una segunda tendencia, es la que predica un sistema más liberal en el que se acepta la consensualidad en el perfeccionamiento del contrato.

4. Sin embargo, dentro de los países en los que se adopta esta última tendencia, no hay un esquema probatorio unificado. En efecto, algunos países liderados por Argentina,

aceptan como medio de prueba del contrato el escrito (sea póliza u otro diferente), la confesión, y los demás medios probatorios siempre y cuando exista principio de prueba por escrito.

Otros, aceptan como medio probatorio el escrito y la confesión, pero no aceptan otros medios de prueba así exista principios de prueba escritos.

5. Lo que sí podemos establecer es que ninguna de las legislaciones descarta la póliza como medio probatorio escrito, sino que por el contrario, consagran la obligación al asegurador de entregarla al tomador e incluso, en algunos casos, determinan sus requisitos mínimos.

6. Por ello, se concluye que, no importa el esquema de perfeccionamiento del contrato, la póliza seguirá siendo la prueba reina del contrato de seguro, y por tanto, “todo conduce a ella”. Así el contrato sea consensual, se requerirá de ella para probar la existencia de la relación y sus condiciones, así que todos los esfuerzos administrativos que realicen las aseguradoras para que su expedición sea rápida y conforme con las estipulaciones acordadas entre las partes, otorgará mayor transparencia y seguridad jurídica en los negocios.

Capítulo Quinto:

1. Finalmente, es también importante resaltar que la consensualidad en el contrato de seguro también permite el acceso del sector asegurador a otros mecanismos de comercialización más acordes con las circunstancias y condiciones modernas. Los métodos tradicionales de comercialización como la venta directa ó a través de agencias o

almacenes, además de ser costosa, no permite el acceso a la masa de la población, no permite al asegurador ser proactivo en la creación de necesidades y búsqueda de nuevos mercados en los clientes potenciales.

2. A través del teléfono y el internet, es posible conectarse con un número mayor de personas, a unos costos más razonables.

3. La comercialización del internet, aun cuando como vimos en apartes anteriores fue considerada legal desde antes de la promulgación de la Ley 389 de 1997, ahora es más común y más fácil. La ventaja, al igual que en el esquema anterior, es que la protección se obtienen desde el mismo momento en que se llegue a un acuerdo a través del mensaje de datos.

Todo lo anterior nos permite concluir que la reforma al contrato de seguro a través de la Ley 389 de 1997, salvo algunos interrogantes que debemos despejar en el futuro, fue un éxito y que no sólo otorga beneficios a los asegurados, sino que motiva a las aseguradoras a ser más efectivas y eficaces y les coloca nuevos retos administrativos y comerciales en pro de su desarrollo y protección legal. La Ley 389 de 1997 permitirá que el sector asegurador tenga las herramientas necesarias para ser competitivo a nivel mundial, lo que a su vez redundará en beneficios para el país en general.

BIBLIOGRAFÍA

ABELENDIA, Cesar Augusto, Derecho Civil, Parte General, T.II, Buenos Aires: 1980, p. 223

ABELIEUX M., René. Las Obligaciones, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.80.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Alejandro. De los contratos. Santafé de Bogotá D.C.: Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile, p. 8 – 10, 32, 67 - 89.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II. 2ª Edición. Medellín: Editorial Jurídica Dike, 1993, p.17.

BARRERA TAPIA, Carlos Dario. Los seguros y el derecho civil. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colección Profesores No. 2, 1991, p. 13.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1959, p. 51.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Principios Jurídicos del seguro. Tercera Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1996, p. 93 - 95.

CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Bogotá : Editorial Temis, 1979, p. 25 – 85.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO

CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de casación, expediente 4880, 4 de Abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta.

-----, Sentencia de casación, 23 de noviembre de 1989. Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.

DEL VECHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947, p.345.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Características esenciales del derecho civil moderno. Medellín: Ediciones de la revista "Estudios de Derecho", 1943, p. 73 – 76.

DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Santafé de Bogotá: Colombo Editores, p. 13.

DONATI, Antígono. Los seguros privados: manual de derecho. Barcelona: Bosch, 1960, p.8 – 39, 167 – 178, 249 – 255, 263 – 273.

EILER RAUCH, Sara. De la formación del consentimiento en los contratos, Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1935. p. 6 - 84.

ESCOBAR, SANIN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales, Tomo II, Bogotá: p. 379 - 477.

ESGUERRA SAMPER, José María. Apuntes de Derecho Probatorio. Bogotá Colombia: Colección Profesores No. 6 Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1991., p- 15 – 20.

ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO.

FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA, Circular de Presidencia NO. 019, Bogotá Colombia, 1998.

FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA – ACOAS. Manual de Operación general: Implementación de la Nota de Cobertura, Santafé de Bogotá: 1996.

FELIX MORANDI, Juan Carlos. Proyecto de Armonización de la Legislación del contrato de seguro. Lima: Primer Encuentro Internacional de Seguros y Reaseguros, 1995.

FIDES (FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE EMPRESAS DE SEGUROS) Y FASECOLDA (FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS). Legislación comparada de seguros en los países iberoamericano Tomo I y II, Bogotá: 1997.

-----. El contrato de seguros: Legislación vigente. Colombia: 1999.

GALVIS SEGURA, Sonia. Ponencia : Consensualidad del contrato de seguros, Visión Jurídica, Seminario promovido por Fasecolda y Acoas sobre "Reformas al contrato de seguro y al Régimen de las Compañías y los Intermediarios de seguros". Bogotá: Septiembre de 1997.

GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid: Aguirre, p. 9 – 12, 54, 113 – 125.

GOMEZ VIDES, Alejandro. Artículo: La naturaleza jurídica y los efectos de la póliza de seguro. Bogotá: Revista Iberoamericana de seguros, Volumen I, 1992, p. 177.

HALPERIN, Isaac. Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 23 – 62.

HINESTROSA, Fernando. Estudios de Derecho privado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 23.

HINESTROSA REY, Martha. Tesis de Grado. La formación del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 1988, p. 8 - 30

HERRERA JARAMILLO, Francisco José. Filosofía del Derecho, Ciencias Jurídicas, Colección Profesores 14, Pontificia Universidad Javeriana. Santafé de Bogotá D.C.: 1996, p.128.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Estructura de la forma en el contrato de seguro. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 10 – 180.

LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato, Volumen 1, Santafé de Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1993, p. 59 – 243, 407 – 413.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Dupre Editores, 1993, p. 22-31, 89 – 111.

----- . Contrato de Seguro. Bogotá Colombia: Dupre Editores, 1999., p 22 – 45

----- . Artículo. Implicaciones de la consensualidad en el contrato de seguro, luego de la reforma introducida en Colombia por la Ley 389 de 1997. Revista Iberoamericana de seguros, Tomo 12, Noviembre de 1998, p. 239 – 257.

LOZANO LOPEZ, Rodrigo. Tesis de Grado: El formalismo y su consideración en el Código Mercantil colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1982, p. 5 – 137.

MAESTRÍAS 1: La Modernización de la actividad aseguradora en Colombia – en el ámbito técnico, jurídico y financiero. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas, Maestría en Derecho de Seguros, p. 48, 310.

MONROY CABRA, Marco G. Introducción al Derecho. Undécima Edición. Santafé de Bogotá D.C.: Editorial Temis, p. 9, 426 - 434.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. El contrato de seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.9 – 84.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos. Bogotá: Editorial Temis, 1980, p. 6 – 29, 170.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y de los demás actos y negocios jurídicos. Cuarta Edición. Santafé de Bogotá D.C.: 1994, p. 6 – 29, 91.

OSSA G. J. Efrén. Teoría General del Seguro: El contrato. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1991, p.581.

----- . ----- . 1984, p. 23-47, 223- 255.

----- . Tratado elemental de seguros. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Lerner, 1963, p. 131 – 147, 265- 278, 363 – 378.

----- . ----- . Medellín, Colombia: Editorial Bedout, 1956, p. 9 – 18, 140 – 151, 210 – 220.

PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las Obligaciones, Volumen 1, parte 1. Bogotá: Editorial Temis, 1966, p – 88.

PICARD, Maurice y BESSON, André. Les Assurance Terrestres en Droit Francais, Tome 1. Paris : 1964, p. 51 – 98.

RAMIREZ GOMEZ, José Fernando. La prueba documental teoría general. Medellín Colombia : Señal Editora, 1997, p. 24 – 43, 77-98.

RUIZ RUEDA, Luis. El contrato de Seguro. México : Porrúa, 1978, p. 1- 119

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil, Tomo I, Bogotá : Ciencias Jurídicas, Colección profesores, 1996, p. 61.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Curso de derecho de seguro privado: Introducción, estatuto del empresario del seguro privado y el de sus colaboradores. España: Server-Cuesta. 1961, p. 37 – 49.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Milán: Casa Editorial de Dr. Francesco Villardi, 1964, p. 15.

SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Proyecto de Ley No. 065 de 1995.

STIGLITZ, Rubén S. Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, p. 24- 95.

------. Seguros y Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de palma. 1978., p. 150 – 230.

STIGLITZ, Rubén S. Y STIGLITZ, Gabriel A. Seguro contra responsabilidad civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991., p. 11-207.

SUESCÚN, Jorge. La Oferta y la Aceptación: Análisis de derecho comparado y comentarios para la modificación de la legislación vigente. Bogotá: p. 305 - 386.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto número 960373740 de 1996.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires: Editorial Universidad, p.218 - 343.

VIVAS DIEZ , Gabriel Jaime. Artículo : Comentarios al Nuevo Régimen Probatorio del Contrato de Seguro. Revista No. 88 de la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda). 1998, p. 10 – 13.

----- . Artículo: la Consensualidad del Contrato de Seguro ley 389 de 1997. Principales implicaciones de la reforma en las normas del Código de Comercio. Revista de la Asobancaria y de Entidades Financieras de Colombia.

ZAGO, Jorge Alberto. El consentimiento en los contratos y la Teoría de la lesión. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981, p. 23 – 106.

ZULETA HOLGUIN, Francisco. Mecánica Procesal del Contrato de seguro. Santafé de Bogotá: Editorial Dintel, Colegio de Abogados Comercialistas, p. 16.