

Perfeccionamiento y prueba del Contrato de Seguro

–Reflexiones generales en torno al Derecho Colombiano. Proyección internacional–*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.**

Fecha de recepción: 6 de Mayo de 2011
Fecha de aceptación: 15 de Mayo de 2011

SUMARIO

1. Preliminares
2. Reformas al contrato de seguro
3. Establecimiento de la consensualidad contractual. El perfeccionamiento del contrato de seguro

* El presente escrito inédito, es el fruto de la investigación que en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana realizó el autor desde una perspectiva analítica y reflexiva sobre el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro en torno al Derecho Colombiano, para la recepción como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho y Economía de Seguros y Reaseguros de la Universidad Católica de Lovaina-Bélgica. Presidente Mundial de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) durante el periodo 2002-2010, y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala civil durante el periodo 1999-2007. Actualmente es Decano y profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y el director de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros.

Correo electrónico: jaramillo-carlos@javeriana.edu.co

- A) Generalidades. Significado y antecedentes legislativos previos a la reforma de 1997
- B) La prueba del contrato de seguro. Generalidades
- C) La prueba documental
 - a) La prueba documental y el llamado “principio de prueba por escrito”
 - b) Fundamentos primordiales de la adopción de un régimen especial en materia probatoria (restricción probatoria)
 - c) Alcance y significado del “escrito” exigido por la ley, y prueba de las modificaciones, cambios y ajustes relativos al contrato de seguro
 - d) La prueba por confesión
 - e) Legislación comparada. Visión internacional en torno al perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro
 - f) Balance general de la reforma, artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio

RESUMEN

A través del estudio investigativo sobre el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro en torno al derecho colombiano y con el fin de revisar las normas del Contrato de Seguro, de una manera completa y no en forma aislada, pretende el siguiente texto analizar la Ley 389 de 1997 de la República de Colombia, en virtud de la cual se modificaron los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, mediante el estudio de los temas que expresamente se ocupó dicha normatividad, relativos al perfeccionamiento del Contrato de Seguro (establecimiento de su consensualidad), régimen probatorio del seguro (prueba restringida) y la delimitación de la cobertura en los Seguros de Manejo y Riesgos Financieros, y en los de Responsabilidad Civil (sistema *claims made*).

Igualmente se persigue realizar un examen comparado, dada la relevancia de la experiencia internacional (legislativa, jurisprudencial y doctrinal), como por ejemplo de la aventajada legislación argentina, que sin duda es modelo en esta y en otras materias, como se hará mención en el desarrollo del escrito.

Palabras clave: Contrato de seguro, perfeccionamiento, consensualidad, prueba restringida, cobertura, riesgo, legislación.

Palabras clave descriptor: Contrato de seguros, legislación, prueba.

ABSTRACT

By researching the issue of completion and proof of the insurance policy in Colombian Law and in order to responsibly revise the rules of the insurance policy in a complete and not in an isolated fashion, this text seeks to analyze Law 389 of 1997 of the Republic of Colombia by which articles 1036 and 1046 of the Commerce Code are amended, by studying the topics directly studied therein, with respect to the completion of the insurance policy (establishment of consent), insurance evidence regime (restricted evidence) and delimitation of the coverage of financial management and risks and in those of liability (claims made system).

As well, this text seeks to conduct a comparative law analysis given the relevance of the international experience (legislative, jurisprudential and doctrine) as, for example, the advanced Argentinean legislation which is without question its model in this respect and in other issues, as will be mentioned throughout the article.

Key words: Insurance policy, completion, consent, restricted evidence, coverage, risk, legislation.

Key words plus: Insurance contract, legislation, proof.

I. PRELIMINARES

Con el propósito de abordar los aspectos más salientes de la Ley 389 de 1997 de la República de Colombia en el campo del perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, una nueva legislación patria en materia aseguradora que, al margen de una reforma sistémica, de suyo más reposada, meditada y, sobre todo coherente y conexas, como es menester, a fin de no continuar desvertebrando el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio colombiano reservado a la disciplina del “contrato de seguro”, seguidamente los analizaremos, desde una perspectiva muy general, puesto que nuestro interés es realizar un estudio más descriptivo, reservando su escrutinio más detenido para otra ocasión. Por ahora, baste una mirada panorámica.

Antes de ello, empero, vale la pena insistir en una idea deslizada en otros escritos nuestros, referente a la ausencia de método y *syndéresis* para abordar las reformas a la ley, en particular al contrato de seguro, como quiera que reformar por reformar no es un expediente de recibo, así sea de empleo frecuente. Ya es hora de revisar, *in complexu*, responsablemente las normas del contrato en comento, pero no en forma aislada o insular, en función de los intereses o exigencias del momento, de ordinario circunstanciales. Tal es la coherencia y la plasticidad de las normas originariamente concebidas por el maestro J. EFRÉN OSSA, y por quienes doctamente contribuyeron a enriquecer el afamado proyecto de Código de Comercio de 1958, que es aconsejable no seguir modificándolo por “trozos”, como si un trabajo de la hondura y excelsitud como el referido admitiera tan reprochable proceder. Modificaciones y ajustes, sí, pero no en forma fragmentaria, y de ocasión, como ha acontecido, muy a nuestro pesar, y de todos aquellos que, con admiración genuina, entienden que el mencionado Título V es uno de los más elaborados y consistentes, si no es el más depurado y estructurado de todos, como realmente lo creemos.

Tan cierto es lo anterior, que si se observa el proyecto originario que nos ocupa (65-95 del Senado), el que luego se convertirá en la Ley 389 de 1997, se apreciará que *ab*

origine, sólo concernía al tema del perfeccionamiento del seguro y su prueba; nada más, de tal suerte que, *a posteriori*, en pleno trámite, le insuflaron o “colgaron” varios temas más, pues como cabalmente lo expuso el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en su oportunidad, “[...] se fueron introduciendo una serie de normas adicionales que, en verdad, poco tienen que ver con el objetivo inicial perseguido, pero que son la concreción de una conducta muy colombiana, la del «ya que», pues «ya que» estamos modificando el contrato de seguro aprovechamos para hacerlo respecto de otros temas sin que importe que no tengan directa relación con la consensualidad y es así como la ley aprobada en sus ocho artículos, a más de regular los aspectos citados, igualmente se ocupa de asuntos tan disímiles como la forma en que opera la cobertura de seguros de manejo, riesgos financieros y responsabilidad, se legisla sobre el sistema de banca-seguros y se autoriza a los corredores de seguros para efectos de intervenir en la colocación de títulos de capitalización”¹.

2. REFORMAS AL CONTRATO DE SEGURO

Esa es, en apretada síntesis, la situación de la conocida Ley 389 de 1997 en virtud de la cual “[...] se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”, la que expresamente se ocupó de varios temas centrales del contrato de seguro, entre otros aspectos más, para nada relacionados con las referidas normas (banca-seguros, ampliación de las facultades a los corredores de seguros, etc.), primordialmente de los siguientes: perfeccionamiento del contrato de seguro (establecimiento de su consensualidad), régimen probatorio del seguro (prueba restringida) y delimitación de la cobertura en los seguros de manejo y riesgos financieros, y en los de responsabilidad (sistema *claims made*).

A continuación, sin más preámbulos, analizaremos entonces los aspectos cardinales de la reforma colombiana de finales del siglo anterior, la que si bien fue efectuada hace casi tres lustros, no ha ocupado la atención de un apreciable sector de la doctrina nacional, desde luego con las notables excepciones que se registrarán a lo largo de este escrito. Ello explica nuestro deseo de realizar el anunciado *excursus* panorámico, al mismo tiempo que de efectuar un sumario examen comparado, dado que creemos, anticipadamente, que la enriquecida experiencia internacional (legislativa, jurisprudencial y doctrinal), hubiera podido haber tenido más eco del que en efecto tuvo, por vía de ejemplo, en tratándose de la aventajada legislación argentina, sin duda modélica en esta y en otras materias, como se refrendará.

3. ESTABLECIMIENTO DE LA CONSENSUALIDAD CONTRACTUAL. EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO

En la actualidad, en atención a la prenombrada reforma legal, el seguro en Colombia es un contrato consensual, pues dejó de ser un contrato solemne, conforme lo fue por

1 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, “Nuevo régimen probatorio del contrato de seguro”, en XXI Encuentro Nacional de Acoldese, Bucaramanga, Memorias, Bogotá, 1999, pág. 56.

espacio de más de una centuria, siguiendo el camino trazado por el derecho comparado dominante.

Empero, como no siempre fue consensual el seguro, sino hasta hace relativamente muy poco tiempo, vale la pena registrar su tránsito de negocio de forma específica o solemne a contrato de forma libre o consensual, el cual fue accidentado y controvertido, así hoy no lo parezca, puesto que no es inusual que ello acontezca, dado el proceso de estabilización —o de anestesia— que, de ordinario, suele seguirse a raíz de la adopción de un cambio normativo.

A) Generalidades. Significado y antecedentes legislativos previos a la reforma de 1997

Merced a la importancia asignada a la voluntad en la Edad Media y en el derecho posmedieval, al contrario de lo sucedido en el derecho romano, sobre todo el preclásico², se tiene establecido que los contratos se perfeccionan de diversas formas, no existiendo, en sede contractual, una única manera, así exista, como existe, una generalizada tendencia a emplear una de ellas: la que aboga por la prístina libertad de forma, o sea por la expresión libre y sin ataduras de la voluntad negocial (regla general), siendo admitidas, claro está, otras maneras de perfeccionarse el acuerdo volitivo, como por más de un siglo tuvo lugar en el derecho vernáculo. Por eso nuestra Corte Suprema de Justicia, con estribo en el artículo 1500 de la codificación civil, puso de relieve que “la cuestión del perfeccionamiento de los contratos y, en general, de los actos jurídicos, depende de la índole que éstos tengan dentro de la clasificación consagrada en el artículo 1500 del Código Civil, a cuyo tenor 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» [...] Ahora bien el seguro es un contrato solemne [...]” (Sent. de 16 diciembre 1968).

Como es sabido, uno de los temas neurálgicos en la dogmática aseguraticia nacional e internacional es el relativo al establecimiento o definición de su perfeccionamiento, vale decir, el momento a partir del cual puede entenderse que ha surgido a la vida jurídica, más allá del tema de su eficacia negocial, toda vez que, en principio, perfeccionamiento o floración del seguro, *per se*, no necesaria o indefectiblemente deben coincidir con la producción de sus efectos (*tempus contractus*), temas intercomunicados, aunque no simétricos o idénticos. Por ello es por lo que, en la *praxis*, se alude a “vigencia formal” y a “vigencia técnica”, como conceptos que no forzosamente coinciden, así puedan llegar a coincidir, según las circunstancias, lo que tiene lugar a menudo³.

2 Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *El renacimiento de la cultura jurídica en Occidente*, Bogotá, Universidad Javeriana - Editorial Temis, 2004. Vid. También GUIDO ALPA, *Contratti in generale*, t. I, Torino, Furún, Utet, 1990, págs. 346 y ss.

3 Como acertadamente lo expone el reconocido profesor argentino RUBÉN STIGLITZ, “es factible que las partes estipulen que el asegurador asuma los riesgos tiempo después

Hasta el año 1997 en Colombia ciertamente el contrato de seguro fue solemne—en estricto sentido a partir de su entrada en vigencia—, no sólo porque así lo registraba, *expressis verbis*, el artículo 1036 del Código de Comercio originario (decreto ley 410 de 1971), sino también porque el artículo 1046 de la misma codificación, a tono con este categórico enunciado, disponía que “El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza [...]”.

En este orden de ideas, el mero cruce o intercambio de voluntades en una misma dirección, esto es el consentimiento negocial, así fuera paladino, amén de inmaculado, era impotente para el advenimiento del contrato, el que en tales condiciones no veía la luz jurídica, puesto que se requería un *plus*: la suscripción de la póliza de parte del asegurador, única forma reconocida, *ministerio legis*, por el ordenamiento mercantil patrio. De ahí que la póliza de seguro, a la sazón, tuviere asignadas dos funciones: una constitutiva y otra probatoria (función dual)⁴, al contrario de lo que hoy sucede, como se observará ulteriormente, a lo que se agrega que ningún otro medio de prueba era admitido: ni confesión, ni testimonio, ni indicios, etc.⁵.

Por ello entre nosotros, por más de un siglo, según se anticipó, el negocio jurídico aseguratorio fue catalogado como de forma específica, por oposición a los negocios de forma libre; en la terminología tradicional solemne y, por ende, no consensual, obviamente con algunas reservas, o matizaciones, por estimar inconveniente dicha catalogación *ex lege*, realmente excepcional en la contratación moderna, sobre todo la de estirpe mercantil, en la que ha imperado e impera el postulado de la libertad de forma o de la

del perfeccionamiento del contrato o, lo que es lo mismo, posterguen el comienzo material de la producción de los efectos, que no coincidiría naturalmente con la vigencia formal, noción esta última que se identifica con la celebración del contrato”. *Derecho de seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 142. Cfr. M. PICARD y A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, *Le contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1982, pág. 82, quienes observan que “Un contrato puede ser perfecto sin entrar inmediatamente en aplicación; las partes están ligadas definitivamente, pero la ejecución de sus obligaciones puede vincularse a una fecha ulterior”. Cfr. JOAQUÍN GARRIGUES, *Contrato de seguro*, Madrid, Aguirre, 1982, pág. 101 y FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 127. En sentido análogo, el recordado y estudioso autor argentino, Dr. EDUARDO STEINFELD indica que “No afecta el carácter consensual el posponer el inicio de la cobertura de los riesgos” (*Estudios del derecho de seguros*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pág. 84).

4 Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Bogotá, Editorial Temis, 1986, págs. 111 y ss.

5 Así se expresaba a la sazón, en tiempo presente, el entusiasta y querido profesor JAIME BUSTAMANTE FERRER, en vigencia del Código original de 1971: “La confesión, las declaraciones de testigos, las cartas u otros documentos, lo que más 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 pueden establecer ni demostrar las obligaciones de las partes”. *Principios jurídicos del seguro*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, pág. 93.

consensualidad, por excelencia, prueba de lo cual es el contenido del artículo 824 del Código de Comercio nacional, a cuyo tenor: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llena tal solemnidad”⁶.

Y decimos que más que un siglo, en razón de que el Código de Comercio Terrestre de 1887, elevó a requisito *sine qua non* la existencia de la póliza en su artículo 638, el que rezaba, *ad pedem literae*, que “El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, o privada u oficial [...] El documento justificativo del seguro se llama póliza”. Es de advertir, empero, que a diferencia de la legislación de 1971 (Código de Comercio), el artículo 634 del Código de Comercio Terrestre en comento no mencionaba la solemnidad como uno de sus atributos, en atención a que se refería, a modo de trinomio, a su bilateralidad, condicionalidad y aleatoriedad. Sin embargo, tal era la elocuencia del citado artículo 638, que no se discutía su carácter solemne, sin que ello supusiera, de *jure condito*, aceptación plena e incondicional, habida cuenta de que un sector de la doctrina abogaba por un cambio profundo en esta materia.

Es así como en el proyecto de reforma del Código de Comercio del año 1958, concebido y estructurado por el ilustre profesor J. EFRÉN OSSA, expresamente se consagraron dos disposiciones enteramente diversas, orientadas a la entronización y desarrollo del atributo de la consensualidad, con todo lo que ello aparejaba.

6 Nuestra Corte Suprema de Justicia, en diversas oportunidades, ha realizado dicha distinción (forma libre y forma específica). Así, entre otras, se puntualizó en la sentencia del 30 de junio de 2010, en los siguientes términos: “En atención a la particular naturaleza dinámica y exigencias pragmáticas del tráfico jurídico, la forma del contrato, en línea de principio, de suyo y ante sí, es libre. Más exactamente, según una orientación firme, salvo precepto en contrario, el negocio jurídico y, por consiguiente, el contrato, admite la posibilidad de presentarse en su exterioridad, por toda forma idónea, sea expresa y directa, ora tácita e indirecta, *verbi gratia*, mediante el empleo del lenguaje, escrito, oral o articulado, signos y gestos (*verbis o rebus ipsis et factis*), comportamiento, conducta concluyente (*facta concludentia*), omisiva, mecanizada y socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses. La relevancia de esta *regula iuris* es, por lo tanto, notable, en tanto de ordinario la forma de los negocios jurídicos es libre, desprovista de formalidades, ritualidades o solemnidades, a punto que el acto dispositivo de intereses, podrá consistir en una declaración, manifestación o, incluso, en un comportamiento o conducta, y derivar material u objetivamente de los hechos (*rebus ipsis et factis*) o de la ejecución práctica de los elementos esenciales (*essentialia negotia*) del tipo negocial específico, siempre que desde luego exprese la disposición y el ordenamiento no establezca la forma *ab substantiam actus*. Conformemente, para la Corte, salvo norma en contrario el acto dispositivo podrá expresarse por los hechos, el simple contacto, el comportamiento, la conducta o la ejecución práctica de sus elementos esenciales, y toda otra forma idónea admitida por el ordenamiento, usos y prácticas del tráfico jurídico, en cuanto evidencie y contenga la disposición de intereses [...] La característica fundamental e invariable del mencionado negocio jurídico de sociedad de hecho, se configura, por consiguiente, en su celebración a través de una forma libre”.

Efectivamente, el artículo 861 del proyecto en cita imperaba que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. Y el 870, a su turno, manifestaba que “La póliza es el documento que expresa las relaciones contractuales entre el asegurador, por una parte, y el tomador, asegurado o beneficiario, por la otra [...]”.

Era diáfano entonces el cambio de rumbo otrora proyectado, fundado en atendibles razones, tal como quedaron tatuadas en la célebre Exposición de Motivos del aludido Proyecto de 1958, en gran parte el hoy Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio vigente (1971), como ya lo hemos expresado, en la que se precisó, *in extenso*, que “En la legislación vigente (C. de Co., art. 638) el seguro es un contrato solemne [...] Por considerar que estas normas son anacrónicas, el proyecto concibe el seguro como contrato consensual. ¿Qué significa esto? Que el cruce de los consentimientos del asegurador y del asegurado bastan para su perfeccionamiento como fuente de obligaciones. Si ha habido acuerdo en cuanto a sus elementos esenciales (el interés, el riesgo, la prima), no se ve por qué ese acuerdo no pueda tener vida jurídica. Así se consulta la movilidad que requieren todas 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”, manifestación que luego fue escoltada por una rotunda aseveración digna de recuento, de acuerdo con la cual “El carácter consensual del contrato de seguro no conlleva ningún peligro. Abrigamos la más imperturbable convicción a este respecto”⁷.

Dichas consideraciones, a su vez, justificaron que el recordado profesor OSSA G. insistiera en el señalado cambio años después, en particular en el seno del Subcomité de Seguros, oportunidad en la cual indicó que “[...] las razones que lo indujeron a calificar de tal, en contra de la solemnidad que hoy exige el Código de Comercio, fueron las siguientes:

“a) El carácter consensual está más acorde con la celeridad que en la actualidad tienen los negocios de los seguros;

“b) Todas las legislaciones modernas han adoptado esta calidad para el contrato de seguros;

“c) Pese al carácter de solemne que hoy le imprime el Código de Comercio, las compañías aseguradoras han adoptado la práctica de celebrar seguros en forma meramente consensual, inclusive utilizando para ello la comunicación telefónica”⁸.

7 Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la institución, Acoas y Acoldece, 2002.

8 Ibídem.

No obstante la rotundidad del proyecto de 1958 en el sentido apuntado, al mismo tiempo que la fuerza argumentativa plasmada en su exposición de motivos, reiterada en el precitado Subcomité, varios de sus miembros no compartieron el pretendido y programado viraje, motivo por el cual abogaron por preservar incólume el carácter solemne del seguro. Así aconteció con los doctores JUAN FERNANDO COBO CAYÓN, ÁLVARO QUIÑONES DAZA y WILLIAM SALAZAR LUJÁN, de muy grata recordación, que opinaron:

“Interviene el doctor COBO quien manifiesta su preferencia por el contrato solemne pero da importancia a las expresiones del doctor OSSA. Aún así, en el caso de efectuarse la consensualidad señalada, que debían reglamentarse hasta el máximo a las personas que podrían comprometer a la compañía aseguradora al contrato de seguros en tal forma, verbigracia por los cientos o miles de agentes de las compañías, entre los cuales pudiere haber alguno no totalmente preparado principalmente en forma técnica y legal del seguro, lo cual podría ofrecer para el asegurador situaciones incómodas o inconvenientes.

“[...] Agrega el doctor SALAZAR que el contrato de seguro era una cuestión bastante compleja por lo cual se presentaba la dificultad de perfeccionarlo por la sola consensualidad de las partes intervinientes, forma en la cual era difícil establecer todas las condiciones y excepciones que ordinariamente contiene el contrato en cuestión.

“[...] Al respecto de la consensualidad, el doctor QUIÑONES manifestó que pese a la disposición del Código sobre solemnidad en la práctica, la costumbre en muchos casos había convertido el contrato de seguro en consensual y que hasta la misma Corte Suprema de Justicia, en alguna oportunidad en la cual el exponente intervino, le había reconocido este carácter.

“[...] Los doctores COBO y SALAZAR hicieron hincapié en sus argumentaciones tendientes a la solemnidad del contrato.

“Al final el doctor OSSA manifestó que aun cuando seguía convencido de la superioridad del contrato consensual, no estaba interesado en hacer una causa de esta tesis y que con el fin de facilitar el estudio, está dispuesto a aprobar que se le señalara como solemne” (Actas 9 y 58).

Queda entonces claro que aun cuando en un principio en el proyecto de 1958, el Dr. OSSA consideró que el seguro debía ser consensual, en el curso de las deliberaciones en el Subcomité de Seguros, posteriormente, se impuso la tesis de la conservación de la solemnidad del contrato, lo que explica la estructura y el contenido de los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio de 1971, hoy modificados.

a) *Antecedentes, justificación de la reforma de 1997 y sus alcances (Ley 389). Expresa adopción del carácter consensual del contrato de seguro.* a') *Antecedentes.* Aunque en el derecho colombiano, por decenios, reinó la visión formalista del contrato de seguro, encaminada a restringir el haz de posibilidades en punto tocante con su

perfeccionamiento, finalmente se impuso la tesis de la libertad de forma, con arreglo a la cual los futuros contratantes podrán expresar su voluntad sin ataduras o formalidades, en concordancia con el artículo 824 del Código de Comercio, fiel reflejo del genuino espíritu que orientó la redacción de la codificación mercantil que nos gobierna, el mismo que, en general, campea en el derecho comparado, tanto más en la hora de ahora en la que la globalización, la apertura y la internacionalización se enseñorean en el concierto mundial. Ello explica, como telón de fondo, la adopción de los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, en su nueva versión, que no fueron adoptados inopinadamente, o sin ninguna argumentación, según se desprende de los diversos debates parlamentarios que, en su oportunidad, les dieron carta de ciudadanía, en atención a la Ley 389 de 1997, próxima a cumplir tres lustros, tal y como en su esencia lo había contemplado el maestro OSSA, a quien después de sus fértiles días terrenos terminó reconociéndosele la razón, esa misma que, por lo reseñado, legislativamente, no se le concedió en vida. Empero, su acerado e ilustrado pensamiento terminó por imponerse, a emulación de lo acontecido en la generalidad de las naciones del orbe. Una vez más, el maestro estaba en lo cierto⁹, tanto que, de vieja data, nos identificamos con su penetrante y lozano ideario en este aspecto—como en millares más—, pues desde 1986, efectivamente, venimos reclamando el cambio¹⁰.

9 En adición a los argumentos esgrimidos por el doctor EFRÉN—como también le solíamos decir—, en la Exposición de Motivos, y los vertidos en las actas del Subcomité Asesor, en su enjundiosa e insuperable obra, agregó que la legislación colombiana, por haber adoptado en 1971 la solemnidad del contrato “[...] ha dado la espalda a otras legislaciones, igualmente modernas, en que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. También en Colombia el contrato de seguro debería ser consensual. Así se consulta la movilidad que requieren todas las operaciones comerciales. Así se da carta de ciudadanía legal a la práctica de las compañías de seguros. Así se tutela mejor a los propios aseguradores cuando actúan, ya no como sujetos activos, sino como sujetos pasivos del contrato de seguro, es decir, en el contrato de reaseguro”. *Teoría general del seguro*, vol. II, *El contrato*, Bogotá, Editorial Temis, 1991, pág. 30.

10 Es así como en la referida anualidad, con fervor y calor juvenil, comentando el artículo 1036, en su versión primigenia, dijimos: “De esta suerte, el legislador mercantil de 1971 estimó caprichosamente que la forma verbal era insuficiente para desatar los efectos propios del contrato de seguro y recurrió, con daltonismo crónico, a preservarlo como negocio de forma específica calificada [...]. Si el licurgo nacional hubiere seguido las orientaciones de la gran mayoría de legislaciones foráneas, que no hacen más que mantenerse a tono con las necesidades de los asociados, la forma libre sería la llamada a gobernar las relaciones dimanantes del contrato de seguro, y la suscripción de la póliza no tendría una función constitutiva”. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, *op. cit.*, págs. 105 y 112.

Años más tarde, en 1992, específicamente, reiteramos nuestro mismo parecer, así: “En nuestro sentir, el carácter en cuestión [solemne] requiere metódica revisión, así el legislador de 1990 (Ley 45) no haya juzgado conveniente introducir dentro del nuevo escenario *juris* signado por la desregulación y por el reconocimiento de la autonomía de gestión de la empresa aseguradora, entre otros postulados más (esquema de mercado libre o simplemente de *apertura*), tan importante reforma, hoy una realidad en la generalidad de la legislación comparada, realidad avalada por la regla —

Explícitas, al respecto, fueron las exposiciones y ponencias a los diversos debates que se dieron en el interior del Congreso de la República colombiano, en especial los apartes que seguidamente registramos, entre otros más, pues son los que denotan la transformación experimentada:

— “El presente proyecto de ley pretende reformar nuestra legislación mercantil en una materia de sumo interés para todos los colombianos, no sólo útil para los comerciantes como pudiere pensarse a primera vista, pues el contrato de seguro se ha convertido en uno de los negocios prácticamente masivos del mundo moderno, y siendo tan importante para tantas personas es prácticamente un contrato de adhesión, con el cual se cometen muchos abusos por la parte dominante, que son las compañías aseguradoras, que amparadas en el principio de solemnidad del contrato se han negado a cubrir indemnizaciones legítimamente causadas.

“Este proyecto de ley contiene modificaciones sustanciales a la normatividad mercantil vigente sobre el contrato de seguro en general y a los artículos 1036 y 1046 del C. de Co., en particular: pues, por una parte, se pretende abolir la solemnidad constitutiva y de restricción probatoria que en los últimos años ha generado toda una serie de conflictos entre aseguradores y asegurados. Y, por otra parte, ante la imperiosa necesidad de adecuar el contrato de seguro con la realidad mercantil cotidiana, caracterizada por su 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 los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, télex, fax, etc. Es indudable que el legislador, en su función de regular las relaciones y actos mercantiles, no puede desconocer los beneficios logrados por la mayoría de las legislaciones modernas (como la francesa y la argentina), que en lo referente a la institución del contrato de seguro, han plasmado la consensualidad, como un reflejo de la autonomía de la voluntad, que implica la libertad de formas y no restricción probatoria, permitiendo un considerable avance de sus relaciones económicas” (Proyecto de ley núm. 65 de 1995, Senado, Dr. PARMENIO CUÉLLAR).

— “El proyecto busca reformar el Código de Comercio en cuanto al perfeccionamiento del contrato de seguro.

“A la luz de los artículos 1036 y 1046 del actual Código para que se perfeccione el contrato de seguro se requiere la expedición de la póliza.

“El proyecto, con base en las tendencias doctrinarias y legislativas modernas, dispone que el contrato de seguros sea consensual, lo cual tiene la ventaja de dar mayor agilidad a las negociaciones.

generalísima— que gravita alrededor del derecho contractual contemporáneo *in genere* (civil y comercial). Nos referimos a la libertad de forma, también conocida como regla de la consensualidad de los negocios jurídicos”. “Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana”, en *Revista Ibero—Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Temis, núm. 1, Bogotá, 1992.

“En el pliego de modificaciones que se anexa se proponen algunas modificaciones y adiciones al texto del proyecto en cuestión.

“En el pliego se sugiere a la H. Comisión Tercera que se apruebe al artículo 1° que enumera las características del contrato de seguro. Una de ellas, según lo propone el autor del proyecto, es que el contrato sea en lo sucesivo consensual, es decir, que nacerá cuando se produzca el acuerdo de voluntades.

“La ponencia incluye un artículo 2° nuevo sobre las condiciones generales del contrato cuando no aparezcan acordadas, el cual modificará el párrafo del artículo 1047 del Código de Comercio. Esta modificación es necesaria, dado que a partir de la Ley 45 de 1990 se produce la desregulación y modernización del sector asegurador que brinda a las aseguradoras libertad para determinar sus tarifas y pólizas.

“Prueba del contrato de seguro.

“Consideramos conveniente el establecimiento de un sistema especial de prueba del contrato de seguro, siguiendo las legislaciones de México (art. 19 de la Ley de 1935), Argentina (art. 11, Ley de 1968) y Bolivia (art. 1006, Código de Comercio de 1977). En contrato de seguro podrá probarse por escrito o por confesión, conforme al artículo 3° del pliego.

“No consideramos prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios.

“Por otro lado, como medida de protección a tomadores, asegurados y beneficiarios se establece la obligación para la compañía de entregar la póliza dentro de los 15 días siguientes, así como duplicados o copias de la misma cuando aquéllos lo soliciten”. (Ponencia para el primer debate, Proyecto de ley 65 de 1995, Dra. MARÍA ISABEL CRUZ V.).

b') *Justificación de la reforma y sus alcances. El perfeccionamiento del contrato en los derechos privado y público del seguro.* A la vista de las consideraciones que anteceden, es meridianamente claro que en Colombia, a partir de 1997, en desarrollo de la Ley 389, en lo pertinente, el contrato de seguro dejó de ser un negocio jurídico de forma específica o solemne, para traducirse en uno de forma libre o consensual, lo que significa que ya no será indispensable que el asegurador suscriba una póliza para que el contrato despliegue sus efectos —y menos el tomador—, entendida como un escrito cualificado, siendo suficiente, de por sí, que el consentimiento se materialice sin sujeción a una determinada o concreta formalidad, bastando entonces el entrecruce eficaz de las voluntades del asegurador y tomador, como es propio de todos los contratos consensuales, esos mismos que se perfeccionan “[...] por el solo consentimiento”, a voces del artículo 1500 del Código Civil (*solus consensus obligat*). Por eso, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio, alusivo a la noción *ex lege* de

contrato, éste “[...] se entenderá celebrado [...] en el momento en que se reciba la aceptación de la propuesta”¹¹, toda vez que en sintonía con lo expresado por el profesor italiano, C. MASSIMO BIANCA, “En general, el contrato se considera celebrado cuando las partes, de forma válida, manifiestan su consenso actual y definitivo, es decir, su propio acuerdo. Dentro del esquema ordinario de formación del contrato [este] se realiza por medio de la oferta y la aceptación [...]”¹².

Dicha aceptación, en lo que al contrato de seguro concierne de nuevo, también está llamada a desencadenar efectos en derecho, pues se considera el momento culminante del negocio jurídico, puesto que abandona su *status* de “proyecto” (C. de Co., art. 845), a fin de traducirse en realidad incontestable del cosmos contractual aseguratorio, en el que ya no se requiere un escrito especial para que se torne eficaz y, de contera, vinculante, muy al contrario de lo que sucedía bajo la regencia del precepto contenido en el artículo 1036 primigenio, en el que el intercambio volitivo, por más inequívoco que fuera, era impotente para desatar consecuencias, si no se instrumentaba mediante la póliza de seguro.

Como sintéticamente lo explicita el afamado profesor de la Universidad de Roma, ANTIGONO DONATI, “el contrato de seguro es consensual y no formal [...], el contrato se forma con el simple consenso bilateral, es decir, con el simple encuentro de la declaración de voluntad de una parte (propuesta) y de la declaración de voluntad de la otra (aceptación)”¹³. Otro tanto hace la analítica profesora de la Universidad de Lyon, YVONNE LAMBERT-FAIVRE —en asocio del profesor LAURENT LEVENEUR—, al manifestar que “El consentimiento de dos partes, asegurador y tomador, es necesario y suficiente para la formación y la validez del contrato de seguro. Si un escrito se exige, es sólo por razón de la prueba del contrato, por cuanto el contrato se perfecciona por el acuerdo de las partes”. Por eso afirman que “[...] es un contrato consensual”¹⁴.

11 La aceptación del contrato, lo recrea el ilustre profesor LUIS DíEZ-PICAZO, “es aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con esta. Constituye, en sentido propio, una declaración de voluntad negocial que puede realizarse de forma expresa o tácita. Su carácter primordial en la concordancia del aceptante con la oferta [...]. Como dice FARNSWORTH, la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato, por lo que no puede quedar ningún portillo abierto”. *Fundamentos de derecho patrimonial*, vol. I, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pág. 352.

12 BIANCA, C. MASSIMO, *Derecho civil*, vol. III, El contrato, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 246.

13 DONATI, ANTIGONO, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, vol. II, Giuffrè, 1954, pág. 281. En sentido similar, el agudo profesor argentino ISSAC HALPERIN indica que “dado su carácter de consensual, para que exista contrato es suficiente el acuerdo de voluntades, sin que se halle subordinado al pago de la prima o a la emisión de la póliza”. *Seguros*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1983, pág. 255.

14 LAMBERT-FAIVRE, YVONNE y LEVENEUR, LAURENT, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2005, pág. 190. Cfr. MURIEL CHAGNY y LOUIS PERDRIX, quienes confirman que “En desarrollo del artículo L.112-3, según el cual «el contrato de seguro se redacta por escrito», el seguro es

En este orden de ideas, así no lo diga expresamente la reforma, dado que las normas derogadas en dos puntuales ocasiones aludían al perfeccionamiento del contrato¹⁵, en Colombia el seguro se perfecciona, en concordancia con normas generales referentes al contrato, desde el momento en que “[...] se reciba la aceptación de la propuesta” (C. de Co., art. 864), ya que esta, como lo confirma el estudioso profesor CARLOS DARÍO BARRERA T., en particular “[...] implica la celebración del contrato y el consecuente nacimiento de las obligaciones de las partes. En el caso del seguro, a partir de la aceptación nacerá tanto la obligación del asegurador de asumir los riesgos como la del asegurado de pagar la prima”¹⁶.

Es claro, entonces, que para que el negocio jurídico despliegue sus efectos, por regla, bastará la configuración del consentimiento tejido a partir de la *intentio* manifestada por los celebrantes, con total independencia de la expedición del documento denominado póliza, pues como bien lo puntualiza el recordado profesor JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, “El contrato de seguro es consensual, no solemne ni real, y se perfecciona por el consentimiento de las partes, y los derechos y obligaciones recíprocos de asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza. Por eso no debe confundirse el contrato de seguro [...] con la póliza, porque esta es sólo su instrumento, por excelencia”¹⁷. O como también lo realza el Vicepresidente Mundial

consensual. Él se forma por el encuentro de los consentimientos; el escrito es requerido sólo *ad probationem*, y su ausencia no afecta la validez del contrato”. *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2009, pág. 116. Vid. ANDRÉ FAVRE ROCHEX y GUY COUTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998, pág. 55, y HUBERT GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz, 1995, págs. 35 y ss., doctrinante que anota que “Si la ley exige la redacción de un escrito, este no es necesario para la validez del contrato de seguro; él lo es sólo para su prueba. El contrato es perfecto desde que se encuentran las voluntades del asegurador y del asegurado” (pág. 36).

En el derecho belga, con provecho, bien puede verse la excelsa obra del profesor MARCEL FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, págs. 204 y ss., dado que igualmente se ocupa de la consensualidad del seguro y de la temática alusiva a su prueba.

- 15 El inc. 2º del art. 1036 original, hoy abrogado, prescribía: “El contrato de seguros se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”. Y el art. 1046, por su parte, en lo pertinente, rezaba: “El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato se denomina póliza”. (Bastardilla nuestra).
- 16 BARRERA, CARLOS DARÍO, “La formación del consentimiento en el contrato de seguros”, en *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, (Acoldece) - Editora Guadalupe, 2001, pág. 10. Vid., en general, JORGE OVIEDO, *La formación del contrato*, Bogotá, Universidad de la Sabana - Editorial Temis, 2008, págs. 90 y ss., y VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, págs. 95 y ss.
- 17 FÉLIX MORANDI, JUAN CARLOS, “Legislación sobre el contrato de seguro en la Argentina”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 1, Bogotá, pág. 6. La jurisprudencia argentina, por su parte, reconoce que “El contrato de seguro es consensual; el acuerdo de voluntades es preexistente a la emisión de la póliza y existe con sus efectos propios desde que se ha verificado la convención, aunque no se haya emitido la póliza” (*La Ley*, 62-766).

de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros AIDA, profesor JÉRÔME KULLMAN, “el contrato de seguro puede existir aun ante la ausencia de todo escrito”¹⁸.

Es de señalar sumariamente, en cuanto se refiere a la oferta y aceptación, que una y otra *in abstracto*, pueden provenir tanto del asegurador como del eventual —o futuro— tomador, conforme a las circunstancias, directamente, o con arreglo a la participación de algunos intermediarios, según el caso y su modalidad, exceptuando, en línea de principio, aquellos que por ley tengan como objeto social “[...] ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador” (C. de Co., art. 1347), como tiene lugar en punto a los corredores de seguros¹⁹.

La anterior es la opinión de los distinguidos autores de la ponencia del prestigioso Capítulo de Medellín presentada en el marco del memorable XXV Encuentro Nacional de Acoldece, de acuerdo con la cual, “Es importante precisar que en la etapa precontractual la oferta del contrato de seguro puede provenir de cualquiera de las partes intervinientes. En unos casos, está compuesta por la solicitud formulada por el eventual tomador del mismo, quien diligencia un formato de solicitud y declaración de asegurabilidad diseñado por la aseguradora para el efecto. En otras ocasiones, la oferta viene constituida por la cotización de seguro formulada por el asegurador a través de su intermediario. En ambos casos, la oferta de seguro se registrará por lo dispuesto en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, dado que no existe una regulación propia para el contrato de seguro”²⁰.

A menudo, en la práctica, la oferta —determinante— suele emerger del candidato a tomador, siempre y cuando, claro está, contenga “[...] los elementos esenciales del negocio” (C. de Co., art. 845), en atención a que en ocasiones el *iter contractus* es prolongado, relativamente (formación progresiva del contrato), sin desconocer que este tema no es del todo pacífico en la doctrina. En tal caso, la propuesta podrá consignarse en la “[...] solicitud de seguro firmada por el tomador”, que es uno de los documentos que, *ope legis*, forman “parte de la póliza”, en asocio de los anexos respectivos, que es preparada o estructurada, de ordinario, por la propia entidad aseguradora, con el propósito de uniformar la información pertinente y, de paso, facilitar el proceso de contratación.

A tono con lo señalado por nosotros, el connotado profesor patrio, Doctor ANDRÉS ORDÓÑEZ O., reconoce que “[...] en materia de seguro es discutible de parte de quién proviene usualmente una oferta. DONATI sostiene que la oferta proviene por lo general del tomador del seguro y no del asegurador. Personalmente me inclino por esa consideración,

18 KULLMAN, JÉRÔME, “Le contrat d’assurance”, en *Lamy Assurances*, Paris, 2005, pág. 232. Vid. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, t. I, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982, pág. 280.

19 Vid. J. EFRÉN OSSA G., *Teoría general del seguro*, vol. I, La institución, *op. cit.*, pág. 448.

20 BOTERO, LUIS ALBERTO; JARAMILLO, PATRICIA; RODAS, FERNANDO (coords.) Medellín, 2007, *Memorias*, Bogotá, Editora Guadalupe, 2010, págs. 18 y 19.

toda vez que, si bien de parte del asegurador puede provenir una oferta inicial, esa oferta es respondida siempre de manera condicional por el tomador del seguro que expone las condiciones de asegurabilidad que le son propias. Sucedido lo anterior, es sabido que una aceptación condicional de la oferta equivale a una nueva oferta (C. de Co., art. 846). Pero el hecho de que sea usual que la oferta definitiva en el caso del seguro provenga del asegurador, no es hipotéticamente excluible que el asegurador, una vez conocidas las condiciones de asegurabilidad, pueda formular una oferta cabal del seguro al tomador hipotético²¹.

Huelga reiterar, como se anticipó, que en la legislación comparada prima la tesis de la consensualidad, hasta el punto de que la solemnidad realmente es residual, puesto que son muy pocas las naciones que aún la conservan. Incluso, en el campo de la principalística, en sintonía con la realidad internacional, también se adopta idéntico criterio, llegando a permitir que el testimonio, en lo probatorio, tenga cabida. Es el caso, en concreto, de los denominados Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro de 2009, que en su artículo 2:301, atinente a la "Forma de concluir el

21 ORDÓÑEZ O., ANDRÉS, *Lecciones de derecho de seguros. Cuestiones generales y elementos del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 57 y 58.

Criterio análogo expresa el profesor HALPERIN, al observar que "aunque por lo general y en la práctica el asegurador es quien busca el negocio, jurídicamente el asegurado es el proponente: el agente no formula una oferta, sino que invita a hacerla", *Seguros*, vol. I, *op. cit.*, pág. 256.

Postura algo diversa es la asumida por el doctor CARLOS DARÍO BARRERA, en opinión de quien "el profesor OSSA también sostenía que en él [el seguro], la oferta podía provenir tanto del asegurador como del tomador. Admitiendo que teóricamente ello es así, la verdad es que la propuesta normalmente la realiza el asegurador, entre otras cosas porque uno de sus elementos esenciales, la prima, es producto del estudio actuarial que se realiza en torno al riesgo asumido y los tomadores no disponen de la infraestructura necesaria para realizar aquel". *La formación del consentimiento en el contrato de seguro*, *op. cit.*, pág. 7.

Vid. J. EFRÉN OSSA G., quien a la luz del régimen precedente expresó que "[...] la oferta tanto puede ser formulada por el asegurador como por el «tomador». Nada obsta a que tome la iniciativa del negocio una cualquiera de las partes" (*Teoría general del contrato*, vol. II, *op. cit.*, pág. 33), postura que en el terreno jurídico, en la actualidad, creemos que se preserva incólume, pues no parece que, válidamente, *a priori*, se pueda cercenar la referida iniciativa, con independencia de lo que a menudo acontece a diario. Ese no ha sido, ciertamente, el designio *legis* del legislador nacional, ni en lo tocante con la teoría general del contrato, ni en lo atinente al contrato de seguro, en particular. A análoga conclusión llegó el Capítulo de Medellín, con motivo del XXV Encuentro Nacional de Acoldece, Medellín, *op. cit.*, pág. 18, aludiendo a la reforma de 1997 (Ley 389), en los términos siguientes: "Es importante precisar que en la etapa precontractual la oferta del contrato de seguro puede provenir de cualquiera de las partes intervinientes. En unos casos, está compuesta por la solicitud formulada por el eventual tomador del mismo, quien diligencia un formato de solicitud y declaración de asegurabilidad diseñado por la aseguradora para el efecto. En otras ocasiones, la oferta viene constituida por la cotización de seguro formulada el asegurador a través del intermediario". Diez años de la Ley 389 de 1997.

contrato”, dispone que “El contrato de seguro no requiere para su conclusión o prueba la forma escrita ni quedará sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluido el testimonio oral”. Y también de la propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el contrato de seguro de 1980, la que en su artículo 2.6, estatuyó, alrededor de la documentación del contrato, que “Los documentos reseñados en los párrafos precedentes sólo tienen un valor probatorio”.

Finalmente, es de observar que, por la mecánica que estereotipa la celebración del contrato de seguro, particularmente de cara a ciertos riesgos, no siempre el seguro se perfecciona en forma simultánea, es decir, en una misma actuación —u operación— que entrañe una oferta y la correlativa aceptación, puesto que suele mediar un específico lapso en función de las tareas que sea menester llevar a cabo para poder evaluar las circunstancias que rodean el riesgo asegurable y demás pormenores, según el caso (inspecciones, experticias, exámenes, etc.). En este sentido, con alguna frecuencia, el acuerdo de voluntades no se genera entre presentes, y por eso no se cristaliza “[...] en el acto de oírse”. Al respecto, el artículo 850 del Código de Comercio establece que “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta entre presentes”²².

Todo lo dicho respecto al contrato de seguro, importa expresarlo brevemente, a fin de evitar cualquier equívoco o duda, resulta predicable del coaseguro (distribución horizontal del riesgo), así como del reaseguro (distribución vertical), debido a la ostensible naturaleza aseguraticia que ambos invisten, al mismo tiempo que en desarrollo de expresas disposiciones, como la contenida en el artículo 1136 del Código de Comercio, que establece: “Los preceptos de este título, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro, sólo se aplicarán al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual”. Bien ha expresado el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ que “[...] algo que pasa desapercibido fácilmente en la reforma de la Ley 389 es que a partir de la misma también el contrato de reaseguro, que antes entre nosotros era solemne, ha devenido en consensual”²³.

- 22 Confirman esta realidad jurídico-fáctica los profesores argentinos GUSTAVO RAÚL MELLI y NICOLÁS BARBATO, al indicar que en el seguro “[...] normalmente, faltará simultaneidad de expresión de voluntades, e incluso la presencia de ambas partes, en el momento en que se perfecciona el contrato, lo que hace que se dé una situación semejante a la de la hipótesis de contratos entre ausentes”. *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975, pág. 21. Esta misma es la constante en el derecho comparado. Así, por vía de ejemplo, en el derecho argentino, los autores DOMINGO LÓPEZ SAAVEDRA y HÉCTOR A. PERUCCHI, no dudan en expresar que “el carácter consensual ha sido establecido expresamente por el artículo 4º de la Ley de Seguros para los contratos de seguro y pensamos que esta norma es perfectamente aplicable también a los reaseguros [...]”. *El contrato de reaseguro*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 30. Cfr. DOMINGO LÓPEZ SAAVEDRA, *Ley de seguros, Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 73.
- 23 ORDÓÑEZ O., ANDRÉS, “La consensualidad y su proyección en el contrato de seguro”, en XXI Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acolde), Bucaramanga, 1998, Memorias, Bogotá, 1999, pág. 51.

Resta señalar, para culminar este aparte, así no sea objeto de nuestro estudio, que en sede administrativa la temática alusiva a la consensualidad del contrato de seguro no es pacífica, habida cuenta de que la normativa aplicable a los contratos estatales en línea de principio es autonómica, como bien lo ha confirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que entiende que el perfeccionamiento del contrato estatal no sigue los cánones de la libertad de forma —o consensualidad—, motivo por el cual “[...] en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (C. C., art. 1500) y no consensual”²⁴.

Así lo ha entendido, por su parte, un sector de la doctrina vernácula, la que no duda en acoger tal lectura. Es el caso del analítico profesor JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS, quien concluye aseverando que “Un punto que amerita precisión se refiere a los contratos de seguros celebrados con entidades estatales, los cuales conservan su carácter solemne pues el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que dichos contratos se perfeccionan con el acuerdo sobre el objeto y la prestación y este se eleve a escrito”²⁵.

Por tal motivo, un amplio sector de la doctrina se inclina por considerar que el seguro en el marco de la contratación pública sí es solemne, muy al contrario de lo que tiene lugar en el régimen negocial común u ordinario (derecho privado), en el que campea la libertad de forma, como regla generalísima.

24 C. de E., sent. de 5 octubre 2005, providencia que, en lo pertinente, continúa examinando el tema en los siguientes términos: “Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la Ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta entonces el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto en la ley: debe constar por escrito [...]. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico”.

25 DÍAZ-GRANADOS, JUAN MANUEL, *El seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad del Rosario-Pontificia Universidad Javeriana, 2006, págs. 243 y 244. Cfr. Ponencia del Capítulo de Medellín, XXV Encuentro Nacional, LUIS ALBERTO BOTERO, PATRICIA JARAMILLO, FERNANDO RODAS, y otros (coords.), en la que se afirma que, “a pesar de que en varios artículos la Ley 80 de 1993 proclamó como genuina novedad la aplicación del derecho privado al contrato estatal, en cuanto a su forma y perfeccionamiento, impuso la regla según la cual los contratos estatales, incluyendo por supuesto el de seguros «que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública», perfeccionándose por «el acuerdo escrito sobre el objeto y la contraprestación», lo que en consecuencia no permite la aplicación de la norma general propia del derecho mercantil consistente en la libertad formal del acuerdo de voluntades, y de manera particular, también prohíbe el principio de consensualidad incorporado por la Ley 389 de 1997 para el contrato de seguros” (*op. cit.*, pág. 23). Cfr. ANDRÉS ORDÓÑEZ O., *La consensualidad y su proyección en el contrato de seguro*, *op. cit.*, págs. 53 y 54, y HERNANDO GALINDO CUBIDES, *El seguro de fianza*, Bogotá, Legis 2011, págs. 48 y 58.

Esa es, por lo demás, la postura del Consejo de Estado, alto tribunal que en los albores del siglo XXI señaló que “[...] el *contrato estatal* —según lo dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993— es el acto jurídico generador de obligaciones «que celebren las entidades a que se refiere este estatuto», es decir, aquéllas que en principio, aparecen enlistadas en el artículo 2º de la misma ley. En estas condiciones, es elemento esencial para calificar de estatal un contrato el que haya sido celebrado por una entidad de esa naturaleza, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas». Siendo ello así, es indudable que el contrato de seguro en el que una entidad pública actúa como tomador es un contrato estatal, como quiera que a partir de la Ley 80 de 1993, todos los actos jurídicos creadores de obligaciones en los que sea parte una de las entidades estatales definidas en el artículo 2º de la ley son contratos estatales, ya sean típicamente administrativos o que estén regulados por normas de derecho privado [...]” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sent. de 15 agosto 2002).

B) La prueba del contrato de seguro. Generalidades

Probar, bien se sabe, no implica construir, sino acreditar la existencia de una precisa relación jurídica, en tratándose de la esfera contractual, por vía de referencia. La prueba es reconstructiva —o acreditativa—, de suerte que mira hacia el pasado, desde una perspectiva ontológica. De ahí que ella no crea el vínculo, que es precedente (*ex ante*), sino que da testimonio del mismo, que es enteramente diferente. No en vano la prueba carece de cualidades constitutivas, *stricto sensu*, a lo que se agrega que como *posterius* que es, carece de virtualidad genética o jurígena.

Uno es el momento del perfeccionamiento negocial y otro el de su prueba, una operación que no debe confundirse con la etiología *ex contractu*, así sea de cardinal importancia, como en efecto lo es, dado que la prueba, en la práctica, cumple un cometido estelar, hasta el punto que sin ella la relación jurídica permanecerá en la orfandad y hasta en el anonimato, *lato sensu*, con todo lo que eso supone en el plano del ejercicio de los derechos y prerrogativas, los que pese a su existencia pueden tornarse quiméricos y servir para ser enmarcados, figuradamente, pero no para efectivizarse, puesto que para ello se exige la presencia de la prueba. Bien expresa la máxima que “Lo que no se prueba plenamente no se considera probado” (*quod non est plena probatio, nulla est probatio*)²⁶, brocardo que en sede procesal corre parejo con otro igualmente elocuente, conforme al cual “Lo que no aparece del juicio es como si no existiera” (*in iudicio quod non apparet non est*). Es por ello por lo que el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, atinente a la “necesidad de la prueba”, paladinamente dispone que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

26 “El juez debe sentenciar conforme lo alegado y probado” (*luxta allegata et probata iudex idicare debet*), pregona otro adagio latino.

Clara la significación de la prueba, en general, cumple manifestar que tanto el legislador colombiano de 1971 como el de 1997 no le dieron carta de ciudadanía a la libertad probatoria, en su estado más puro; ni siquiera en uno intermedio. El primero, por cuanto restringió la acreditación del vínculo asegurativo privativamente a la póliza, entendida como “el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato”, descartando, por tanto, cualquier otro medio de prueba (C. de P. C., art. 175), como secuela de la recia solemnidad establecida. Y el segundo, porque sólo le atribuyó vocación probatoria al binomio integrado por la probanza documental y por la confesional. Es así como el nuevo artículo 1046 de la codificación comercial impera que “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”, de lo que se colige, *ministerio legis*, que otro medio probatorio está proscrito, por lo menos con carácter autónomo, a diferencia de lo que acontece en las legislaciones de otras naciones, como se observará e, incluso, en el abonado campo de la principalística (Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro).

Expresado en palabras más concisas, en el derecho colombiano, aun cuando el contrato de seguro actualmente es de forma libre —o consensual— (C. de Co., art. 1036), en desarrollo de la consabida reforma preceptiva de finales de la década anterior, no es de recibo la libertad o disponibilidad probatoria, en razón a que por política legislativa, la Ley 389 únicamente le reconoció idoneidad a la prueba documental —en lo pertinente— y a la confesional, proscribiendo, en forma directa, medios tales como “[...] el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial [...], los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Uno fue entonces, privativamente el camino seleccionado de los tres que, de ordinario, campean en el derecho probatorio y en el de seguros²⁷.

En armonía con lo anterior, consideramos importante adarar, desde ya, que en nuestro sentir, si bien el inciso 1º del artículo 1046 del Código de Comercio reserva, en

27 En desarrollo de lo indicado, importa señalar que, por regla, cuatro podrían ser las lecturas y acercamientos que, en torno de la prueba y su libertad de medios, se pudieren hacer *in abstracto*: en primer lugar, bien podría llevarse a cabo una lectura absolutamente rígida, cercana a aquella que el artículo 1046 del Código de Comercio, en su redacción anterior, preveía (sólo la póliza, pero en su doble misión: constitutiva y probatoria), en atención al carácter solemne que, en tratándose del seguro, imperaba. En segundo lugar, en sede de la consensualidad contractual imperante, varias son las opciones *legis*: cabría realizar una primera lectura abierta y omnicomprensiva, a fin de permitir que la celebración del contrato de seguro fuese acreditada mediante cualquier medio de prueba, es decir, en pleno acatamiento del arraigado principio de libertad probatoria (confesión, testimonio, indicios, etc.). En tercer lugar, es posible pensar en una lectura intermedia entre las dos anteriores, según la cual la existencia del negocio jurídico asegurativo no se encuentre supeditada a un solo medio de prueba determinado, pero que sí se abra la puerta, a partir de una exigencia dada (principio de prueba por escrito), a una formación del convencimiento del juez fundada en varios medios de prueba, sin llegar a la libertad absoluta. Y una última opción, consistente en restringir la prueba a concretos medios: la documental y la confesional, únicamente, sin admitir escalas intermedias como la del “principio de prueba por escrito”, ya referido, todo en el marco de una “consensualidad atenuada”.

aparición, la prueba del negocio jurídico asegurativo exclusivamente al “escrito” y a la “confesión”, aquél debe ser comprendido, *in complexu*, como un “documento” y no como una simple especie de este medio de prueba, desde luego con las matizaciones que ulteriormente efectuaremos. A tal conclusión se arriba, no sólo en desarrollo de la intención del legislador al introducir la reforma de la Ley 389 de 1997, que no se limitó a restringir la prueba exclusivamente a la escritura como especie documental (antecedentes legislativos), sino de una comprensión integral y teleológica del artículo 1046, que inequívocamente dispone también que el “documento” contentivo del seguro se denominará póliza, por manera que hay referencia explícita acerca del documento y por esta vía, de una u otra manera, a la prueba documental, que no sólo al escrito, se itera, una de sus especies, por relevante que sea, como en efecto lo es.

De este modo, anticipadamente, estimamos que no hay razón suficiente, a la vez que convincente para aferrarse a una tesis restrictiva mediante la cual se considere que la prueba del contrato de seguro debe reducirse exclusivamente al escrito, sino que tal término, en sana lógica, debe entenderse como “documento”, en línea de principio, desde luego en lo que resulte pertinente, motivo por el cual importa proceder *ex abundante cautela*, en orden a no generalizar. El escrito, como bien lo enuncia el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, es pues sólo una especie del documento, entendido éste, según se expondrá más adelante, como “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

Así las cosas, *grosso modo*, resulta aconsejable examinar ambos tipos de prueba: la documental y la confesional, en especial aquella, de más frecuente materialización y consecución, entre otras razones por cuanto la ley obliga al asegurador a entregar “[...] dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro [...]”, con fundamento en el cual podrá aspirarse a acreditar el vínculo jurídico-contractual, ora en sede extrajudicial, ora en la judicial, y también su contenido, dado está (alcance, limitaciones, etc.), de especial importancia en sede asegurativa, merced a la complejidad y tecnicismo que lo caracteriza²⁸.

Una advertencia previa, sin embargo, antes del anunciado examen, encaminada a poner de relieve que cuando nos referimos a *escrito* a lo largo del presente texto, no estamos queriendo restringirlo, siempre e inequívocamente, a la especie en comento. Lo hacemos más bien por hábito, que por otra cosa, que parece fue lo mismo que hizo el legislador, incluso de modo inconsciente y no *proffeso*. De otra manera no se explicaría que explícitamente hubiera empleado en el artículo 1046 el vocablo *documento*.

C) La prueba documental

El reformado artículo 1046 del estatuto mercantil colombiano, luego de aseverar que el contrato en comento se “[...] probará por escrito o por confesión”, como ya se ha

28 Cfr. HUBERT GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, pág. 38.

expresado en diversas ocasiones, señala que “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 [...]”, declaración que, a fuer de corroborar que la póliza de seguro reviste sólo una función probatoria, que no constitutiva o genética, ello es capital, reconoce el carácter documental de la póliza en cuestión y con ella su naturaleza de documento, más concretamente de “medio de prueba” (C. de P. C., art. 175), que puede concebirse en la legislación colombiana, de la mano del consagrado profesor JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ G., como “[...] todo objeto que teniendo origen en la actividad del hombre puede ser llevado materialmente al proceso con el fin de probar el hecho que representa [...] el documento como medio de prueba es un acto extraprocesal que se materializa en una cosa mueble que cumple una función representativa; coligiéndose así como elementos integrantes de su estructura: «la corporalidad» (cosa mueble), la subjetividad (el autor) y el contenido (signos de la representación)”²⁹.

Situados en el contrato de seguro, entre otros más, conviene mencionar que, en puridad, en la actualidad, no se pueden confundir el negocio jurídico y la póliza, como otrora tampoco podían confundirse, en atención a que entre configuración y documentación, *ab origine*, media una diferencia, de suyo apreciable. Aquella será un *prius*, y esta, un *posterius*. Al fin y al cabo, como ya se puntualizó, el seguro es consensual, y la póliza, por consiguiente, carece hoy de funciones constitutivas o generatrices. Su radio de acción entonces es típicamente probatorio o acreditativo, no *ad substantiam actus*, como sí sucedía entre nosotros hasta la floración de la Ley 389, materia de examen. Por eso se alude a su función documentadora, puesto que documenta la relación jurídica, la torna cognoscible, aunque no la configura³⁰. Al fin y al cabo, su misión no es de índole generatriz, sino reveladora y, por tanto, *ex post*.

29 RAMÍREZ G., JOSÉ FERNANDO, *La prueba documental*, Medellín, Señal Editora, 2009, pág. 50. Folios después, luego de algunas definiciones, y de la denominada “gnosología del documento”, conduce el autor afirmando que “[...] el documento como medio de prueba es un acto extraprocesal que se materializa en una cosa mueble que cumple una función representativa; coligiéndose así como elementos integrantes de su estructura «la corporalidad» (cosa mueble), la subjetividad (el autor) y el contenido (signos de representación)”, *op. cit.*, pág. 53.

Por su parte, el profesor italiano ENRICO T. LIEBMAN, con motivo del desarrollo de la prueba documental, manifiesta: “Documento, en general, es una cosa que representa o configura un hecho, en modo de dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él [...] En particular los documentos interesan desde el punto de vista jurídico, en cuanto sean representativos de hechos jurídicamente relevantes. Se distinguen en ellos dos elementos: el material, que está dado, por lo general, por el papel sobre el cual se trazan signos; y el contenido, intelectual o figurativo, en el que consiste propiamente la representación del hecho jurídico”. *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEA, 1976, pág. 311.

30 Sobre este punto, ilustrativa es la referencia realizada por la autora DANIELA DI SABATO, alrededor de “la actividad de documentación”, encaminada a “[...] la verificación de un hecho representativo, de una cosa (res) llamada a conservar permanentemente la

En esta última dirección el artículo 1046 del Código de Comercio, en su nueva versión, obra de la mencionada Ley 389 de 1987, artículo 39, expresa que “Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar [...] al tomador [...] el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza [...]”, de lo que se desprende que ésta carece hoy por hoy de cualidades formativas. De ahí el empleo de la expresión “con fines *exclusivamente probatorios*”, indicativa de que la póliza tiene como confesado propósito servir de medio de prueba, nada más.

Por lo tanto, finalmente, en desarrollo del texto aprobado no se acogió la tesis de la libertad probatoria plena, como en un momento se pensó, sino el de “prueba restringida” o “limitada” (conducencia atenuada de la prueba, puesto que no todas y cada una de las probanzas son admitidas)³¹.

a) *La prueba documental y el llamado “principio de prueba por escrito”*. Ahora bien, pincelado el norte de la reforma, desde luego en términos muy generales, resulta de la mayor relevancia indagar si no obstante la referida restricción probatoria reinante — prueba documental y confesional—, es posible asignarle efectos *probáticos* y habilitantes al apellidado *principio de prueba por escrito*, como tal, ajeno a la prueba puramente escritural, *stricto sensu*, tema muy controvertido en el derecho comparado, incluido el colombiano, aun cuando reconocido con amplitud y reiteración por la doctrina procesal, en general, no sólo la actual, sino desde hace decenios, incluso siglos. De ello da cuenta el siglo XIX, por vía de ilustración (Francia, Italia, Argentina, Colombia, etc.)³².

Efectivamente, dicho principio, cuando es admitido, apunta a permitir que se acredite válida y articuladamente la relación negocial mediante un escrito que no se torne pleno o suficiente y que, por ende, no contenga todos sus elementos fundantes o estructurales (esenciales), los que pueden ser establecidos, *in complexu*, con arreglo a otros medios probatorios diversos a la prueba típicamente documental. Si fuera ella suficiente, así resulta de Perogrullo, no podría hablarse de “principio”, de acercamiento

memoria de este hecho y de representarlo”, lo que explica que “[...] el recurso al elemento material constituya la principal diferencia entre el documento y el testimonio”, entre otros medios de prueba más. *Il documento contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 6.

- 31 En el importante derecho argentino, más amplio que el colombiano, toda vez que es de recibo otro tipo de probanza en aquellos casos en los que media principio de prueba por escrito, como se anotará, también se alude a una prueba restringida. Cfr. HÉCTOR MIGUEL SOTO, quien reconoce que “si bien el contrato de seguro es un contrato «no solemne», el mismo, de acuerdo a su prueba, es un contrato de «prueba restringida»”. *Contrato. Celebración, forma y prueba. Con especial referencia al contrato de seguro*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 118.
- 32 Baste traer a colación el artículo 1192 del vigente Código Civil argentino del siglo XIX, de autoría del docto cordobés, DON DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, que a letra dice: “Se considera principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de pariente interesada en la contestación o que tendría interés y viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”.

to o aproximación; se hablaría de documento, o prueba documental, a secas. Por eso, así devenga elemental, conforme lo expresa el profesor panameño, JORGE FÁBREGA, “El principio de prueba por escrito no es la prueba del contrato. Es algo inferior en categoría [...]. Entonces esas deficiencias lo reducen a principio de prueba por escrito, e indica que probablemente el contrato se celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos, con la confesión, testigos, indicios y demás medios de prueba”, se anticipa³³.

En este caso, el escrito en comentario, *per se*, no será pues individualmente idóneo para comprobar la celebración del contrato, a la par que su contenido, sin que por ello jurídicamente pueda predicarse la nada o la ausencia absoluta de un *corpus*. Aunque no habrá completud, es cierto, existirían algunos rasgos y trazos indicativos de una *voluntas* probable, en estado imperfecto, si se quiere que, en asocio de otros eslabones, servirían para revelar la común intención de los contratantes, *lato sensu* (C. C., art. 1618), laborío a cargo del intérprete, desde esta perspectiva un reconstructor (interpretación histórica)³⁴. En términos figurados, si resultan de recibo, aún no habrá una edificación culminada, sino una “obra negra”, pero reveladora de un comienzo, así sea inacabado.

Por eso se recuerda que lo esencial de este principio es que emerja verosimilitud o probabilidad en relación con el hecho que se pretende probar, pues como bien lo recreó la Corte Suprema de Justicia, escasos años después de expedido el Código de Procedimiento vigente, “El artículo 93 de la Ley 153 de 1887 inciso, 1º, definía el principio de prueba por escrito, como «un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso [...]». La jurisprudencia entendió que el principio de prueba por escrito es un documento privado proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio sino

33 FÁBREGA, JORGE, *Teoría general de la prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997, pág. 362.

34 En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia, en lo pertinente, anotó que “[...] contrario a lo argüido por la censora, no es absurdo colegir que las partes si convinieron la prima o costo del seguro y tan cierto es lo anterior que el intermediario expidió el recibo de caja núm. [...] en donde se da cuenta de su establecimiento y cuantía. Súmese a ello, que el escrito obrante [...] allegado por la demandada, correspondiente al original de la solicitud de certificado, en él aparece con total claridad la indicación de dicho elemento esencial o sea que si hubo concertación sobre la prima y el valor de ésta. Debe resaltarse, a propósito del tema, que la suma a que alude el mentado recibo de caja, que, por supuesto es un escrito y en cuanto tal idóneo para aportar elementos argumentos de convicción respecto de la existencia del seguro, coincide con el valor que en su momento el intermediario y el tomador convinieron [...]” (Sent. de 16 diciembre 2008, exp. 76001-3103-001-2003-00505).

Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley, 2007, págs. 803 y ss.

una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para que puedan atribuírsele legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito. Que exista un escrito, que no sea el documento mismo, que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso». (Sent. del 19 de febrero de 1973)³⁵.

En este mismo sentido, el renombrado profesor JAIRO PARRA QUIJANO, quien apoyado en MATTIROLO, LESSONA, BATTAGLINI, GENTILE y ANDRIOLI, entre otros afamados procesalistas más, no dudó en aseverar que “Hacer verosímil no significa crear certeza, hacer cierto, sino, simplemente, fundar razones para creer que el acto se ha efectuado, esto es, que se ha celebrado. El escrito, debe ubicarlo (el acto) en el terreno de la verosimilitud, o lo que es lo mismo, en el de la no inverosimilitud. De manera que valiéndose de la prueba testimonial logramos pasar del grado de probabilidad al grado de certeza [...]. La verosimilitud se afinca, pues, en una serie de accidentalidades relacionadas con las personas, los lugares, la época de su presentación, su desarrollo, etc., y cuya confluencia debe examinarse detenidamente por el juez”³⁶.

Lo anterior quiere decir, lisa y llanamente, que si por lo menos existe un principio de prueba por escrito, así no medie plenitud, serán admitidos otros medios probatorios, admisión que no tendría cabida, claro está, en el evento de faltar aquél, requisito *sine qua non*, porque no podría hablarse de probabilidad, sino, por el contrario, de certidumbre, lo que aniquila la idea de principio o aproximación probatoria³⁷. En esta dirección, el artículo 4º de la Ley 17.418 argentina, referente al contrato de seguro, entre otras, impera que “El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”, manifestación

35 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, quien afirma que “[...] las limitaciones *ad valorem* a la prueba testimonial [...] que consagraban los arts. 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, no tenían aplicación cuando existía un principio de prueba por escrito (o una confesión parcial que hiciera las veces de tal), o había existido imposibilidad física o moral para obtenerlo, o había existido prueba documental pero había desaparecido [...]. Aunque al derogarse las limitaciones al testimonio, no tienen interés, por este aspecto, las mencionadas excepciones, sí lo conservan para los casos de documentos *ad probationem* consagradas en el C. de Co.; también lo conservan las nociones de principio de prueba escrita y los casos de pérdida o destrucción del documento público o privado que se haya otorgado y de imposibilidad física o moral para obtenerlo, pues en ellos desaparece el indicio consagrado en el inciso 2º del art. 232 del C. de P. C.”. *Compendio de derecho procesal*, t. II, Pruebas judiciales, 7ª ed., Bogotá, Editorial ABC, 1982, pág. 309.

36 PARRA QUIJANO, JAIRO, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería del Profesional, 2009, págs. 307 y 309.

37 Como en su momento lo puso de manifiesto con elocuencia el profesor ANTONIO ROCHA, a quien tanto le debe el derecho procesal patrio, “[...] el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba”. *Derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1958, pág. 153.

que, por su rotundidad, no deja asomo de duda alrededor de su pertinencia³⁸, lo cual ha sido confirmado por su propia jurisprudencia: “Existe contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, siendo de naturaleza consensual, es decir, los derechos y obligaciones recíprocas del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza, que en definitiva es la manera de probar por escrito inicialmente la existencia del mismo, aunque sea viable acreditarlo por otros medios de prueba si hay principio de prueba por escrito” (C1 Civ. Com. La Plata, Sala II. 6 de febrero de 2001)³⁹. Otro tanto sucede, lo hemos anticipado, en Francia⁴⁰, Bélgica⁴¹, Bolivia, Paraguay y Guatemala, entre otros países más⁴².

- 38 Conforme lo atestigua el profesor argentino HÉCTOR M. SOTO, “[...] a fin de acreditar la existencia y el contenido normativo del contrato de seguro, el ordenamiento jurídico sólo admite la utilización de la prueba escrita. Sin embargo, puede suceder que no existan documentos o registros que acrediten, de manera concluyente, la existencia del contrato invocado, o su contenido normativo. La regla general es que, en ninguno de estos supuestos, el contrato de seguro no puede ser acreditado por ningún otro medio de prueba. Ello, sin embargo, es sólo una regla general que admite excepciones, ya que, si existe aquello que la legislación y la doctrina denominan «principio de prueba por escrito», el ordenamiento jurídico acepta la utilización de cualquier otro medio de prueba para acreditar el contrato, o su contenido normativo”. *Contrato, celebración, forma y prueba...* Con especial referencia al contrato de seguro, *op. cit.*, págs. 131 y 132.
- 39 En la República Argentina, lo memora el profesor CARLOS GHERSI, “[...] rige el principio de prueba por escrito, en especial a partir del pago de la prima total o en cuotas, que se realiza por lo general por imputaciones bancaria o transferencias de cuentas bancarias y hasta transferencias electrónicas o simplemente recibos de caja, con membrete de la compañía aseguradora o el productor, cuando ha sido autorizado a la representación o cobro de la prima. A partir de este elemento (pago de la primera o de la primera cuota) tenemos el principio de prueba por escrito”. *Contrato de seguro*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 103, anotación ésta que recrea el señalado autor con una cita de una jurisprudencia que a la letra dice: “Aunque no se haya acompañado la póliza junto con la demanda, el contrato de seguro puede probarse con la pericia contable en los libros de comercio del asegurador, efectuado por el perito designado de oficio, cuyas conclusiones no fueron observadas oportunamente” (CNEspCivCom, Sala IV, 28/10/80).
- 40 Conforme lo expresa el profesor J. KULLMAN, de la mano de la jurisprudencia francesa, “En el proceso es admisible el testimonio cuando ha sido aportado a continuación de un comienzo de prueba por escrito”. *Le contrat d’assurance*, *op. cit.*, pág. 452.
- 41 Vid. MARCEL FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pág. 206, ilustre profesor que, refiriéndose a este principio —o comienzo de prueba—, pone de presente que “La conclusión y la gestión de un contrato de seguro da lugar a la emisión de numerosos documentos que constituyen frecuentemente tales comienzos de prueba por escrito, los que abrirán pues la puerta a la prueba por todas las vías de derecho: proposición de seguro, solicitud de seguro, recibos de prima o de indemnizaciones, algunas piezas que formen parte de la correspondencia entre las partes, etc.”.
- 42 El Código de Comercio boliviano, en el artículo 984, expresa que “el contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones

En el derecho colombiano, empero, el punto en cuestión no está exento de controversia, como se anticipó, en consideración a que el reformado artículo 1046 del Código de Comercio, precisa que “El contrato se probará por escrito o por confesión”, sin aludir, explícitamente, al señalado principio de prueba por escrito, silencio que podría tomarse en dos sentidos: uno, refractario o en rechazo a la ampliación probatoria y, otro, encaminado a su lectura amplia e incluyente. En el primero, el escrito y sólo el escrito sería idóneo para acreditar el vínculo, de tal suerte que se exigiría que reuniera los elementos troncales de todo contrato, aunados a los del seguro como tipo contractual específico. En el segundo, en cambio, el escrito podría ser incompleto, a condición de que él albergara, *prima facie*, sin la contundencia documental mencionada, un esbozo de acuerdo, que se insinúa cual lienzo de un impresionista, si el símil resulta de recibo. Dicho de otra forma, un documento en claro oscuro, para seguir con la pictórica, sujeto a complementación probatoria, con fundamento en otros medios y vías que, eslabonadas, reflejen inequívocamente la existencia y contenido del negocio jurídico asegurativo (eficacia de la cadena probatoria).

En este puntual sentido, el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ formula la misma inquietud, al manifestar que “Resulta pertinente preguntarse si se requiere un escrito en el cual consten claramente la identidad de las partes y los elementos esenciales, todos ellos, del contrato de seguro, y eventualmente aspectos adicionales, o si se requiere simplemente un documento que dé razón, aun por simple referencia, de la existencia del contrato: por ejemplo, una comunicación de la aseguradora al taller que debe hacer la revisión del vehículo o instalar la alarma del mismo ordenando ese trabajo, o una carta dirigida al tomador requiriendo el pago de la prima. En ello estriba la diferencia entre escrito y principio de prueba por escrito”⁴³, diferencia, sea anotado de paso, que no es espuria, puesto que expresamente la reconoce el legislador colombiano, v. gr., en el artículo 232, a cuyo tenor: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”, así como lo reconocía la Ley 153 de 1887, según se explicará luego.

recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”. Y el artículo 1006 indica que “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”. Por su parte, el artículo 1548 del Código Civil paraguayo manifiesta que “en el contrato de seguro los derechos y obligaciones de las partes empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza”. Y el artículo 1555 explicita que “el contrato de seguro sólo puede probarse por escrito. Sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”. Y el artículo 888 del Código de Comercio de Guatemala impera que “a falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito”.

43 ORDÓÑEZ O., ANDRÉS, *Lecciones de derecho de seguros, op. cit.*, pág. 47.

Aun cuando lo más conveniente para disipar la registrada dubitación, para nada irrazonable, había sido que el propio legislador la zanjara de antemano, por vía de ejemplo agregado la expresión “únicamente”: el contrato de seguro se probará *únicamente* por escrito o por confesión, o mediante la proscripción explícita del denominado “principio de prueba por escrito”, entre otros expedientes más —como en varias naciones sucede—, lo cierto es que sin radicalismos o lecturas fanáticas, a todas luces lesivas de los postulados que hoy caracterizan el moderno derecho procesal, reconociendo empero la dificultad que rodea este tema, nos inclinamos más por la tesis limitativa, que no anulatoria, encaminada a restringir la eficacia de otras pruebas ajenas al escrito —o documento— y a la confesión, sin que ello suponga, de plano, que no puedan contribuir en un momento determinado a esclarecer la realidad jurídico-contractual, conforme a las circunstancias especiales y propias de cada caso, dueño de particularidades que, *a priori*, no se pueden anticipar y definir estandarizadamente, *a fortiori* cuando lo que está en discusión ahora es la prueba del contrato de seguro y no su existencia misma, habida cuenta de que ya no es de forma específica o solemne, como lo fue por más de una centuria entre nosotros, en la que el documento en referencia tenía dos funciones: una constitutiva y otra probatoria, como se ha reseñado, aspecto que debe merecer alguna consideración.

Varias razones, ciertamente, nos conducen a adherir a la postura que se inclina por estimar que más que un simple principio de prueba por escrito, es el que demanda el derecho colombiano para probar cabalmente la celebración y contenido del contrato de seguro, en atención al postulado de la eficacia de la prueba, con todo lo que él envuelve, más allá de que esta conclusión, de *lege ferenda*, sea o no la más conveniente, que es un tema diferente (extranormativo), reconociendo, de todos modos, que no es un asunto simple o rutinario, aunque si de tomar partido se trata, en un plano diverso al legislado (*lege data*), nos inclinaríamos por su adopción, pero en forma expresa, a fin de obviar toda duda. Las más importantes razones, de modo muy sumario, son las siguientes:

— *Los antecedentes nacionales de la reforma*, que si bien es cierto no son un dechado de claridad, sindéresis y coherencia, sí revelan una evolución indicativa de la restricción en cita. Baste recordar que el proyecto de Ley 65 de 1995, presentado en el Senado de la República por el senador PARMENIO CUÉLLAR B. (“por el cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”), consagraba una abierta libertad probatoria, en los siguientes términos: “Artículo 2º. 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”.

Por su parte, en la ponencia respectiva (“exposición de motivos”), a cargo del señalado senador CUÉLLAR, a la sazón se puntualizó que “Este proyecto de ley contiene modificaciones sustanciales a la normatividad mercantil vigente sobre el contrato de seguro en general y a los artículos 1036 y 1046 del C. de Co., en particular: pues, por una parte, se pretende abolir la solemnidad constitutiva y de restricción probatoria que en los últimos años ha generado toda una serie de conflictos entre aseguradores y asegurados. Y, por otra parte, ante la imperiosa necesidad de adecuar el contrato de seguro con la realidad mercantil

cotidiana, caracterizada por su 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 los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, télex, fax, etc.

“Es indudable que el legislador, en su función de regular las relaciones y actos mercantiles, no puede desconocer los beneficios logrados por la mayoría de las legislaciones modernas (como la francesa y la argentina), que en lo referente a la institución del contrato de seguro, han plasmado la consensualidad, como un reflejo de la autonomía de la voluntad, que implica la libertad de formas y no restricción probatoria, permitiendo un considerable avance de sus relaciones económicas.

“Contenido de la reforma

“Con fundamento en los principios de la buena fe (Const. Pol., art. 83), la autonomía de la voluntad, la libertad de formas y las amplitudes en materia probatoria, se han introducido sustanciales modificaciones a los artículos 1036 y 1046 de nuestro estatuto mercantil:

“Ello implica, por un lado, eliminar del contrato de seguro su carácter solemne, permitiendo que sus efectos surjan a la vida jurídica desde el momento en que las partes exteriorizan sus voluntades. De [sic] otra parte, al consagrarse las libertades de forma y probatoria, es obvio que el documento conocido como póliza perdería sus características constitutiva y probatoria restringidas de dicho contrato.

“Objetivos de la reforma.

“Con la reforma en mención buscamos, entre otros importantes beneficios, los siguientes:

“Superar de alguna manera la situación de desequilibrio en que actualmente se encuentran los asegurados frente a las aseguradoras al no poder reclamar o exigir responsabilidad contractual a estas últimas en el evento de ocurrir el siniestro en un momento anterior a la suscripción de la póliza, así se hubiere cancelado el valor de la prima, evitándose de esta manera múltiples situaciones de notoria injusticia surgidas como consecuencia de la aplicación de nuestra actual normatividad mercantil.

“De otra parte, con la consensualidad como forma constitutiva del contrato de seguro, a tiempo en que se agilizan las relaciones mercantiles, se rescatan los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe a favor de aseguradoras y asegurados.

“Además, al ordenarse al asegurador la emisión y entrega al tomador, del original de la póliza de seguro, se le otorga a las partes instrumentos probatorios a partir de los cuales pueden dirimir sus conflictos, sin perjuicio de que puedan acudir a la libertad probatoria.

“También, se subsana el vacío legislativo actualmente existente en lo referente a que se consagra la posibilidad de que los asegurados ejerzan la acción de reposición de aquellas pólizas de seguros extraviadas o destruidas, cuando las aseguradoras se niegan a hacerlo, acción esta que se asemejaría a aquella consagrada para los títulos valores.

“Finalmente, al consagrarse un término de seis meses entre la promulgación y la vigencia de la ley, se logra que los asegurados y aseguradoras se familiaricen con la reforma introducida y, particularmente éstas últimas, procedan a tomar las medidas de adecuación pertinentes”.

Es claro entonces que el propósito medular del proyecto primigenio, de un lado, era la abolición del carácter solemne del seguro y, por el otro, que en materia probática reinara la libertad probatoria, como *expressis verbis* se estructuró, incluso en términos más amplios que los consagrados en las legislaciones internacionales de referencia: la francesa, la belga, la argentina, la boliviana, la paraguaya, la guatemalteca, etc., muy especialmente en estas últimas, que condicionan la libertad a la existencia de un “[...] principio de prueba por escrito”, según se acotó.

—El viraje experimentado en el trámite parlamentario, toda vez que en el curso de la discusión congresional, el texto originario sufrió alteraciones, no ayunas de significación en lo que concierne al tema en cuestión. Es así como en la ponencia para el primer debate al proyecto se realizaron puntuales y cardinales ajustes, enderezados a restringir la libertad probatoria inmersa en el proyecto inicial, por entenderla inconveniente y, de suyo, más prudente el texto sustitutivo, en guarda de la seguridad jurídica. Al respecto, la senadora MARÍA CRUZ VELAZCO rindió la siguiente ponencia que, *in extenso*, transcribimos:

“Señor presidente y demás miembros de la Comisión Tercera:

“Tengo el honor de rendir ponencia al Proyecto de Ley No. 65 de 1995 (Senado) «Por el cual se reforman los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio».

“El proyecto busca reformar el Código de Comercio en cuanto al perfeccionamiento del contrato de seguro.

“A la luz de los artículos 1036 y 1046 del actual Código, para que se perfeccione el contrato de seguro se requiere la expedición de la póliza.

“El proyecto, con base en las tendencias doctrinarias y legislativas modernas, dispone que el contrato de seguros sea consensual, lo cual tiene la ventaja de dar mayor agilidad a las negociaciones.

“En el pliego de modificaciones que se anexa se proponen algunas modificaciones y adiciones al texto del proyecto en cuestión.

“En el pliego se sugiere a la H. Comisión Tercera que se apruebe al artículo 1º, que enumera las características del contrato de seguro. Una de ellas, según lo propone el

autor del proyecto, es que el contrato sea en lo sucesivo consensual, es decir, que nacerá cuando se produzca el acuerdo de voluntades.

“La ponencia incluye un artículo 2° nuevo sobre las condiciones generales del contrato cuando no aparezcan acordadas, el cual modificará el parágrafo del artículo 1047 del Código de Comercio. Esta modificación es necesaria, dado que a partir de la Ley 45 de 1990 se produce la desregulación y modernización del sector asegurador, que brinda a las aseguradoras libertad para determinar sus tarifas y pólizas.

“Prueba del contrato de seguro.

“Consideramos conveniente el establecimiento de un sistema especial de prueba del contrato de seguro, siguiendo las legislaciones de México (art. 19 de la Ley de 1935), Argentina (art. 11, Ley de 1968) y Bolivia (art. 1006 C. de Co. de 1977). En contrato de seguro podrá probarse por escrito o por confesión, conforme al artículo 3° del pliego.

“No consideramos prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios.

“Por otro lado, como medida de protección a tomadores, asegurados y beneficiarios se establece la obligación para la compañía de entregar la póliza dentro de los 15 días siguientes, así como duplicados o copias de la misma cuando aquellos lo soliciten”.

Es de señalar que el texto incluido en el pliego de modificaciones presentado por la senadora CRUZ rezaba: “Artículo 3°.- El artículo 1046 del Código de Comercio quedará así: «El contrato de seguro se probará por escrito o 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»”.

Del mismo modo, cumple registrar que en la Cámara de Representantes no se le introdujeron modificaciones al pliego en mención, en lo que al tema probatorio se refiere, específicamente en lo que toca con la exigencia del escrito. De ahí que el artículo 1046 del Código de Comercio actual, en lo pertinente, sea hijo del referido proceso modificativo del proyecto originario, en este punto totalmente diverso, en la medida en que se pasó de la total libertad probatoria, a un “[...] sistema especial de prueba” ajeno a dicha concepción tan amplia, así paradójicamente algunas de las legislaciones que le sirvieron expresamente de estribo, la argentina y la boliviana, sí admitan “todos los demás medios de prueba [...] si hay principio de prueba por escrito” (arts. 11 de la ley argentina de 1967, y 1006 del Código de Comercio boliviano).

— *Las consideraciones que en el año 1958 igualmente se tuvieron en cuenta en esta materia por el proyecto de 1958 (exposición de motivos), que si bien directamente no es el que nos ocupa, sí evidencian, in radice, la resistencia a concederle a la prueba*

testimonial cabida directa, hecho que debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar la norma actual, por la fuerza de la tradición de una idea de suyo recurrente en la *mens legislatoris*. En este sentido, recuérdese que si bien es cierto que en el supraindicado proyecto se daba vía libre a la consensualidad del contrato, expresamente se limitó su prueba, como quiera que se señaló, sin hesitación, que si “[...] para acreditarlo bastara la declaración conteste de dos testigos, si fuera suficiente un indicio grave, si la simple presunción pudiera invocarse al efecto, no dudamos [de] que las compañías tendrían que afrontar dificultades sin número. Pero todo esto lo hemos previsto. Las únicas pruebas admisibles son la documental y la confesión judicial”.

— *El parecer de la communis opinio patria*, para nada deleznable, en razón de que es concluyente en el sentido de abogar por la probanza escrita, que no verbal, y por no admitir la procedencia del llamado *principio de prueba por escrito*.

Diáfana, realmente, es la opinión del profesor ORDÓÑEZ, a juicio de quien “[...] es claro que es diferente probar con un escrito, a probar con un principio de prueba por escrito y que la ley colombiana exige probar con un escrito. Si la interpretación fuera diferente estaríamos realmente en el campo del principio de prueba por escrito y no del escrito mismo, tal como lo ha definido la doctrina sobre la materia, y esto hace que quizá la modificación legislativa tenga unos alcances más estrechos de los que pueden parecer a primera vista”, razonamiento que más adelante en su obra lo conduce a reafirmar que “[...] en el caso del contrato de seguro, la fórmula legal hace que si bien el contrato es consensual, no puede probarse sino mediante documento escrito, o por confesión, descartándose cualquier otro medio probatorio o un simple principio de prueba por escrito”⁴⁴.

Elocuente, de igual manera, es la opinión del profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ, al indicar que “Es conveniente sentar como presupuesto que cuando se trata de demostrar un contrato consensual por medio de prueba escrita, es menester que la misma contenga los elementos esenciales del contrato respectivo, de modo que si de probar la existencia del contrato de seguro concierne, es necesario que el escrito se entienda diverso a la póliza, dé cuenta de los elementos esenciales de todo contrato de seguro [...] sin cuya presencia «el contrato no producirá efecto alguno», lo cual pone de presente que no basta un documento del que pueda insinuarse la posibilidad de estructuración del contrato, de un principio de prueba por escrito acerca de su existencia, sino de uno de donde surjan con claridad las bases tipificadoras del mismo [...]”⁴⁵.

En suma, sin perjuicio de que podríamos esgrimir otras razones más, se nos antoja que este tema de la insuficiencia del principio de prueba por escrito para la acreditación cabal del contrato de seguro, no debería generar una insoluble controversia, más allá, se itera, de que en un plano diverso del estrictamente legislado, nos parece que hubiera

44 ORDÓÑEZ O., ANDRÉS, *Lecciones de derecho de seguros, op. cit.*, págs. 49 y 52.

45 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 2010, pág. 57.

sido deseable consagrar un esquema similar al argentino, al belga, al boliviano o al francés, ya mencionados, entre varios, por lo demás más a tono con la tajante declaración que hace el artículo 1036 del Código de Comercio, conforme a la cual “El seguro es un contrato consensual”, proclama que, en la *praxis*, bien lo han anotado algunos doctrinantes vernáculos, es más nominal que real, o por lo menos se desdibuja en gran medida, pues se relativiza o morigera de modo apreciable, lo que le resta potencia. Esta es, pues, otra frustración derivada de legislar a prisa, sin brújula ni compás.

Con todo, al margen de lo indicado en precedencia, aun cuando no queremos desconocer la fuerza argumentativa que emana del principio de prueba por escrito, muy especialmente en el marco del derecho procesal moderno, escoltado por el derecho constitucional de stirpe garantista y estereotipado por el vívido deseo de no propiciar desequilibrios, sorpresas y sinsabores inopinados, nos parece que en el derecho colombiano el seguro deberá probarse por escrito —o documentalmente— o por confesión, como lo estatuye el artículo 1046, en su nueva versión, y que para efectos exclusivamente probatorios deberá entregársele al tomador un documento denominado póliza. Cosa enteramente diferente, de un lado, es que no será póliza únicamente el escrito que lleve este rótulo puntual, sino todo aquél que reúna los requisitos basilares consagrados en el artículo 1047 del estatuto comercial, en lo pertinente y, del otro, que escritos adicionales idóneos puedan ser tenidos en cuenta, en orden a darle certidumbre al intérprete o a permitir la “[...] formación del convencimiento del juez”, según el caso, conforme lo impera el artículo 174 de la codificación procesal. No en vano es el propio artículo 1036, en su nueva redacción, el que precisa que el seguro “[...] se probará por escrito”, sin restringirlo a uno (unicidad documental), privativamente, en cuyo evento lo relevante es que uno o plurales escritos (haz documental) lleven al referido convencimiento y que, por ende, pueda demostrarse suficientemente la celebración del acuerdo aseguraticio, el que hoy es consensual, obviamente con todos los elementos que lo estructuran, amén que tipifican.

Del mismo modo, creemos que es absolutamente posible combinar el escrito y la confesión, en aras de establecer la existencia y contenido de la relación contractual, pues nada impide que se articulen o complementen, por cuanto uno y otro son de recibo en la órbita legislativa. Sería impropio, a nuestro juicio, negar dicha posibilidad, a pretexto de que uno de los elementos estructurales del negocio jurídico aseguraticio —en una determinada hipótesis— no se demostró por escrito o documentalmente, a sabiendas de que en el plenario obraba una confesión que, en concreto, aportaba luces en tal sentido. Lo contrario, aparte no consultar el espíritu ni el texto de la norma (C. de Co., art 1046), atentaría contra la nueva naturaleza del contrato, vale decir, la consensualidad⁴⁶. Tanta estrictez haría nugatoria la reforma, en particular la abolición de

46 Con plena razón sostiene el doctor GABRIEL J. VIVAS que “[...] el escrito genéricamente considerado, podrá integrarse a su vez de varios escritos que, reunidos, aporten la prueba de la totalidad de esos elementos esenciales del seguro. Quiere esto decir que cuando la ley se refiere a escrito no está exigiendo que sea uno solo el que contenga todos los elementos esenciales del contrato, sino que ellos pueden estar diseminados

la solemnidad que, por otra vía, de suyo subrepticia, terminaría resurgiendo o reverdeciendo. “El demasiado rigor jurídico puede degenerar en injusticia” (*summum jus, summa injuria*), como bien lo señala el sapiente brocardo, muy en sintonía con lo que hoy ordena, en lo pertinente, el artículo 228 de la Carta Política, de acuerdo con el cual en las decisiones de la “[...] administración de justicia [...] prevalecerá el derecho sustancial”, el que sin duda, se podría ver conculcado si se extremara la exigencia del escrito que, de *ad probationem*, por categórico requerimiento legal, a la postre se convertiría en *ad substantiam actus*, lo cual es abiertamente violatorio del artículo 1036 del Código de Comercio, en su renovada versión (Ley 389 de 1997), y de normas dicientes como el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, que plausible pero imperativamente dispone que “[...] el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, entre otras más, *ad exemplum*, el grandilocuente artículo 187 de la codificación civil procesal, que manifiesta que “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas para la existencia o validez de ciertos actos”⁴⁷.

No es fortuito entonces que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la prevalencia de la esencia sobre la forma y la relación que el derecho a probar tiene con tal postulado, haya dicho que, “[...] dentro del plexo de derechos fundamentales que, vinculados al debido proceso, reconoce la Constitución Política, se encuentra el de «presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra» (art. 29, inc. 4º), derecho que no se puede escrutar desde una perspectiva meramente formal o nominal, sino que debe ser analizado en consonancia con los fines del proceso mismo, en cuanto escenario propicio para la solución de un conflicto y la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial (Const. Pol., art. 228; C. de P. C., art. 4º). El derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, entonces, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada una de las partes. Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que les permita a las partes acreditar los hechos alegados y, desde luego, generarle convencimiento al juez en torno a la pretensión o a la excepción. Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (*iuxta allegata et probata iudex iudicare debet*), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho

en varios escritos que reunidos constituyan un medio de prueba complejo pero pertinente, conducente y eficaz. Es más, la prueba de un contrato de seguro puede estar integrada de uno o varios escritos y una confesión [...]”. “Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia. Ley 389 de 1997”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 12, págs. 52 y 53.

47 No se olvide, acorde con todo lo señalado, que el seguro ya no es un contrato de forma específica o solemne, de manera que la omisión del escrito, más allá del tema probático, en puridad, no repercute en “[...] la existencia o validez” de él (C. de P. C., art. 187), de suerte que este tema debe observarse con algo más de amplitud, que no de laxitud absoluta o desenfreno.

del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia [...]. A lo que ha agregado que los términos u oportunidades para practicar pruebas “[...] no pueden ser concebidos de manera simplemente formal o retórica, sino, por el contrario, desde una concepción real y material, esto es, como escenarios que, en la práctica, sean propicios para que las partes, efectivamente, puedan probar los hechos en que fincan sus pretensiones. Al fin y al cabo, de nada vale que se otorgue un plazo para acreditar el derecho, si, al propio tiempo, no se brindan las herramientas necesarias para que ello pueda tener lugar. Por tanto, si el proceso es una institución viviente —y no pétrea—, su fase probatoria debe ser entendida como una realidad dinámica que está llamada a ser garantizada, so pena de incurrirse, *in radice*, en el referido vicio de nulidad [...]”⁴⁸.

En sentido análogo, en reciente ocasión tuvimos oportunidad de manifestar que “[...] se camina por la senda adecuada, cuando se admite, sin quiebres, y sin sombra de mácula, que el proceso tiene como propósito neurálgico permitir la realización o la concreción del derecho sustancial, en el caso que detiene nuestra atención, la posibilidad de que se haga cumplida justicia, ora en tratándose del paciente, ora del médico, habida cuenta que, ambos, por igual, pueden utilizar el mismo escenario, el que no puede convertirse en laberinto, o en una especie de «triángulo de las Bermudas», en el que se extravía, en veces para siempre, el referido derecho sustancial a cargo de uno de los extremos de la *litis*, quien, confiado, de buena fe, depositó la confianza en la justicia dispensada por el Estado, como garante de un orden justo, conforme lo proclama, con férrea entonación, nuestra Carta Política y otras constituciones modernas. De allí que el juez, ese sujeto que inviste una posición áurea, casi sacra, debe procurar que los derechos sustanciales no se marchiten o naufraguen en el proceloso mar de la formalidad o, si se prefiere, se esterilicen de raíz, so capa de una exacerbada lectura procesalista que tanto daño le ha hecho a la ciencia procesal, muy ajena al inciso, al rigor desmedido e invidente como muchos equivocadamente lo creen, lo cual resulta inaceptable, tanto más en los tiempos actuales, signados por un rostro muy diverso del derecho procesal, un aliado de la ciencia jurídica, un hermano fraterno de las demás disciplinas que, *ab initio*, comulgan con el bienestar societario, una de ellas, el derecho privado, en el que cohabita la responsabilidad civil, o en el administrativo, la estatal. No en vano ha llegado la hora de desterrar esa imagen perversa del derecho procesal, un derecho que,

48 C. S. de J., Sala de Casación Civil y Agraria, sent. de 28 junio 2005 (exp. 7901).

de ningún modo, se fundamenta en el deseo de cercenar, de guillotinar, de castrar, de complejizar, de obstaculizar, de oscurecer, de complicar. Muy por el contrario, es el *hermano sanguinis* del derecho sustancial, un derecho que, sin el procesal, sería objeto de mera retórica, de frustrados anhelos, de profundo desconsuelo. Por fortuna, en los tiempos actuales, el derecho procesal dista cada vez más de ser considerado como un derecho de trucos, como si no fuera el producto de las excelsas y lúcidas obras de CARNELUTTI, de CHIOVENDA, de ROCCO, de LESSONA, de CALAMANDREI, de GUASP, de SENTÍS MELENDO y de COUTURE, entre otros emblemáticos juristas más, sino de Mandrake, una especie de mago que todo lo puede, que todo lo hace, que todo lo justifica. No: el derecho procesal mal llamado «adjetivo», se aleja, en grado superlativo, de ese tipo de malhadadas visiones, cortas, pobres e indicativas, *mutatis mutandis*, de un morbo, de un afán por degradar lo indegradable. Por ello, más que nunca, en una brigada por la reconquista de valores, se reclama el proceder limpio, transparente, solidario, leal, el que se reúne, de manera cabal, en una palabra que se dice y emplea mecánica y cotidianamente, pero que es el nervio de la convivencia ciudadana: la honestidad —o decencia—. Todo lo demás está dicho [...]⁴⁹.

Expresado de otro modo, para no pretermitir el espíritu del legislador, en este caso indubitado, no sería admisible entender que todo debe continuar igual a lo que acontecía en el pasado y que la reforma de 1997, como algunos lo han expresado, fue cosmética, o meramente retórica, pues en la práctica todo, o casi todo siguió igual, así puedan tener parte de razón. Lectura que, por respetable, en estrictez, no podemos compartir *in toto*, no solamente por la incardinación expresa de la confesión como medio idóneo de probar el contrato, lo que en su oportunidad no tenía lugar, sino también por cuanto hay que entender que la ley debe interpretarse en forma congruente, a la par de coherente y finalística, para que no se torne en letra muerta. Sostener que, no obstante tan enfático enunciado del nuevo artículo 1036 del Código de Comercio, que el seguro es ahora consensual, nada cambió en el fondo, es a todas luces adverso a la *intentio* y a la realidad *iuris*, aun cuando la modificación *legis* ciertamente pudo ser más profunda, elaborada y congruente. Afirmar hoy entonces que en Colombia el seguro es un contrato aún solemne, por más que figurada o irónicamente se pueda criticar la norma con arreglo a las mencionadas reflexiones, es *contra legem* y *contra spiritus*, amén que erróneo, en estrictez.

Algo similar, desde luego con la prudencia y cautela que ello demanda, podría hacerse de cara a la agregación de otros elementos de juicio o de convicción respecto al escrito en comentario, cuando a éste sólo le reste algo muy puntual que pueda ser acreditado por otra vía, en cuyo caso el documento o los documentos existentes podrían verse enriquecidos, o complementados, siempre y cuando, por la senda de la complementación, no se termine supliendo al escrito o a la confesión. Al fin y al cabo, sólo por vía de ejemplo, hay supuestos ante los cuales el vacío documental puede

49 JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2010, págs. 400-401.

colmarse por la propia previsión legislativa, tal y como tiene lugar con la exigencia del numeral 4 del artículo 1047 del Código de Comercio, que señala que “La póliza de seguro deberá contener [...] 4) La calidad en la que actúe el tomador”, ya que el artículo 1040 del mismo código estatuye que “el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero”.

Esclavizarse al escrito, o negarse tozuda e irreflexivamente a sumarle algo que residualmente le falta, en la hora de ahora, lesiona caros intereses debidamente protegidos por la Constitución y la ley, salvo que estemos en presencia, en gracia de discusión, de un contrato de forma específica o solemne, calidad que hoy no puede predicarse del seguro por ningún motivo, en razón de que ella fue desterrada del cosmos jurídico nacional. Ello no quiere decir que por este camino la señalada exigencia del escrito pueda ser borrada, *in radice*, dado que es perentorio que escrito debe haber en el plano probático, so pena de que no se pueda probar el negocio jurídico respectivo. Otra cosa es que a partir de la presencia indubitada de un documento calificado que reúna un apreciable y sustancial cúmulo de tejido aseguraticio, se evidencie la necesidad de acudir a una información que, *pari passu*, pueda fluir de otro medio probatorio idóneo, no para que lo absorba o troque, sino para que lo complete, o para que le preste, *in partis minoris*, solidario auxilio. No en balde las pruebas, *in abstracto*, tienen una confesa misión articular, en procura de no sacrificar legítimos derechos, como ya se pinceló. Adiós entonces al radicalismo probatorio, al dogmatismo enceguedor y al cercenante e irreflexivo “no se puede”, simplemente porque no.

Empero, aunque abogamos sin ambages por un ejercicio hermenéutico criterioso, a la par que medido y equilibrado, en orden a no cremar derechos legítimos, pero tampoco a festinarlos, únicamente⁵⁰, no podría admitirse que el contrato de seguro, de *lege data*, puede acreditarse mediante la prueba testimonial, posibilidad que en la discusión parlamentaria de la Ley 389 de 1997, se descartó de raíz, por no considerar “[...] prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiera probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios” (ponencia para el primer debate), concepción ésta, hay que registrarlo, que no está en armonía con algunas legislaciones internacionales en el campo del seguro, como se advirtió, y en general con la tendencia contemporánea de darle cabida a la prueba testimonial en sede contractual (Principios de Unidroit), tratándose de contratos de forma libre o consensuales⁵¹.

50 Cfr. VITTORIO SALANDRA, *Commentario del codice civile. Libro quarto*, Roma, Assicurazione, Foro Italiano, 1966, pág. 214, y GIANGUIDO SCALFI, *I contratti di assicurazione*, Torino, UTET, 1991, pág. 112. Vid. JULIO CÉSAR GONZÁLEZ y WEMDY CAROLINA MEZA, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 33, 2010, pág. 176.

51 Esta interpretación, por emanar delantadamente de la ley (C. de Co., art. 1046), y de los propios y diáfanos antecedentes legislativos, encaminada, *per se*, a rechazar la prueba testimonial, a manera de *unicum*, debe armonizarse con el recto contenido del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, el cual limita la eficacia del testimonio, en

Es de resaltar, con todo, tangencialmente lo mencionamos, que en la órbita del derecho probatorio general no es tan simple soslayar la significación atribuida modernamente al testimonio, materia de valoración judicial en desarrollo de la sana crítica y de la persuasión racional del juzgador, *a fortiori* cuando no medie una exigencia *ex lege* alusiva a la solemnidad contractual. Ya hemos dicho que, en nuestro entender, aun cuando el testimonio no es idóneo para sustituir el requisito del escrito, esto es, que no

nuestro parecer, no sólo a la exigencia del escrito *ad solemnitatem*, aunque a primera vista parezca lo contrario, sino también la requerida con carácter *ad probationem*, con mayor razón cuando obre evidencia de que el legislador, en un caso concreto, como el que nos ocupa, expresó reservas acerca de este medio (norma especial y fundamentación individual). De otro modo, las pruebas tarifadas o especiales, como las demandadas en la esfera aseguraticia, perderían toda su fuerza intrínseca y cometido, en contravía de lo expresamente querido, *ministerio legis*. Art. 232: “Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato”.

Aun cuando no puede desconocerse la limitación que, a veces fundadamente reviste la prueba testimonial y que el seguro no puede probarse en Colombia por este medio, en forma exclusiva, como se anotó, así en un asunto determinado sea la más elocuente, en gracia de discusión, tampoco puede satanizarse *in toto*, pues con todas las restricciones que pueda llegar a tener en ciertos casos, alguna utilidad puede tener, si lo que se quiere es esclarecer la realidad, en un momento determinado. Ello explica, por una parte, que en algunas naciones se permita esta prueba en tratándose de negocios jurídicos, en concreto del contrato de seguro y, por otra, que en Colombia, insístimos, *ex abundante cautela*, se le examine con menos prejuicios o aprensiones, como lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia, con ocasión del reestudio del tema de la fuerza probatoria del testimonio de la mujer adúltera, tema de suyo urticante.

Sobre este particular, *mutatis mutandis*, la Corte, otorgándole una renovada lectura al testimonio, incluso respecto a situaciones en las cuales en el pasado se le restaba toda valía, puso de presente de cara al llamado testimonio de la mujer adúltera, lo traemos a colación de paso, que “Bien es verdad que el art. 223 del Código Civil establece que «no se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio». Pero, en aras de lo que aquí se concluirá cuando sea ocasión, obligado es pasar revista al fundamento de la norma, a saber: desde antiguo, en efecto, avivada está la atención sobre el riesgo de dar por establecido el adulterio cuando la mujer lo admita, quien, herida quizá por la gravedad de una falsa acusación, acabe echándose encima una infidelidad no cometida, movida por un ánimo vindicativo. De suma importancia resulta dejar completamente esclarecido, pues, que la *ratio legis* está en la desconfianza que despierta una mujer maltrecha en su honor, tal como se hizo notar en las Partidas que sirvieron de antecedente a la codificación española, al preceptuarlo, derechamente por demás, así:

«Ensánanse las mujeres a lo vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos dizen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que no son de ellos, mas de otros». Aquella reglamentación positiva tiene que ver entonces es con el tanto de credulidad que le cabe a la prueba, cuyo propósito fue el de que no se cayera en la ligereza de creerle a una mujer que bien pudiera estar poseída por la ira o la venganza. A los ojos de la ley, se trata de un testimonio en extremo sospechoso, y persuadida anduvo que lo mejor era repulsar en el punto el dicho de la mujer,

es un arquetípico sucedáneo de él, por las razones esgrimidas, tampoco puede ser fustigado o expatriado sistemáticamente y sin fórmula de juicio siempre, restándole toda eficacia, así sea *sub conditione*, y en relación con puntuales supuestos, de suyo *especialis*, conforme lo podrá establecer el juzgador, *ex abundante cautela*. Por eso *in eventum*, alguna utilidad puede llegar a tener, naturalmente a partir del requisito del escrito, que no prueba por escrito propiamente dicha, dado que se exigiría algo más. Esta es, pues, una lectura individual de las normas que disciplinan la temática aseguraticia *sub examine* (con sus antecedentes), llamadas a primar de cara a las generales, pues estas últimas, aplicadas sin conexión con las del contrato en referencia, revelarían una conclusión diferente.

No en vano se ha expresado que esa es la respuesta que emerge del ordenamiento procesal. Es así como en sentencia del 25 de septiembre de 1973, la Corte Suprema de Justicia expresó que “[...] el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, sin estar sometido a reglas abstractas preestablecidas por el legislador [...]. En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tratándose de contratos solemnes, la prohibición de probarlos con testigos sigue siendo absoluta: en ellos la prueba *ad solemnitatem* no puede suplirse por el testimonio, ni por la confesión, ni por otros medio de prueba [...]. Lo cual quiere decir que en el estatuto

solución armoniosa con el régimen probatorio imperante a la sazón, en el que el legislador prefería cortar de raíz toda posibilidad de riesgo, adoptando el sistema de la exclusión de testigos. Mas, y bien averiguado que lo está, ahora es muy otro el sistema probatorio que rige, inspirado en el principio de la racional apreciación de las pruebas, una de cuyas más elocuentes manifestaciones está, por cierto, en el tratamiento vario de los testigos sospechosos. Bien visto estaba, evidentemente, que dentro del régimen tarifario o legal de pruebas cupiera, entre las tantas fórmulas apriorísticas de que se servía, esta otra que aconsejaba a la ley —a fin de cuentas la encargada allá de la tarea valuativa de las pruebas— eliminar de antemano la versión de las personas en quienes concurre un motivo fundado de sospecha; el dilema se zanjaba a favor de la seguridad probatoria. Y era armonioso por cuanto si, como secuela del régimen, entre otras cosas se predicaba la apreciación numérica de los testigos, más que justificado estaba que la ley tomara la elemental precaución de impedir que esa cifra se completara de cualquier modo, y tanto menos con declarantes en quienes concurriría alguna situación que fundadamente da la idea de que no les será fácil ceñirse a la verdad; así que la ley optó por desoírlos. Hoy, en cambio, ante lo revelador que asoma aquello de que el juez no ha de desdeñar posibilidad alguna en el hallazgo de la verdad y que la exclusión de testigos puede traducir en última exclusión de justicia, se ve lógico que en vez de descartar el dicho de los sospechosos, lo mejor sea escucharlos y más bien que el juzgador —el que ahora se encarga de la ponderación de las pruebas— los someta a un análisis más drástico. Esto es, el sospechoso ya no es tratado como un inhábil para declarar; simplemente que su versión es recibida con protesta de reserva. Al fin que un testigo sospechoso puede ver y escuchar perfectamente; lo que resta es establecer si en su ánimo pesa más la circunstancia que lo extravía de la verdad y de la neutralidad, y acaba rindiéndose a ella” (sent. de 30 agosto 2001, exp. 6594).

procedimental que hoy rige en el país se conservó la prohibición de la prueba testimonial por razón de la naturaleza solemne del acto jurídico [...]. Sin embargo, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo, como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne [...]. Mas, como el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil establece que «las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos», es forzoso aceptar que con la adopción del sistema de persuasión racional, desaparecieron las restricciones que a la conducencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior en lo referente a la obligación por probar y a las posteriores reforma o adición de documentos; conservándose únicamente para los eventos en que la ley exija prueba *ad solemnitatem*, pues en éstos el escrito se requiere como elemento de la esencia del acto y no como elemento *ad probationem*".

b) *Fundamentos primordiales de la adopción de un régimen especial en materia probatoria (restricción probatoria)*. No son insulares, ni menos rayanas en el capricho absoluto, las razones que históricamente se han esgrimido para justificar, en el terreno del contrato de seguro, un régimen especial en materia probatoria, en particular un determinado escrito, así hoy por hoy, justificadamente, estén en revisión, por lo menos algunas de ellas, sobre todo las atinentes a la desconfianza generalizada y automática, dado que para contrarrestar ciertos peligros, que no se soslayan, militan puntuales remedios. En ocasiones se enarbolan motivos técnicos; en otras, argumentos jurídicos y también de ambas clases.

En el ámbito doctrinal, por vía de ejemplo, se alude a razonamientos técnicos, hermenéuticos, funcionales y de seguridad jurídica. En esta dirección, el profesor RUBÉN STIGLITZ expresa que "La resonancia social del contrato de seguro, la complejidad técnica ya de por sí inherente al negocio, la dificultad de desentrañar el sentido y alcance de algunas de sus acepciones usuales, el elevado número de condiciones generales y especiales que contiene la póliza que instrumenta el contrato, la prolongación en el tiempo del negocio y el interés de los terceros, han aconsejado la conveniencia de adoptar el medio escrito como mecanismo probatorio razonablemente más seguro"⁵².

El profesor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, a su turno, pone de manifiesto que "La documentación del contrato cumple en el seguro no sólo la función probatoria del acto de su perfección o existencia, sino también la de fijar las normas que van a servir para regular la relación jurídica que deriva del contrato. Este aspecto normativo de la póliza —como documento que normalmente se emite por el asegurador— se realiza en varios artículos de la ley. El hecho de que la relación jurídica que deriva del contrato tenga una duración amplia en el tiempo, coadyuba a señalar la importancia de la documentación del contrato"⁵³.

52 STIGLITZ, RUBÉN, *Derecho de seguros*, t. I, *op. cit.*, págs. 156 y 157.

53 FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Conclusión, documentación, contenido del contrato*, *op. cit.*, pág. 280.

El profesor CARLOS DARÍO BARRERA, a su vez, no duda en “[...] argüir que el seguro es de carácter muy complejo y que tiene demasiados elementos específicos, el riesgo, la suma asegurada, la prima, las exclusiones, las garantías; en fin, una serie de requisitos de muy difícil prueba si no llegaren a constar por escrito”⁵⁴.

En sede prelegislativa, a su turno, consultados los antecedentes de los preceptos consignados en los nuevos artículos 1036 y 1046 de la codificación mercantil, se evidencia que algunos de estos temores sirvieron de estribo para adoptar la consabida restricción probatoria en su momento propuesta, lo que explica que se haya puntualizado que “No se considera prudente proveer una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios”.

c) *Alcance y significado del “escrito” exigido por la ley, y prueba de las modificaciones, cambios y ajustes relativos al contrato de seguro.* Como ya lo anotamos en precedencia, nos resulta claro, que hoy, si bien es restringida la prueba del contrato de seguro, sin que por ello se torne solemne, nos parece que no puede llevarse a tal extremo de entender el “escrito” en el limitado significado de la palabra. Ello, entre otras consideraciones, iría en contravía de la realidad de los negocios jurídicos en general y, por supuesto, de la dinámica mercantil, tan en boga. Por eso, y como se ha expresado, cuando el artículo 1046 del Código de Comercio se refiere a “escrito” y también a “documento”, por tal debería entenderse “documento”, en todo de acuerdo con lo establecido por el legislador en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, que no puede ser soslayado, en línea de principio.

De lo contrario, la exigencia limitativa del escrito, *ab initio* dejaría al contrato de seguro totalmente rezagado, o si se prefiere, anquilosado —o congelado—, pues como lo subraya el profesor JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ “[...] hasta no hace poco la historia del documento fue la historia de la escritura, porque los derechos y las obligaciones se probaban por escrito. Empero, hoy en día, aunque el predominio de la prueba escrita se mantiene por cuanto por disposición legal algunos actos se sujetan a la solemnidad

54 BARRERA, CARLOS DARÍO, *La formación del consentimiento en el contrato de seguro*, op. cit., pág. 10.

Haciendo énfasis en el tema de la seguridad jurídica y en el propósito de evitar prácticas de índole fraudulenta, el Doctor GABRIEL JAIME VIVAS anota que “buscando [...] brindar mayor seguridad jurídica a las partes contratantes, se modifica también el artículo 1046 del Código del mismo Código, en lo relativo a la prueba del contrato [...] teniendo presente la necesidad de combatir, o al menos no fomentar, una de las prácticas que en el presente afecta, de forma significativa, el desarrollo de la industria aseguradora: el fraude a las compañías de seguros. En efecto, en todas las discusiones que, en torno al proyecto de ley que dio origen a la reforma, se suscitaron al interior del Congreso Nacional, se observó como inconveniente la introducción de un sistema de libertad probatoria absoluta [...]”. *Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia*, Ley 389 de 1997, op. cit., págs. 9 y 10.

de las escrituras públicas o privadas, lo cierto es que el panorama tradicional ha estado sometido a radicales cambios por el influjo de la tecnología moderna que planteando cosas nuevas origina tratos jurídicos, interrelaciones personales y negociales, y simples expresiones del pensamiento sin que por ninguna parte aparezca la redacción escrita, porque el mismo soporte material del papel ha desaparecido. Los pagos por transferencia electrónica de fondos, los giros bancarios de igual linaje, los contratos informáticos y la telemática en general, constituyen uno de los hechos sociales más trascendentales de los últimos tiempos, que de ninguna manera se puede desconocer⁵⁵.

Nos referimos entonces, como lo menciona el profesor RAMÍREZ, sólo para traer a colación un supuesto de alguna usanza, que a futuro creemos que se impondrá aún más al documento electrónico, o póliza electrónica, que en Colombia se ha regulado a partir de la Ley 527 de 1999 y que, precisamente, aboga por la demostración de hechos por medio de mensajes de datos que no corresponden, en rigor, a la escritura, al escrito tradicional⁵⁶.

En este orden de ideas, conviene realizar una lectura más amplia del artículo 1046, en la dirección indicada, máxime cuando esa fue la intención genuina del legislador al darle trámite a la Ley 389 de 1997. Efectivamente, en la exposición de motivos de la que finalmente resultó ser la ley en cuestión, expresamente se tuvo en cuenta la posibilidad de demostrar el contrato de seguro mediante formas diferentes a la escritura, así: "Y, por otra parte, ante la imperiosa necesidad de adecuar el contrato de seguro con la realidad mercantil cotidiana, caracterizada por su 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 los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, télex, fax, etc."⁵⁷.

55 RAMÍREZ GÓMEZ, JOSÉ FERNANDO, *La prueba documental. Teoría general*, op. cit., pág. 225.

56 Vid. JORGE EDUARDO NARVÁEZ, *El contrato de seguro en el sistema financiero*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, págs. 110 y ss., y FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del comercio electrónico en Colombia", en *VII Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros*, Rosario, Argentina, 2001, Memorias, págs. 142 y ss. En la esfera internacional, pueden verse las diferentes ponencias y comunicaciones que se presentaron en este congreso del CILA-AIDA, entre ellas, con provecho, la conferencia central ("relato oficial") a cargo de la Sección Chilena de AIDA, de autoría de los colegas FRANCISCO ARTIGAS, NICOLÁS CANALES P., OSVALDO CONTRERAS S., IGOR KLIVADENKO y RICARDO PERALTA LARRAIN, "Los riesgos derivados del comercio electrónico y el uso de la Internet y su aseguramiento", Memorias, págs. 3 y ss., al igual que enjundiosa obra del presidente de la Sección Española de AIDA, profesor RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001.

57 Cfr. LUIS ALBERTO BOTERO, PATRICIA JARAMILLO y FERNANDO RODAS, "Ponencia del Capítulo de Medellín", en *XXV Encuentro Nacional de Acoldece*, op. cit., pág. 26, Memorias en las que consignó que "si partimos de que el contrato de seguro se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, es necesario aceptar que es perfectamente posible realizar la colocación de un seguro a través de métodos alternativos y novedosos tales

Queda entonces evidenciado que entre nosotros no es de recibo una lectura exegética del vocablo *escrito*, a la par que descontextualizada de las necesidades del tráfico imperante, extraña a la modernidad —o posmodernidad— y con ella a la tecnología, a la cibernética, a la telemática, etc.

Efectuadas las anteriores consideraciones, para a continuación darle paso a la prueba confesional, resulta aconsejable precisar someramente dos aspectos de especial relevancia. El primero, que el escrito o documento al que alude la Ley 389 de 1997, detonante de la nueva concepción del artículo 1046 del Código de Comercio, no es un escrito que indefectible y literalmente, como tal, se apellide *póliza* (*nomen specialis*), o que se incardine en un continente con características específicas prefijadas (tamaño y textura del material escriptorio, letra, formato, color, etc.), habida cuenta de que lo determinante es que recoja los elementos esenciales de todo contrato, y en especial los del seguro, individualmente considerado. Por ello es por lo que un documento cualquiera que los reúna es idóneo para acreditar la relación aseguraticia, con prescindencia de otras consideraciones formales o escriturarias, de suyo improcedentes, tanto más cuanto que la ley, al aludir a la prueba del contrato, sólo exige que se trate de un escrito, sin más calificación o exigencia inicial: “El contrato de seguro se probará por escrito”⁵⁸.

En este orden de cosas, el seguro se prueba documentalmente, bien con arreglo al documento que lleve dicho nombre (la póliza), esto es, al que se refiere el inciso 2º del artículo en comento, en desarrollo del cumplimiento de una obligación *ex lege* radicada en cabeza del asegurador, como es la usanza, bien con fundamento en un escrito que, con independencia del rótulo empleado, o de la ejecución o no de la referida prestación aseguraticia (*facere*), sirva para dicho propósito, ora individualmen-

como una simple llamada telefónica o el diligenciamiento de un formato creado para tales efectos a través de Internet [...]”.

- 58 “Creemos que «la póliza» no es, legalmente o —mejor dicho— no es tan solo lo que en el sector empresarial del seguro se entiende por tal”, según lo revelaba el profesor OSSA GÓMEZ: “[...] La ley no exige «papel de seguridad», ni siquiera de lujo, ni refinada litografía, ni presentación ornamental, ni forma preimpresa, ni pluralidad de tintas [...]. Es por esto que [...] una carta o un telegrama si contienen los datos preindicados puede cumplir la función de póliza [...]” (*Teoría general del seguro. El contrato, op. cit.*, pág. 28). Cfr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Estructura de la forma en el contrato de seguro, op. cit.*, pág. 117, en donde refrendando esta misma idea, pusimos de presente que “basta que el acuerdo negocial se moldee en un escrito”.

Dicho escrito, si bien no es calificado delantadamente en la reforma de 1997, como se expresó, a diferencia de lo sucedido en el Código de 1971, en el que decía que “el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza” (C. de Co. original, art. 1046), en el inciso 2º del nuevo artículo 39 (Ley 39 de 1997), se concreta en la póliza de seguro. Es así como se precisa, se recuerda, que “Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador [...] el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza”.

te, ora en función de la sumatoria articulada de diversos escritos que, *in globo*, sean idóneos por revelar fidedignamente la celebración y el contenido del contrato de seguro, en lo cardinal, en cuyo caso, *stricto sensu*, podrá también considerarse que es una póliza, o que puede calificarse de tal, por extensión *iuris*⁵⁹.

Empero, como se anticipó, nada obsta para que en determinadas hipótesis, esto es atendido el caso en particular, así sea muy excepcional, el contrato de seguro se pueda acreditar en asocio con otros documentos que consagra el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por medio de grabaciones, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, entre otros. Como es obvio, el empleo de tales instrumentos no será la regla, pero es claro que no por ello se deben descartar, *ab initio*. Es así como habrá que examinar cada asunto concreto, como se anticipó, en aras de elucidar si alguna de las especies de documento tiene la idoneidad o el reconocimiento suficiente en la órbita probatoria. El sentenciador, en tal virtud, no puede cerrar de plano la posibilidad de que, en particulares hipótesis, de tales documentos aparezca inequívoca la acreditación de aspectos medulares, puesto que ello sería hacer nugatorios los derechos de quienes funjan como tomadores-asegurados, so pretexto de una interpretación exegética y, en consecuencia, contraria al espíritu de las normas que rigen esta materia.

Por todo ello insistimos en que es racional y prudencialmente posible emplear no sólo el escrito, propiamente dicho, sino otros documentos, según el *casus*, con fundamento en dos razones ya esbozadas, que retomamos y ordenamos, a saber:

- a) En primer lugar, porque aunque reconocemos que el tema es opinable y controversial, en la medida en que el inciso 1º del artículo 1046 del Código de Comercio se refiere únicamente al escrito, no es posible soslayar que en su inciso 2º se hace categórica alusión al documento como género, lo que atenúa el virtual rigor de este segmento de la disposición en cita. Al respecto, memórese que la norma en referencia prescribe que, “[...] 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 [...]”, de suerte que

59 En este supuesto, a juicio del profesor ORDÓÑEZ, “[...] cuando la ley dice que el documento contentivo del contrato se denomina póliza, quiere decir que siempre que tengamos un escrito, documento privado, que reúna lo que hemos visto, son condiciones indispensables del escrito con el cual deba probarse el contrato de seguro (identidad de las partes y elementos esenciales del contrato), ese escrito en forma automática recibe legalmente el apelativo de póliza. De otro modo, el concepto de póliza estaría reservado sólo al documento que caprichosamente la aseguradora quisiera denominar de tal manera”. *Lecciones de derecho de seguros, op. cit.*, pág. 9.

Expresa una idea algo diferente —que en el fondo no altera el descrito panorama— el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ B., conforme a la cual “[...] la presentación de una propuesta escrita por parte del asegurador a un eventual tomador, en la cual queden plasmados esos elementos esenciales del contrato de seguro y su aceptación, constituyen prueba escrita, diversa a la póliza, de la celebración del contrato; igualmente la solicitud

en materia probática, resulta de recibo el *documento* contentivo de la póliza y no sólo, como erróneamente podría pensarse *prima facie*, el escrito, en sí mismo limitativo. De ahí que el legislador haya afirmado, *expressis verbis*, que *para fines probatorios* se deberá entregar el citado *documento*, sin limitarlo exclusivamente al escrito, sino aludiendo, *in genere*, al instrumento documental que, al decir del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, ya señalado, cobija “[...] los escritos, impresos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

- b) En segundo lugar, en la aludida exposición de motivos del proyecto de 1958 hay mención sistemática al documento, al igual que en el proyecto de 1995 —que posteriormente se transformaría en la Ley 389 de 1997— también se menciona con claridad al documento, con el propósito de modernizar la legislación⁶⁰, por lo que sería desatinado, respecto de los antecedentes de la legislación vigente, pensar que solamente se puede acreditar el seguro a través de una especie de documento: el escrito. Muy por el contrario, un análisis articulado de la historia *legis* devela que la intención del legislador —consignada en la actualidad en el referido inciso 2º—, fue la de permitir la prueba mediante el empleo de otros documentos, en los términos antes descritos. Por todo lo anterior, estimamos entonces que esta es la posición imperante, a la luz de la normativa patria, en asocio de los dictados del derecho procesal moderno, a pesar de lo discutible que pueda resultar.

escrita de que se otorgue un seguro y la aceptación del asegurador constituyen otro ejemplo de esa prueba documental escrita diferente a la póliza y sin que, se resalta, deje de subsistir la obligación del asegurador para expedir la misma [...]”. *Comentarios al contrato de seguro*, *op. cit.*, pág. 58.

- 60 En efecto, de acuerdo con el acta 67 del Subcomité de Seguros, el artículo 870 del referido proyecto disponía que “La póliza es el *documento* que expresa las relaciones contractuales entre el asegurador, por una parte, y el tomador, asegurado o beneficiario, por la otra ...” (se destaca); en la versión contentiva de las observaciones efectuadas por la comisión pertinente, se redactó un texto sustitutivo del mismo artículo que señalaba que “El *documento* por medio del cual se perfecciona y prueba el *contrato de seguro* se denomina póliza y deberá ser suscrito por el asegurador ...” (idem). Esta redacción, enfática en cuanto a que el *documento* sirve como *prueba* del contrato, fue refrendada en el acta 70. También se reiteró en la discusión de la Ley 389 de 1997, en la que justamente se dio carta de ciudadanía al inciso del artículo 1047 del Código de Comercio, a cuyo tenor literal, como reiterativamente se ha puesto de presente, se dispone que, para fines probatorios, se debe entregar el *documento* contentivo del seguro —póliza—. Sobre el particular, se sostuvo que su propósito era “[...] actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial ...”, por lo que no sería consistente circunscribir la prueba sólo al escrito, dejando por fuera novísimas herramientas documentales que escapan a la limitada noción escritural —por vía de ejemplo, los mensajes de datos, a los que se les dio cabida en desarrollo de la Ley 527 de 1999—. (Vid. Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la institución, *op. cit.*, págs. 469-489).

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, atañe precisar si las modificaciones, cambios o ajustes al contrato primigeniamente celebrado, en todos los casos, deben estar confinados o instrumentados mediante un inequívoco escrito, dejando de lado otra metodología probática, como si todos los demás medios de prueba, *per se*, se entendieran esterilizados y, por ende, ayunos de virtualidad jurídica.

En esta última hipótesis, si bien no podría predicarse el carácter solemne de las modificaciones, entre otras razones por cuanto este apunta a la celebración y perfeccionamiento del vínculo ya preestablecido, como tal preexistente, en estricto rigor, importa determinar si cualquier cambio debe ser acreditado mediante un escrito, so pena de que devenga ineficaz otra prueba, diferente de la confesión, claro está (C. de Co., art. 1046). La norma respectiva, bien se sabe, no habla de las modificaciones, o alteraciones negociales, como sí acontece en otras naciones, según se observará; guarda, por el contrario, absoluto silencio, lo que ha dado pábulo para que se so pese esta actitud silente del legislador, no de ahora sino de tiempo atrás, por cuanto ni en la legislación decimonónica mercantil, ni en la de 1971, ni tampoco en la de 1997, incluso, el tema se ha esclarecido. Simplemente en el Código de Comercio del siglo precedente, en su artículo 1048, aún vigente, se dispuso que “Hacen parte de la póliza: [...] 2. Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza”.

Al amparo de las legislaciones en referencia, antes de la reforma de 1997, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no obstante la exigencia ineludible del escrito (solemnidad), se había inclinado por una tesis menos rigurosa, admitiendo, de una parte, el pacto verbal, y las modificaciones escritas o no escritas, de la otra⁶¹. A análogo resultado arribó el proyecto de Código de Comercio del año 1958 y un sector de la doctrina⁶². Ahora, que no campea la referida solemnidad, sino la consensualidad, y un régimen de prueba restringida o acotada, un sector de la doctrina se inclina por el escrito o la confesión, únicamente, no admitiendo otros medios probatorios, haciendo la salvedad de que en estos casos, el consabido escrito tiene naturaleza *ad probationem*, que no *ad substantiam actus*.

61 En sent. de 23 noviembre 1927, la Corte Suprema de Justicia arribó a dicha conclusión. Y más recientemente, en 1997, setenta años después, tan alto tribunal puntualizó en un sonado fallo que “lo anterior no obsta para que, sin alterar el carácter solemne del contrato de seguro, en desarrollo de su ejecución, se celebren convenios expresos o tácitos modificativos (C. de Co., art. 824) sobre aspectos que, por no alterar legalmente la esencia fundamental de dicha contratación y porque así lo exige la dinámica buena fe, 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[...] Y tales modificaciones, en caso de presentarse, pueden ser escritas o no, y, por lo tanto, pueden acreditarse mediante anexos que las recojan, o con los medios probatorios que demuestren fehacientemente los pertinentes convenios expresos o tácitos, modificativos de algunos aspectos del contrato inicial” (sent. de 4 abril, exp. 4880).

En tal sentido, el Doctor LÓPEZ BLANCO entiende que “la duda surge es en cuanto si para probar las modificaciones es adecuada la misma tarifa legal de pruebas que se da para el contrato (sólo confesión o prueba documental escrita) o si, por el contrario, es viable probarlas por cualquiera de los medios de prueba de que trata el art. 175 del C. de P. C. Si se tiene en cuenta que el anexo forma parte de la póliza y en últimas, implica una modificación al contrato de seguro, opera la limitación probatoria en cita, pues el propósito del legislador fue el de otorgar una relativa seguridad probatoria para la prueba de un contrato de seguro ajustado consensualmente, lo que igualmente es predicable de las convenciones que la modifican, aspecto que de nuevo pone en evidencia que la solución central para evitar cualquier equívoco al respecto se halla en manos de las aseguradoras que si realizan una pronta expedición y entrega de los anexos, erradicar cualquier posibilidad de discusión”⁶³.

Por nuestra parte, a tono con lo ya manifestado en el presente escrito, no podemos pontificar en esta materia, pues es preciso puntualizar que, *a priori*, cualquier definición puede resultar aventurada, dado que el caso, en efecto, será el que ilumine una respuesta satisfactoria y prudencial. Empero, preliminarmente, exigir en todos y cada uno de los supuestos la prueba escrita, sin más miramientos, luce exagerado, pues habrá casos en los que la alteración, cambio o modificación, sean insustanciales, o que no muten la arquitectura del negocio jurídico, pudiéndose probar con arreglo a la libertad probatoria; no estamos aludiendo a la prueba de cambios sustanciales que incidan en lo estructural del acuerdo, sino a aspectos que, *in casu*, conciernen a otros puntos, de menor envergadura⁶⁴. Valga la pena mencionar, para avalar este aserto, que

62 En la Exposición de Motivos del proyecto de 1958, se expresó que “[...] una prueba calificada, como es la que consagra el artículo 876, sólo podrá exigirse, y así se hace, para los elementos esenciales del contrato, su renovación o prórroga, su revalidación (si se trata de un seguro de vida), sus modificaciones sustanciales y para algunas de sus demás especificaciones”, de lo que se desprende, *ab initio*, que no se refería a todas, pues las insustanciales, por vía de ejemplo, podrían probarse de otro modo. Así, por lo demás, quedó plasmado en el referido art. 876, a cuyo tenor “El contrato de seguro en cuanto a sus elementos esenciales, su renovación o prórroga, su revalidación, sus modificaciones sustanciales y las especificaciones indicadas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 7º, se probará por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial”.

A este mismo respecto, el profesor OSSA, por vía de referencia, examinando el tema de la renovación del seguro, indicó que esta “[...] no significa volver sobre el objeto y la causa del contrato, cuya identidad ha de preservarse hacia el futuro, ni importa una nueva declaración el estado del 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 [...]”. *Teoría general del seguro*, vol. II, *op. cit.*, pág. 31.

63 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Comentarios al contrato de seguro*, *op. cit.*, pág. 64.

64 Acorde con lo anteriormente mencionado, y sin desvirtuar el significado probático asignado a la prueba documental en la órbita del contrato de seguro en Colombia, no resultaría a todas luces equivocado entender, o por lo menos contrario, al rompe, a la nueva arquitectura normativa patria, que frente a ciertas estipulaciones que, sin

las exigencias consignadas en el artículo 1047 del estatuto mercantil no están situadas en un mismo plano y ellas responden a diversa jerarquía o *prosapia legis*, hasta el punto de que unas serán ineludibles y otras no lo serán, como lo tiene decantado la jurisprudencia y la doctrina colombianas. Algo similar tiene lugar en tratándose de la simple prórroga, que se puede establecer recurriendo medios diversos del escrito, por lo menos a uno que se denomine anexo, certificado o documento de prórroga. Difícil, en hipótesis como la contemplada, efectivamente, será soslayar la conducta observada de las partes, de tanta fuerza hermenéutica, a lo que se suma que, en línea de principio rector, no es lo mismo una renovación que una prórroga⁶⁵.

D) La prueba por confesión

Como lo hemos expresado con anticipación, en la actualidad, a raíz de la reforma que estamos comentando (Ley 389 de 1997), el contrato de seguro, en forma alternativa, puede ser válidamente acreditado mediante la confesión, posibilidad que, en el pasado no existía, por más que categórica y honestamente, el asegurador lo confesara, lo reconociera sin quiebres y con rotundidad, situación ante la cual había que

alterar en lo más mínimo la esencia o sangre negocial, han sido establecidas por las partes contratantes para regular determinados aspectos relativos al contrato, el escrito no devendría forzosa e inexorablemente necesario, en la medida en que en estas hipótesis sería de recibo su acreditación mediante otra probanza, aplicándose entonces la libertad probatoria que con tanta fuerza rige entre nosotros en el campo procesal. En otras palabras cuando las referidas estipulaciones no se ocupen de temas cardinales o determinantes, propios de la exigencia escritural ya mencionada, podría pensarse que ellas serían dueñas de un régimen probatorio diverso, en el sentido de que no sería ni tasado, ni restringido. A este respecto, bien vale la pena recordar el dicente contenido del citado artículo 876 del proyecto de 1958, a cuyo tenor: "El contrato de seguro en cuanto a sus elementos esenciales, su renovación o prórroga, su revalidación, sus modificaciones substanciales y las especificaciones indicadas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 7º, se probará por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial".

Por lo demás, atendida su significación, no sobra manifestar que otros medios probáticos podrán contribuir a la inteligibilidad o comprensión más cabal de los elementos preliminarmente acreditados a través de un escrito o confesión. Por ello, los elementos de la esencia del contrato, mediante los cuales se prueba la existencia del contrato propiamente dicho, se deben acreditar con estribo en los medios en comentario. Sin embargo, aquellos aspectos que no sean de la referida trascendencia, así como las clarificaciones o precisiones respecto de los elementos esenciales, se podrán realizar acudiendo a otros medios, los cuales no cumplirán la tarea de probar, *ex novo*, los aludidos elementos, sino simplemente de propiciar la reconstrucción histórica enderezada a tornarlos más inteligibles e indiscutidos (laborio clarificador).

65 Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., "La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato. Alcance de la trilogía integrada por los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su celebración", en *Libro en homenaje al profesor Fernando Vidal Ramírez*, Lima, 2011. (en prensa)

desoír al confesante, a sabiendas, de una parte, que confesión proviene de *confessio*, que a la vez deriva de *fateri, fari*, que significa 'luz', 'brillo' y, de la otra, que de antaño se ha considerado la "reina de las pruebas" (*confessio est regina probationum*), fundamentalmente por cuanto exige para su concreción jurídica, que lo confesado se torne perjudicial para él, pues como atinadamente lo recuerda el maestro FRANCESCO CARNELUTTI, "La confesión no sólo es un testimonio cualificado por el sujeto, sino también por el objeto. No cualquier testimonio es confesión, sino solamente aquel que narra un *quid contrario* al interés de la misma parte [...]. Precisamente sobre esta particularidad del objeto se funda la credibilidad de la confesión"⁶⁶.

Clásica es la noción de confesión del célebre profesor de la Universidad de Pisa, CARLOS LESSONA, conforme a la cual "confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos"⁶⁷.

Al fin y al cabo, como igualmente lo recreaba ULPIANO en el sapiente derecho romano clásico, "Ninguna misión [o muy poca, decimos nosotros] tiene el juzgador sobre los que confiesan" (*Nulla partes sunt iudicandi in confitentes*), pues si su *animus confitendi* es genuino, cumplidos todos los requisitos de ley, por qué no admitirla como medio de prueba idóneo, amén que fidedigno, en principio, y darle la espalda a una aceptación tan paladina, toda vez que como lo ha puesto de presente el profesor de la Universidad de Roma, GIUSEPPE CHIOVENDA, "la confesión nos presenta dos afirmaciones concordantes relativas a un mismo hecho, y éstas constituyen, normalmente, un límite para el poder del juez, en el sentido que, por regla general, debe sin más poner el hecho confesado como base de la resolución"⁶⁸.

La Corte Suprema de Justicia, validando tal aserto, en sentencia del 4 de abril de 2002, indicó que "[...] requisito esencial de la confesión es [...] que verse «sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan la parte contraria»; desde luego que en derecho, así civil como penal, hacer una confesión, confesar una cosa, un hecho, un acto jurídico, es reconocer como verdadero el hecho o el acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas".

Por ello el legislador de 1997, siguiendo las directrices del propio proyecto de 1958, en materia de seguros hoy admite la confesión como una de las vías probatorias para acreditar la relación aseguraticia. El artículo 870 del aludido proyecto, en efecto, era

66 CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uthea, 1944, pág. 483.

67 LESSONA, CARLOS, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, t. I, Madrid, Reus, 1957, pág. 389.

68 CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, pág. 66.

claro al aseverar que “El contrato de seguro en cuanto a sus elementos esenciales, su renovación o prórroga, su revalidación, sus modificaciones substanciales y las especificaciones indicadas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 7º, se probará por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial. Las demás especificaciones del contrato se probarán por cualquier medio de prueba”.

El nuevo artículo 1046 del Código de Comercio, en virtud de la reforma de finales de la última década del anterior milenio, señala que “El contrato de seguro se probará por escrito o confesión”, sin limitarla a la judicial, pues no hace ninguna distinción, a diferencia del proyecto de 1958, como se observó, razón por la cual el ordenamiento jurídico patrio concede una opción probática al servicio de los interesados, así sea una prueba que, obviamente, no dependa del tomador-asegurado o del demandante, según caso, merced a que está sujeta a varias exigencias, una de ellas, a la *intentio* o *animus* del confesante, circunstancia que en la práctica no se materializa cotidianamente, de manera que deviene excepcional y no a menudo —o día tras día—, motivo por el cual, como lo reconoce con autoridad el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ, dicha habilitación probatoria “[...] es de rara estructuración en la realidad”⁶⁹.

Con todo, aunque sea cierto ello, como lo es, se nos antoja preferible que exista a que no existiera este nuevo medio, aunque se enrostre “[...] la prioridad de la prueba documental sobre la confesional”⁷⁰, entre otras razones por cuanto la confesión, como se precisó tangencialmente, puede, a manera de *plus*, sumarle algo que le reste al escrito; es decir que, *in casu*, podría sumarse o amalgamarse al documento existente, en sí insuficiente del todo, para completarlo, en cuyo caso la declaración confesional no abarcaría todo el tejido negocial, sino una parte, lo que podría ser menos improbable, aunque siendo de difícil consecución u obtención, máxime cuando la buena fe, en su más pura concepción, es una coordinada que invariablemente debe guiar la conducta del empresario, un profesional que debe comportarse como tal, esto es, con probidad, con limpieza, con honestidad, con sinceridad, con rectitud, con honorabilidad, como lo haría un ‘caballero’, *mutatis mutandis*, así fuera el confesante una persona jurídica, la que debería dar ejemplo, justamente por ser un profesional, que no un oportunista o un bribón.

69 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Comentarios al contrato de seguro, op. cit.*, págs. 62 y 63, expositor que, expresa lo siguiente en torno a la confesión después de la reforma de 1997, corroborante de lo expuesto en el texto: “[...] el otro medio idóneo para acreditar la celebración del contrato de seguro, *in extenso*, es la confesión, respecto de la cual el artículo 3º de la Ley 389 de 1997 no realiza ninguna cualificación, de ahí que, en principio, asevere que cualquiera de las posibilidades de confesión tipificadas en el estatuto procesal civil, naturalmente observando los requisitos propios de cada una de ellas, es idónea para efectos de demostrar la celebración del contrato de seguro, lo que [...] no pasa de ser una posición académica de rara estructuración en la realidad [...] una posición ingenua”.

70 FALCÓN, ENRIQUE, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2009, págs. 467 y 468.

Así las cosas, será necesario acudir a las normas inmersas en el Código de Procedimiento Civil, con el fin de esclarecer el alcance, tipología, forma, requisitos, procedimiento y, en fin, lo más relevante de esta “declaración de parte”. Sobre el particular, el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil dispone que la “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 de interrogatorio de otras partes 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 acto del proceso sin previo interrogatorio”.

Norma importante es el artículo 195 del mismo código, que a la letra expresa, en punto a sus requisitos: “La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo. 2. Que verse sobre hechos que 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 fuera extrajudicial o judicial trasladada”.

Fundamental es, pues, que el confesante, entre otras exigencias, tenga capacidad, y que esté posibilitado o facultado para comprometer los intereses en juego, teniendo en cuenta los efectos que de ella emanan, para nada deleznable; todo lo contrario, este aspecto sube de tono, en tratándose del contrato de seguro, que a términos del artículo 1037, tiene como partes al tomador y al asegurador, entendido como “[...] la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizado para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”. Ello quiere significar, sin excepción, que la confesión, para que se torne eficaz, deberá ser realizada por un sujeto cualificado, y no por cualquier funcionario de la entidad aseguradora. Dice el artículo 198 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la “confesión por representante”, que “Vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquier mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a los actos y contratos comprendidos dentro de sus funciones para obligar al representado o mandante. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación”.

En compendio, como lo realza el artículo 1046 del Código de Comercio, en su versión vigente, la celebración del contrato de seguro, en particular sus elementos estructurales o genéticos, al igual que los de carácter general, consustanciales a todo negocio jurídico, podrá comprobarse mediante un escrito, simple o calificado (escrito o póliza de seguro), bien individualmente o a través de varios escritos suficientes, o en virtud de una confesión emanada del asegurador, en cualquiera de sus tipologías o clases, en la inteligencia de que igualmente lleve a la convicción de que el seguro, otrora, sí se perfeccionó y, por ende, surgió a la vida jurídica, sin que ello se oponga a que, articuladamente, en lo pertinente, pueda unirse la confesión al escrito o viceversa, pues no son excluyentes, sino complementarios, desde el punto de vista teleológico.

E) Legislación comparada. Visión internacional en torno al perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro

En un todo de acuerdo con lo ya señalado en apartes anteriores, es menester reiterar que en la esfera internacional, la tendencia dominante es la de considerar al contrato de seguro un arquetípico contrato de forma libre o consensual, muy a tono con arraigados postulados o principios que en la materia campean en el derecho comparado⁷¹, variando, sin embargo, la temática referente a la prueba del contrato, vale decir, si hay o no libertad probatoria —plena o moderada—, siendo absolutamente claro, en todo caso, que existencia y acreditación de la relación negocial son dos aspectos muy diversos, *stricto sensu*, según se evidenció. Obviamente, hay excepciones de cara a esta regla o tendencia general, igualmente como se comprobará, aun cuando en menor medida. Para avalar dichos asertos, vale la pena traer a colación algunas de las legislaciones internacionales, tanto del derecho americano, como europeo.

- a) La legislación argentina de 1967, Ley 17.418, en su artículo 4º, prescribe que “El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza”. El artículo 11, por su parte, manda que “El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.
- b) El Código de Comercio boliviano, en el artículo 984, expresa que “El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”. Y el artículo 1006 indica que “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”.
- c) El artículo 1548 del Código Civil paraguayo manifiesta que “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”. Y el artículo 1555 explicita que “El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito. Sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.

71 Como bien lo revela la doctora PATRICIA JARAMILLO S., *La tendencia en cuanto al perfeccionamiento del contrato es la consensualidad. Aspectos sobresalientes de los seguros en el derecho comparado, en seguros. Temas esenciales*, Bogotá, Universidad de la Sabana-ECOE, 2007, pág. 87. Cfr. CARLOS SALINAS ADELANTADO, quien anota que en el derecho europeo, “salvo el Derecho portugués los demás países consideran el contrato de seguro como consensual”. “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración de riesgo”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, pág. 97.

Cfr. JULIO CÉSAR GONZÁLEZ y WEMDY CAROLINA MEZA, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, *op. cit.*, pág. 182.

- d) El artículo 888 del Código de Comercio de Guatemala impera que “A falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito”.
- e) El artículo 537 del Código de Comercio de Nicaragua enseña que “El contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público”.
- f) El decreto 1137, artículo 6° del Código de Comercio del Ecuador dispone que “El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado [...]. Dicho documento se llama póliza [...]”.
- g) El artículo 514 del Código de Comercio de Chile indica que “El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial [...]. El documento justificativo del seguro se llama póliza”.
- h) El artículo 644 del decimonónico Código de Comercio del Uruguay prescribe que “En el contrato de seguro es absolutamente necesaria la póliza escrita, que podrá ser pública o privada”.
- i) El artículo 1115 del Código de Comercio de Honduras señala que “El contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se probará por escrito”.
- j) El artículo 758 del nuevo Código Civil del Brasil estatuye que “El contrato de seguro se prueba con la exhibición de la póliza o del certificado de seguro y, ante la falta de tales, por documento comprobatorio del pago de la respectiva prima”.
- k) El artículo 1888 del Código Civil italiano ordena que “El contrato de seguro se probará por escrito”.
- l) El artículo L.112-3 de la legislación francesa de seguros reza que “El contrato de seguro se redactará por escrito, en francés y en caracteres aparentes”.
- m) El artículo 5° de la Ley 50 de 1980, española, establece que “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito [...]”.
- n) El artículo 10 de la nueva ley belga del contrato de seguro puntualiza que “[...] el contrato de seguro, al igual que sus modificaciones, se probará por escrito entre las partes”.

Por su parte, con un carácter más global, los denominados Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (versión 2004), manifiestan en el artículo 1.2: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”⁷².

72 El comentario a este precepto realizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, es del siguiente tenor: “Este artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de la forma. Aunque el artículo menciona únicamente el requisito de la forma escrita, este principio puede extenderse a cualquier otro requisito de forma. Este principio se

Y en la órbita de los proyectos, vale la pena recordar que en el Anteproyecto de Ley Modelo del recordado y afamado profesor JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, expresamente el contrato de seguro investía la condición de consensual, igual que el presentado en 2000 en la Argentina por el Poder Ejecutivo Nacional⁷³, y como actualmente acontece con los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, según se advirtió, los que también permiten, incluso, la prueba testimonial⁷⁴.

F) Balance general de la reforma, artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio

Aunque hacer un balance general de los aspectos más salientes de la reforma, en lo que a la temática del cambio experimentado en punto tocante al perfeccionamiento del seguro y su régimen probatorio, demandaría un estudio mucho más detenido, ajeno al cometido trazado *ab initio*, como se mencionó, importa efectuar algunas conclusiones, se itera, de carácter más global, amén que preliminar.

Efectivamente, pese al plausible deseo de modernizar la legislación de seguros en los aspectos mencionados, muy a tono con el tráfico contemporáneo, a la par que con los dictados que se enseñorean en el derecho comparado y en un mundo cada vez más globalizado, no se obtuvieron los resultados esperados, habida cuenta de que, en el fondo, sin perjuicio de reconocer uno que otro avance puntual, como lo registramos en líneas anteriores, la pretendida reforma en estos campos fue más retórica, o nominal, que efectiva o real, hasta el punto de que cabalmente observadas las

extiende también a los supuestos de modificación y terminación del contrato por acuerdo de las partes. Este principio, que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos, cobra especial relieve en el contexto de las relaciones de comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez y prescindiendo de plasmación documental... La segunda frase de este artículo tiene el propósito de precisar que el principio de libertad de forma incluye la admisibilidad de la prueba oral en el proceso judicial”.

- 73 El proyecto en referencia refrendó que el seguro debía seguir siendo consensual, pero amplió aún más el espectro probatorio, puesto que no se limitó al principio de prueba por escrito para la validez de la aducción y habilitación de cualquier medio probatorio. Es así como se dispuso que “el contrato de seguro puede probarse por cualquier medio de prueba”.
- 74 No es entonces de extrañar que el profesor MORANDI, a quien estuvimos tan ligados por años en el concierto internacional e institucional de la AIDA, con ocasión del dictado de las bases del proyecto de ley modelo del contrato de seguro, que luego edificó, expresara a finales de la década de los ochenta, “[...] que el criterio de la consensualidad es el que se ajusta [...] a la naturaleza propia del contrato de seguros, y permite diferenciar debidamente el negocio jurídico del instrumento por excelencia de su prueba, la póliza de seguro, sin que se convierta a esta última como el documento necesario para perfeccionar el contrato: la póliza funciona sólo *ad probationem* y no *ad substantiam*” (“Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguro en Iberoamérica”, Bogotá, 1988, CILA-AIDA y FIDES-Fasecolda).

cosas, no faltarán voces que se sientan frustradas, por la cortedad o timidez legislativa, pues más allá de que el proyecto primigenio del Senado de la República (núm. 65) era perfectible y, por ende, podría exigir uno o varios ajustes, era más consecuente con el cambio que se decía reclamaba el contrato —y sigue reclamando—, conforme lo atestiguaba un importante sector de la doctrina, que no deseaba desperdiciar otra vez la ocasión de corregir el rumbo, ese que, por vía de ejemplo, ya en 1874 había emprendido la célebre ley belga del contrato de seguro, ese mismo que en Colombia se habría podido enderezar si el proyecto de 1958 y las potísimas razones esgrimidas por el profesor OSSA hubieran tenido eco.

Lo que se avanzó en la teoría o en el papel se retrocedió —o por lo menos se congeló— en la práctica, tanto que autores de gran prestigio entienden, no sin razón, que no se obtuvo un real y franco beneficio, como se creyó inicialmente, o como *prima facie* se piensa cuando se dice en el artículo 1036 del Código de Comercio, que el seguro es consensual, proclama que, de una u otra manera se desmiente o por lo menos se atenúa sensiblemente en desarrollo de lo consignado diez artículos después (art. 1046).

Desde dicha colina, privilegiada por su ubicación y panorámica, el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ, expresando el parecer de muchos, indica: “la pregunta que debe hacerse realmente es si bajo el nuevo esquema, el asegurado o las partes en general ganan algo, respecto del sistema anterior, cuando todavía no se ha expedido el escrito que sirve como prueba. Tanto da no ser como no poder ser probado [...]. En tales condiciones, es forzoso admitir que el diseño legal deja mucho que desear en este aspecto como en muchos otros [...] y que, en estricto sentido, es válido pensar que es realmente muy poca la diferencia de este nuevo sistema con el anterior, a menos que se adopte una solución como la argentina”⁷⁵.

A análoga conclusión arribaron los autores de la conferencia presentada en el marco del citado XXV Encuentro Nacional de Acoldece, al señalar que “En cuanto a la aspiración de abolir la restricción probatoria o de pasar a la amplitud en esta materia, como lo establece la exposición de motivos [...], no podemos dejar de referirlo por lo menos tangencialmente, dado que al consagrar en la reforma del artículo 1046, limitaciones respecto a la prueba, se dejó en gran parte sin efecto el propósito de la consensualidad, no obstante tener clara la diferencia entre perfeccionamiento del contrato y la prueba del mismo [sic]. Así pues, la exigencia de la prueba del contrato de seguro por escrito o por confesión desdibuja el propósito de la consensualidad, más aún cuando no se trata de cualquier escrito, sino de uno que identifique a las partes y que contenga los elementos esenciales del contrato; contrariando de cierto modo el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que las partes pueden acudir a cualquier medio de convicción para comprobar los hechos cuya verificación interesa”⁷⁶.

75 ORDÓÑEZ O., ANDRÉS, *Lecciones de derecho de seguros*, op. cit., págs. 49 y ss. Vid. JULIO CÉSAR GONZÁLEZ y WEMDY CAROLINA MEZA, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, op. cit., pág. 182.

76 XXV Encuentro Nacional de Acoldece, *Diez años de la Ley 389 de 1997*, Luis Alberto Botero, Patricia Jaramillo y Fernando Rodas (coords.), op. cit., pág. 22.

De igual modo, el agudo profesor mexicano ARTURO DÍAZ BRAVO, refiriéndose a nuestra legislación patria, la que conoce ampliamente, con ocasión del examen de la consensualidad del seguro (“La consensualidad imperante y sus problemas”), manifiesta que “Resurge mi duda en cuanto al consensualismo colombiano [...]. Si, pues, para demostrar la existencia del contrato es precisa la existencia de una constancia documental —por cuanto dudo mucho de que la prueba confesional produzca los resultados apetecidos—, ¿a qué papel queda reducido el tan predicado consensualismo?; ¿en qué situación probatoria se coloca a un asegurado carente de la constancia escrita de la cobertura? Me atrevo, en consecuencia, a sostener que nuestra ley es, el fondo, de un formalismo vergonzante”, comentario que efectúa tan reputado tratadista, luego de haber señalado que la ley mexicana a juicio del recordado Don FELIPE DE J. TENA “consigna una mentira y quien creyera descubrir en él la atrevida y plausible reforma que literalmente expresa, pronto sufrirá el más completo desengaño”, de suerte que en opinión de aquél, la ley del hermano país (LSCS), también “[...] se inscribe dentro de tal línea consensualista, si bien de modo seriamente atenuado, a tal punto que es válido afirmar que se incurre en una autocontradicción”⁷⁷.

Por su parte, en la esfera del derecho público del seguro, luce muy ilustrativa la reflexión realizada por nuestro Consejo de Estado, autoridad judicial que concluyó que el hecho de limitar de raíz el medio de prueba en relación con un contrato que la ley ha calificado como consensual resulta en la práctica alterando la manera en la cual se perfecciona el negocio jurídico, al tornarlo solemne, aunque sea de *facto*. Expresó esta Corporación que, “En concreto, cuando la norma acusada consagra que la autoridad tributaria puede exigir al inversionista extranjero que conserve y exhiba tanto la copia del contrato de venta o de la transacción correspondiente sobre la inversión, como el contrato de compra de la inversión objeto de la transacción, está creando, por acto administrativo, requisitos adicionales a los previstos en las leyes civil y mercantil para la existencia y validez de los negocios jurídicos y para la prueba de los mismos [sic]; en otros términos, está volviendo solemnes los contratos que por naturaleza son consensuales. [...] En consecuencia, no puede un acto administrativo convertir en solemne un contrato que legalmente es consensual, pues estaría excediendo el ámbito de la ley. Tampoco puede exigir que un contrato que es consensual por mandato de la ley, sea solemne para efectos de acreditar su existencia, pues ello equivale a crear una tarifa legal de prueba en asuntos en los que legalmente existe libertad probatoria” (Sección Cuarta, sent. de 12 octubre 2006, exp. 14.030).

⁷⁷ DÍAZ BRAVO, ARTURO, *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2009, págs. 68 y 69. Dicha “autocontradicción”, predicable de nuestra nueva orientación legislativa en Colombia, tan ilustre exponente del Derecho mercantil iberoamericano la justicia en los siguientes términos: “En efecto, mientras que por una parte proclama que nuestro contrato «Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviera conocimiento de la aceptación de la oferta...», lo que haría pensar en un consensualismo a ultranza, por la otra previamente deja sentado, con toda claridad, que «Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se hará constar por escrito. Ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar su existencia» (art. 19)”.

Y en el campo internacional, reparo muy similar efectúa el insigne profesor mexicano ARTURO DÍAZ BRAVO, cuando refiriéndose al reciente régimen mexicano manifiesta con acierto que “[...] debe tenerse en cuenta que tal consensualidad [establecida por la ley] queda grandemente contrarrestada por la propia LSCS, por cuanto proclama dos únicas formas posibles de probar la celebración del contrato: la póliza y la confesión del asegurador [...]”⁷⁸. Otro tanto tiene lugar en tratándose del parecer expresado por el autor argentino AMADEO SOLER A., que no duda en manifestar que “[...] el contrato de seguro, si no es formal, es un contrato «cuasi-formal», en el cual la escritura del acto es un requisito para su prueba [...]”⁷⁹, anotación que, aun cuando nos parece no muy precisa, a fuer de técnica, en la medida en que la expresión «cuasi-formal» no revela rigurosamente una categoría *iuris* autónoma, y es algo cómoda, sí es lo suficientemente gráfica, porque refleja cierta inconsistencia: o es formal —o sujeto a formalidad específica—, o no lo es, en cuyo caso no sería forzoso limitar la prueba, aunque de algún modo se morigera esta lectura mediante la habilitación de la prueba por escrito. ¿Qué decir entonces de la ley patria aseguradora, en la que ni siquiera se consagró el mencionado «principio de prueba por escrito», y en la que se borró con un brazo, el de la consensualidad, lo que se escribió con el otro: el de la restricción probatoria?

No obstante lo anterior, es posible que en Colombia se haya ganado algo en celeridad, muy especialmente por la previsión del artículo 1046, en el sentido de que la póliza debe ser entregada en los quince días siguientes a la celebración del contrato. Empero, en lo cardinal, pensando en el consumidor, en sentido lato, en el asegurado, no hay un cambio sustancial, a fuer que relevante —o descolante—, a todas luces porque como se mencionó, en los campos examinados fue más cosmético y aparente, obviamente sin borrar de plano algún avance, si es que ha tenido lugar alguno, v. gr., la entronización de la confesión, con sus consabidas limitaciones prácticas, como se reseñó.

Se dilapidó pues una oportunidad para avanzar realmente en la dirección correcta, dando pasos más firmes y, sobre todo, acordes con lo que significa derruir la solemnidad del seguro, a nuestro juicio, no de ahora, sino de tiempo atrás, inconveniente, retardataria y de espaldas a la realidad del tráfico moderno, signado por la libertad de

78 DÍAZ BRAVO, ARTURO, *Contratos mercantiles*, México, Iure Editores, 2010, pág. 285. Cfr. ALBERTO BAUMEISTER T., quien observa que en tales condiciones “[...] se hace aparecer a la consensualidad como simple «ilusión»”. “Nuevo régimen de seguros en el derecho venezolano”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 21, Bogotá, Universidad Javeriana, pág. 235.

79 SOLER, AMADEO, *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 115.

El doctor CARLOS SCHWAEERG, en atención a la exigencia probatoria preliminar del escrito en el derecho argentino, entiende que “[...] el contrato de seguro es formal en razón de que sólo puede ser probado por escrito”. *La consensualidad en el contrato de seguro*, III Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Buenos Aires, 1993, pág. 18, razonamiento que, en lo personal, no podemos compartir, habida cuenta que la categoría en cita (formal), no depende, en sí, del requerimiento probatorio de un escrito. Con todo, es ilustrativo, puesto que muestra algún divorcio con el texto del art. 4º que proclama con vehemencia su consensualidad.

forma o, si se prefiere, por el principio espiritualista de la consensualidad de los negocios jurídicos, llamados a fluir sin tantos obstáculos, razón por la cual nos declaramos, una vez más, confesamente consensualistas⁸⁰ y, por ende, refractarios del llamado «retorno del formalismo», y en tal virtud, partidarios de la libertad, esa que Don MIGUEL DE CERVANTES, en su obra cumbre (*Don Quijote*), concibiese así: “La libertad, Sancho, es uno de los más preciados dones que a los hombres les dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”.

Ojalá en una reforma ulterior se revise más detenidamente este punto; todavía es posible corregir la ruta, pero no mediante más reformas aisladas, que no dialogan con la normativa asegurativa restante, sino con arreglo a una reforma madura, más ambiciosa e integral que, sin intereses distintos de refinar y modernizar nuestro Código de Comercio y, en general, la legislación atinente al contrato de seguro, se pueda llevar a cabo, entre otras motivaciones, en guarda de procurar una recodificación del derecho privado del seguro (el contrato), como quiera que, desventuradamente, muchos eslabones navegan por fuera del Código, con riesgo de naufragar, en paladina afrenta del prístino concepto de codificación y del orden y sistematización que ella conlleva, todo implica como secuela de la malhadada y erosiva descodificación o dispersión normativa, según lo hemos dicho en diversas oportunidades, y hoy lo repetimos, aun con más convencimiento por el problema de fuentes del derecho y de la inseguridad jurídica reinante⁸¹. Realidad ésta que, con urgencia, o por lo menos prioridad suma, debe concitar el interés de académicos y legisladores, a fin de que responsablemente se piense en la

80 Sin perjuicio de una que otra voz aislada, cada vez más acalladas, hay que reafirmar, antes de concluir este ensayo, la tendencia indiscutida legislativa y doctrinal de tornar consensual el seguro, o conservar su calidad de tal, según el caso, en sintonía con las directrices existentes en la órbita contractual, en general, claramente respetuosas de la autonomía privada y de la libertad humana, llevadas “[...] a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”, según lo expresa con diafanidad FEDERICO DE CASTRO y BRAVO y conforme lo explicita nuestra Carta Política en el artículo 16 (*El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 18). Ello explica, sólo por vía de ejemplificación, que autores como el Dr. ORLANDO J. MORENO, tan próximo a nosotros de vieja data, en asocio de todos sus respetados colegas argentinos miembros de la AIDA, expresa sin dudar, y en mayúsculas, que es conveniente “[...] proclamar la imperiosa necesidad de que afirmemos la naturaleza consensual del contrato de seguros”. *La consensualidad y el contrato de seguros, III Congreso de Derecho Ibero-Latinoamericano de Seguros, AIDA-CILA*, Buenos Aires, 1993, pág. 175, Memorias. En contra, entre nosotros, recientemente HERNANDO GALINDO C., *El seguro de fianza, op. cit.*, págs. 53 y ss.

81 Vid. FERNANDO HINESTROSA F., “Codificación y dispersión normativa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, vol. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Temis, 2010, págs. 3 y ss.; MAURICIO TAPIA R., “Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, ibídem, págs. 11 y ss. y RICARDO LORENZETTI, *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2011, págs. 75 y ss.

“recodificación” del derecho, incluido el llamado “microsistema del seguro”, o en la adopción legislativa de códigos de principios (principalística)⁸², por cuanto es nociva la práctica de la atomización preceptiva, una especie de reinado de leyes autonómicas o de profusión de feudos normativos, en sí mismos inconexos y ajenos al diálogo legislativo, consustancial a la codificación. Cuánta razón le asiste al analítico profesor de la Universidad de Génova, VINCENZO ROPPO, cuando refiriéndose al contrato en el siglo XXI, en una visión actual y también prospectiva, señala que “La irrupción de las leyes especiales como fuente cada vez más importante del derecho de los contratos significa descodificación; significa surgimiento, al margen de un código en retirada, de micro-sistemas extracódigo; significa (en la medida en que las leyes especiales sobre el contrato son leyes relativas a tipos o clases singulares de contratos) nuevo protagonismo de los tipos contractuales, en detrimento del «contrato en general», y creciente dificultad para reconstruir, en este cuadro de fragmentación cada vez más marcado, una significativa unidad de la figura contractual. Significa en fin —por lo menos para quien ve en estos procesos algún riesgo de efectos descontrolados e indeseables— el trabajo en aras de la recodificación, de la recomposición de los fragmentos, de la recuperación de la figura y del régimen contractual a un nivel superior de generalidad”⁸³.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- SOLER, AMADEO (1978), *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, Astrea.
- ANDRÉ FAVRE ROCHEX y GUY COUTIEU (1998), *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ.
- ORDÓÑEZ O., ANDRÉS (2001), *Lecciones de derecho de seguros. Cuestiones generales y elementos del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia*. El contrato y la institución, Acoas y Acoldece, 2002.
- DONATI, ANTIGONO (1954), *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, vol. II, Giuffrè.
- DÍAZ BRAVO, ARTURO (2010), *Contratos mercantiles*, México, Iure Editores.
- DÍAZ BRAVO, ARTURO (2009), *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez.

82 Vid. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. y RAFAEL WILCHES D., “La principalística como eje para la armonización, la recodificación y la globalización ordenada del derecho”, en *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Colección Prospectivas del Derecho, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2010, págs. 15 y ss.

83 ROPPO, VINCENZO, *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 19 y 20.

- C. MASSIMO, BIANCA (2007), *Derecho civil*, vol. III, El contrato, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- GHERSI, CARLOS (2007), *Contrato de seguro*, Buenos aires, Astrea.
- LESSONA, CARLOS (1957), *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, t. I, Madrid, Reus.
- SALINAS ADELANTADO, CARLOS (2002), *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo blanch.
- BARRERA, CARLOS DARÍO (2001), "La formación del consentimiento en el contrato de seguros", en *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, (Acoldece), Editora Guadalupe.
- JARAMILLO J. CARLOS IGNACIO y WILCHES, D., RAFAEL (2010), "La principalística como eje para la armonización, la recodificación y la globalización ordenada del derecho", en *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Colección Prospectivas del Derecho, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez,.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (2011), "La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato. Alcance de la trilogía integrada por los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su celebración", en *Libro en homenaje al profesor Fernando Vidal Ramírez*, Lima. (En prensa).
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (2007), "La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal", en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (2004), *El renacimiento de la cultura jurídica en Occidente*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (1986), *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Bogotá, Editorial Temis.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (2010), *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez.
- JARAMILLO ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL (2001), *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas.
- DI SABATO, DANIELA (1998), *Il documento contrattuale*, Milano, Giuffrè.
- LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO (2007), *Ley de seguros, Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley.
- STEINFELD, EDUARDO (2003), *Estudios del derecho de seguros*, Buenos Aires, Ábaco.
- LIEBMAN, ENRICO T. (1976), *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJA.
- FALCÓN, ENRIQUE (2009), *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea.
- DE CASTRO FEDERICO y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas.
- HINESTROSA F., FERNANDO (2010), "Codificación y dispersión normativa", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, vol. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Temis.

- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO (1982), "Conclusión, documentación, contenido del contrato", en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, t. I, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO (1999), *Ley de contrato de seguro*, Pamplona, Aranzadi.
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1944), *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uthea.
- Fundamentos de derecho patrimonial*, vol. I, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007.
- SCALFI, GIANGUIDO (1991), *I contratti di assicurazione*, Torino, UTET.
- GIUSEPPE CHIOVENDA (1940), *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- ALPA, GUIDO (1990), *Contratti in generale*, t. I, Torino, Furún, Utet.
- SOTO, HÉCTOR MIGUEL (2001), *Contrato. Celebración, forma y prueba. Con especial referencia al contrato de seguro*, Buenos Aires, La Ley.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO (2010), *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1982), *Compendio de derecho procesal*, t. II, Pruebas judiciales, 7ª ed., Bogotá, Editorial ABC.
- GALINDO CUBIDES, HERNANDO (2011), *El seguro de fianza*, Bogotá, Legis.
- GROUDEL, HUBERT (1995), *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz.
- HALPERIN, ISSAC (1983), *Seguros*, vol. I, Buenos Aires, Depalma.
- JAIME BUSTAMANTE FERRER (1996), *Principios jurídicos del seguro*, Bogotá, Editorial Temis.
- PARRA QUIJANO, JAIRO (2009), *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería del Profesional.
- KULLMAN, JÉROME (2005), "Le contrat d'assurance", en *Lamy Assurances*, Paris.
- GARRIGUES, JOAQUÍN (1982), *Contrato de seguro*, Madrid, Aguirre.
- FÁBREGA, JORGE (1997), *Teoría general de la prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- OVIEDO, JORGE (2008), *La formación del contrato*, Bogotá, Universidad de la Sabana - Editorial Temis.
- NARVÁEZ, JORGE EDUARDO (2002), *El contrato de seguro en el sistema financiero*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.
- RAMÍREZ G., JOSÉ FERNANDO (2009), *La prueba documental*, Medellín, Señal Editora.
- DÍAZ-GRANADOS, JUAN MANUEL (2006), *El seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad del Rosario - Pontificia Universidad Javeriana.
- BOTERO, LUIS ALBERTO; JARAMILLO, PATRICIA; RODAS, FERNANDO (coords.) (2010), Medellín, 2007, *Memorias*, Bogotá, Editora Guadalupe.
- PICARD M. y BESSON, A. (1982), *Les assurances terrestres*, t. I, Le contrat d'assurance, Paris, LGDJ.

- FONTAINE, MARCEL (1996), *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier.
- TAPIA R., MAURICIO (2010), "Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*.
- JARAMILLO S., PATRICIA (2007), *La tendencia en cuanto al perfeccionamiento del contrato es la consensualidad. Aspectos sobresalientes de los seguros en el derecho comparado, en seguros. Temas esenciales*, Bogotá, Universidad de la Sabana-ECOE.
- Ponencia del Capítulo de Medellín, XXV Encuentro Nacional, LUIS ALBERTO BOTERO, PATRICIA JARAMILLO, FERNANDO RODAS, y otros.
- LORENZETTI, RICARDO (2011), *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez.
- STIGLITZ, RUBÉN (2004), *Derecho de seguros*, Buenos Aires, La Ley.
- ROPPA, VINCENZO (2005), *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ROPPA, VINCENZO (2000), *Il contratto*, Milano, Giuffrè.
- SALANDRA, VITTORIO (1966), *Commentario del codice civile. Libro quarto*, Roma, Assicurazione, Foro Italiano.
- LAMBERT-FAIVRE, YVONNE y LEVENEUR, LAURENT (2005), *Droit des assurances*, Paris, Dalloz.

Jurisprudencia

- C. S. de J., Sala de Casación Civil y Agraria, sent. de 28 junio 2005 (exp. 7901).
Corte Suprema de Justicia sentencia del 30 de junio de 2010.

Memorias

- ORDÓÑEZ O., ANDRÉS (1999), "La consensualidad y su proyección en el contrato de seguro", en XXI Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece), Bucaramanga, 1998, Memorias, Bogotá.
- SCHWAEERG, CARLOS (1993), *La consensualidad en el contrato de seguro, III Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros*, Buenos Aires.
- CILA-AIDA. FRANCISCO ARTIGAS, NICOLÁS CANALES P., OSVALDO CONTRERAS S., IGOR KLIWADENKO y RICARDO PERALTA LARRAIN, "Los riesgos derivados del comercio electrónico y el uso de la Internet y su aseguramiento", Memorias.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO (2001), "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del comercio electrónico en Colombia", en VII Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros, Rosario, Argentina, Memorias.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO (1999), "Nuevo régimen probatorio del contrato de seguro", en XXI Encuentro Nacional de Acoldece, Bucaramanga, Memorias, Bogotá.

Revistas

- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO (1992), "Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Temis, n° 1, Bogotá.
- BAUMEISTER T., ALBERTO, "Nuevo régimen de seguros en el derecho venezolano", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 21, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- VIVAS, GABRIEL J., "Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia. Ley 389 de 1997", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 12.
- FÉLIX MORANDI, JUAN CARLOS, "Legislación sobre el contrato de seguro en la Argentina", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n° 1, Bogotá.
- GONZÁLEZ, JULIO CÉSAR y MEZA, WEMDY CAROLINA (2010), "La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, n° 33.