

LA PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 389 DE 1997*

Iván Alberto Jiménez Aguirre**

Resumen

El contrato de seguro en Colombia fue modificado por la Ley 389 de 1997. En dicha reforma se le dio el carácter de consensual al contrato y se limitó su prueba al escrito y la confesión; pues bien, con este trabajo se pretende demostrar que a pesar de la restricción probatoria que ostenta el contrato, su existencia al interior del ordenamiento jurídico colombiano se puede demostrar utilizando todos los demás medios probatorios consagrados en la ley procesal, excluyendo en principio la prueba testimonial pero con marcadas excepciones, por cuanto el contrato de seguro es un contrato con formalidad ad probationem, y como tal debe ser su tratamiento.

Palabras clave: Contrato de seguro.

Abstract

Fecha de recepción: Octubre 2004

Colombia's Insurance contract legislation was modified by Law 389 of 1997. This reform attempted to impose a consensual character to the insurance contract and as such limited its burden of proof to a written contract or a confession. However, this work will show that in spite of such a restriction, in order to prove the existence of an insurance contract parts are able to use all probatory means available in the current legislation. At the most an exception could be made concerning testimony

* Este artículo tuvo su origen en la monografía de grado «Efectos de la consensualidad del contrato de seguro a partir de la expedición de la Ley 389 de 1997», presentada por Iván Jiménez Aguirre y Diana Martínez Gutiérrez a la Universidad del Norte y dirigida por el doctor Jesús vall de Ruten Ruiz.

** Abogado egresado de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. ij105@hotmail.com

although it is my contention that the insurance contract has an ad probationem character.

Key words: Insurance contract, probatory means.

Presentación

La Ley 389 de 1997 modificó la forma de perfeccionamiento del contrato de seguro en Colombia, y lo convirtió de solemne a consensual. La Ley 410 de 1971, actual Código de Comercio, en su artículo 1036 establecía que *«El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza»*.

Nótese que el artículo citado se limita a describir las características del contrato de seguro, y dentro de éstas le da el carácter de solemne al mismo. Pues bien, el artículo primero de la Ley 389 de 1997, siguiendo el derrotero del artículo 1036, sólo describe las características del contrato de seguro y evita entrar en definiciones, pero a diferencia del anterior, se advierte que modificó la forma de su perfeccionamiento.

Artículo 1º, Ley 389 de 1997, por el cual se modificó el artículo 1036 del C. de Co.: *«El seguro es un contrato, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva»*. (La negrilla no es del texto original).

La diferencia se nota a primera vista, ya que al imprimir la libertad de forma al contrato se rompe con la tradición histórica en nuestro país de ser el contrato de seguro un contrato solemne.

Sin embargo, en ambos casos hay que examinar la forma de probar el contrato de seguro y el cambio que sufrió en este sentido.

En el primer caso, esto es, antes de la reforma del artículo 1036, la prueba del contrato se encontraba consagrada en el artículo 1046 del mismo código, el cual establecía lo siguiente: *«El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse, en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición»*.

Como consecuencia lógica del cambio de forma, el mencionado artículo fue modificado por el artículo tercero de la Ley 389 de 1997.

Artículo 3º, Ley 389 de 1997, por el cual se modificó el artículo 1046 del C. de Co:

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

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

Parágrafo. *El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza. (La negrilla no es del texto original).*

Ahora bien, el cambio introducido a la forma del contrato de seguro a pesar de haber otorgado libertad de forma para su perfeccionamiento, limitó su prueba al escrito y la confesión, y convirtió el contrato de seguro en un contrato de *formalidad ad probationem*. Lo que ha propiciado diversas discusiones sobre el tema de la prueba del contrato, toda vez que en nuestra legislación no existe norma expresa que se refiera a la figura jurídica mencionada.

Evolución histórica de la forma de perfeccionamiento del contrato de seguro en Colombia

En Colombia sólo hasta 1853, con la expedición del primer Código de Comercio, se fijan las primeras disposiciones referentes al seguro, al reaseguro y al abandono de las cosas aseguradas. Con la Constitución de 1858 se implantó el federalismo en Colombia y cada estado estableció su propio código de comercio, exceptuando lo referente al derecho marítimo. Fue entonces hasta 1886 cuando se reintegra la república unitaria y se unifica el Código de Comercio. Se expidió entonces la Ley 57 de 1887, que acogió como legislación permanente el Código de Comercio del extinto estado de Panamá¹.

¹ CÓDIGO DE COMERCIO TERRESTRE. *Con notas, anécdotas, jurisprudencia, de la Corte Suprema y del Tribunal de Bogotá y normas legales complementarias por José Ortega Torres* (ed.), Bogotá, Temis, 1969.

En 1888 se expidió la Ley 27, que complementa el código existente y amplía la legislación en lo que se refiere al seguro. Este Código definía el contrato de seguro en su artículo 634 de la siguiente manera:

El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otras personas, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados².

De otra parte, el artículo 638 del mismo estatuto establecía su forma de perfeccionamiento y prueba, y determinaba que

El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, autorizada esta última por un cónsul colombiano. El documento justificativo del seguro se llama póliza. La póliza podía ser extendida nominadamente a favor del asegurado, a su orden o al portador. Otorgándose escritura privada u oficial, se extenderán dos ejemplares para resguardo recíproco de las partes.³

Con relación a esta normatividad es importante resaltar que el legislador hizo una definición del contrato de seguro como tal, no como en la legislación actual que simplemente lo hace de una manera descriptiva, enunciando cuáles son sus características. Podemos afirmar, sin duda alguna, por lo establecido en el artículo 638 citado, que el antiguo Código de Comercio establecía un contrato netamente solemne, según el cual sólo existiría el contrato de seguro cuando se hubiere extendido y firmado «*el documento justificativo del seguro*», es decir, la póliza. Y como consecuencia del carácter solemne, la prueba se encontraba determinada por dicha solemnidad y el documento contentivo del contrato tenía entonces una doble función, la de instrumento necesario para perfeccionar el contrato y la de prueba del mismo.

Al respecto podemos citar algunas jurisprudencias de la época, como la casación del 11 de octubre de 1929, en la que se afirma que «*El contrato de seguro no se perfecciona sino desde que se expide la correspondiente póliza; y por tanto, ésta no puede amparar siniestro de mercancías ocurrido antes de haberse perfeccionado el seguro, es decir, antes de haberse otorgado la póliza*».

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

A su vez, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 1º de marzo de 1946, se estableció:

Desde este punto de vista, requiere el contrato siempre la constancia por escrito, en cuanto la ausencia de instrumento impide su perfeccionamiento; es además de sinalagnático, aleatorio, solemne, porque como uno de los apoderados lo expresa en la obra «La prueba en Derecho», el acto no nace a la vida jurídica sino mediante el revestimiento de las formalidades que la ley preconstituye para su existencia, y no se puede prescindir del escrito para probarlo, porque él se exige ad substantiam actus o ad validitatem⁴. (El subrayado no es del texto).

En 1968 se revistió al Presidente de facultades extraordinarias para que expidiera y pusiera en vigencia el nuevo Código de Comercio.

El nuevo Estatuto del Comercio se hizo realidad con la expedición del decreto-ley 410 de 1971. En éste se presentan importantes modificaciones de carácter técnico, unidad de criterio y continuidad en el estudio del contrato de seguro.

Este código, a diferencia del anterior, no define el contrato de seguro, ya que sólo describe las características del mismo, pero sigue el lineamiento de la legislación anterior en cuanto a la solemnidad y prueba del contrato, a pesar de las múltiples discusiones a favor del consensualismo del contrato en el interior del Congreso, y cuyas posiciones se prolongaron doctrinariamente hasta la entrada en vigencia de la reforma implementada por la Ley 389 de 1997. A continuación se citan textualmente algunos de los conceptos emitidos por el subcomité que se encargó del tema de la consensualidad del seguro en las discusiones que se dieron en el Congreso de la República, respecto de la forma que debía adoptar el contrato, y cuyo origen dieron nacimiento a los artículos 1036 y 1046 de la Ley 410 de 1971. Los apartes de los debates que a continuación se transcriben se dieron el 4 de diciembre de 1969.

Parte pertinente al acta número 9

El doctor Ossa Efrén, abanderado de la tesis consensual que debía tener el contrato de seguro, manifestó:

a) El carácter de consensual está más acorde con la calidad que tienen los negocios de los seguros.

⁴ *Ibid.*

b) *Todas las legislaciones modernas han adoptado esta calidad para el contrato de seguro.*

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.*

[...] Agrega el doctor Salazar que el contrato de seguro era una cuestión bastante compleja, por lo cual se presentaba la dificultad de perfeccionarla 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 de que se trate.⁵

Parte pertinente al acta número 57

A continuación la secretaría dio lectura al comentario hecho por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, en relación con el artículo del proyecto, en lo referente a la solemnidad del contrato, que es el siguiente:

1º Nos parece inconveniente quitarle al contrato de seguro su carácter de solemne.

Si los elementos esenciales del contrato de seguro (el asegurador, el asegurado, el beneficiario, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del seguro), así como la identificación precisa del interés o de la cosa o persona con respecto a las cuales se ha contratado el seguro, la vigencia del contrato con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar una y otras, y la naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador, deben ser demostrados por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial (art. 876), en realidad se le está dando al contrato un carácter semi-consensual, o mejor, semi-solemne, y se está proponiendo a las compañías aseguradoras en la obligación de tener que expedir prácticamente dos pólizas. La formal del artículo 871, y la que pudiéramos llamar informal, consistente en la carta de que habla el artículo 876.

⁵ FLÓREZ ENCISO, Saúl, *Estudios de Derecho Comercial: El Contrato de Seguro*, Bogotá, Derecho y Ley, 1982, p. 5 y 6.

Mucho más práctico nos parece el sistema del actual código que hace el contrato solemne y determina que el ajuste verbal del seguro constituye una promesa de contrato (C. de Co, art. 638 y 639).

Los medios de probar la bondad de una disposición están en los pocos o escasos conflictos que presenta, y si se repasa la jurisprudencia del país, indudablemente se encuentra que los conflictos motivados por las disposiciones actuales sobre la solemnidad del seguro y promesa del contrato son prácticamente nulos.

En cambio, si se repasa la jurisprudencia de países donde el contrato es consensual, como en los Estados Unidos e Inglaterra, se verá que la mayoría de los litigios se han suscitado precisamente por la determinación de la existencia o no del contrato de seguro. (Véase a este propósito PETERSON CASES o Insurance).

Desde el punto de vista del asegurado, la confesión judicial que tendrán que versar sobre todos los mismos elementos esenciales, además de los datos de que se tratan los numerales 5º, 7º y 9º del artículo 871 del proyecto, en nada soluciona su situación en cuanto a la demostración de la existencia de un contrato de seguro; esto, por cuanto se alega que la supresión de la solemnidad tiene por objeto proteger al asegurado.

Realmente, modificar por modificar no es conveniente. Las normas legales deben modificarse cuando se prueba que han sido causa u ocasión de conflictos o no regulan debidamente una situación jurídica, pero, repetimos, nos parece, a la vista de la experiencia, que la disposición sobre la solemnidad del contrato no ha sido causa de conflictos, y, por el contrario, los ha evitado...⁶

Nótese que las discusiones en el Senado giraron en torno a las posibles consecuencias que tendría el adoptar una u otra forma (solemne o consensual). Para los abanderados de la tesis consensual, el consensuar el contrato de seguro lo colocaría más a tono con las legislaciones extranjeras y le daría movilidad. En tanto que para los abanderados de la tesis solemne, el convertirlo a consensual traería más problemas en cuanto a la prueba de la existencia del contrato, situación que hasta la fecha no se había presentado en el país. Cabe resaltar que en los apartes del acta número 9, el doctor Efrén Ossa, abanderado de la tesis consensual, planteó la posibilidad de limitar al escrito y la confesión la

⁶ *Ibid.*, p. 8 y 9.

prueba del contrato, pero terminó por ceder y permitió que se dejara al contrato como solemne.⁷

En 1997 nuestro legislador decide cambiar la forma del contrato de seguro, pero en esta ocasión la discusión en cuanto al cambio no surge por motivos de carácter simplemente doctrinarios sino que obedece a una situación de carácter material, ya que a juicio de éste, en la contratación de seguros se venía presentando un desequilibrio que favorecía a las empresas aseguradoras.

MOTIVOS DE LA REFORMA AL CONTRATO DE SEGURO CONTENIDA EN LA LEY 389 DE 1997

Con la Ley 389 de 1997, el legislador, apartándose de la solemnidad que históricamente había mantenido la formación del contrato de seguro, decidió consensualizarlo, pero limitando la prueba del mismo.

El profesor Hernán Fabio López Blanco identifica como fuentes reales del cambio, la mala práctica que un sector de la economía aseguradora asumió frente a la ejecución del contrato de seguro como contrato solemne, ya que lo promovían como si fuera consensual en virtud del llamado amparo provisional. Con este amparo otorgaban cobertura del riesgo desde el mismo momento en que se ajustaba el consentimiento sobre los aspectos esenciales del contrato y sin importar que la póliza se suscribiera con posterioridad.

Sostiene el autor citado que

[...] las aseguradoras tenían el sistema a su favor ya que desde que se otorgaba el amparo y mientras que se expedía la póliza, transcurría un término prudencial que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa, dentro del cual si no se presentaba el siniestro, la póliza que se elaboraba se expedía con efecto retroactivo a la fecha de emisión del consentimiento; pero si antes de la expedición de la póliza o de su entrega ocurría un siniestro y operaba la correspondiente reclamación, la aseguradora podía objetar y negar el pago de la indemnización con el argumento, legalmente válido, de que al no estar efectuada la solemnidad, o no poderse probar la misma, el contrato no había nacido a la vida jurídica, y por consiguiente, no existía responsabilidad de su parte⁸.

⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, en: ACOLDESE, Asociación Colombiana de Derecho de Seguro, *Memorias del XXI Encuentro Nacional*, Bucaramanga, 1998, p. 62 y 63.

Se puede observar cómo el contrato se promovía como consensual, para luego, amparándose en el requisito de no haberse llevado a cabo la solemnidad exigida por la ley, evadir responsabilidades.

De otra parte, la controversia existente acerca de cuál era el momento en que se perfeccionaba el contrato de seguro originada por la redacción disímil de los artículos 1036 y 1046, también constituyó un motivo para querer introducir el cambio.

Pues bien, el Senado de la República, teniendo en cuenta estos antecedentes, decide reformar la forma del contrato, motivado por la desprotección que se le estaba dando al asegurado amparada en la normatividad vigente. De las reflexiones en el Senado traemos a colación los siguientes motivos:

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

a) 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 la actual normatividad mercantil;

b) De otra parte, la consensualidad como norma constitutiva del contrato de seguro, a tiempo 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;

De otra parte, en la exposición de motivos también se especifican argumentos a favor de la consensualidad:

a) Se pondría punto final a la álgida discusión doctrinaria surgida a raíz de la interpretación que se le ha dado a los artículos 1036 y 1046 del actual Código Mercantil.

b) Como bien lo sostiene el Dr. Saúl Flórez Enciso, con la consensualidad se subsanaría el problema de orden práctico que actualmente afecta al tomador o asegurado puesto que el asegurador es quien determina cuándo firma o cuándo acepta, esto es cuando suscribe la póliza, lo cual,

en no pocos casos puede conducir a que mientras se firma, acepta o expide el documento, es decir la póliza-documento contentivo del contrato de seguro y a pesar que el asegurador haya encontrado aceptable el riesgo y reunidos los demás requisitos que se exigen, acontezca el siniestro y afirme además que el contrato no se había perfeccionado y, por lo tanto, que ninguna obligación ni responsabilidad le cabe.

c) Acorde con lo anterior, en la práctica casi siempre se presenta un peligroso interregno entre el pago de la prima y la expedición de la póliza, durante el cual el asegurado por lo general lleva la peor parte, pues supongamos que el asegurado ya pagó la prima al agente o al corredor de seguros pero la póliza no fue expedida en forma inmediata. Desafortunadamente si el siniestro ocurre con posterioridad al pago de la prima o a la aceptación verbal de la cobertura pero la póliza no se ha expedido, la compañía aseguradora apoyándose en el artículo 1036 del C. de Co. podría perfectamente eludir se responsabilidad contractual. Este inconveniente se superaría de aceptarse el simple acuerdo de voluntades (consensualidad) como requisito constitutivo del contrato de seguro⁹.

El legislador, preocupado por la prueba del contrato de seguro, decide establecer el escrito y la confesión de parte como medios de prueba del mismo, descartando el testimonio. Si bien es cierto que en la redacción del artículo no quedó establecido lo de la exclusión del testimonio, este tema tuvo su discusión al interior del Senado, y podemos observar que en las discusiones interinas el legislador manifiesta su deseo de colocar el contrato de seguro en la misma forma de las legislaciones de México, Argentina y Bolivia, que sin duda limitan los medios de prueba del contrato de seguro al escrito, pero en todo caso mantienen la consensualidad del mismo. Textualmente se manifestó en punto de la prueba: *No se considera prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonio o simples indicios*¹⁰. (La negrilla y el subrayado no son del texto original).

El texto final del artículo 1º de la Ley 389 consagró como una de las características del contrato de seguro la de ser un contrato de forma

⁹GACETA DEL CONGRESO, ponencia para segundo debate en el Senado, 12 de junio de 1997, p. 4. Tomado de LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Contrato de Seguro, 3ª ed., Santafé de Bogotá, p. 33.

¹⁰ *Ibid.*, p. 34.

consensual, y el artículo 3º de la misma ley limitó la prueba del contrato al escrito y la confesión¹¹.

El artículo primero de la ley no crea mayores inconvenientes, ya que es claro en determinar las características propias del contrato de seguro y no incurre en definiciones. Sin embargo, el artículo tercero sí crea duda en cuanto a los medios de prueba del contrato, ya que al parecer los limita a la prueba escrita y la confesión de parte. Sin embargo, consideramos que la limitación probatoria convierte al contrato de seguro en un contrato con formalidad *ad probationem* y, por ende, para su prueba se puede utilizar los demás medios, establecidos en las leyes procesales, claro está, en circunstancias especiales, como se verá más adelante.

Esta posición no es la única al respecto, y quizás por la redacción del artículo y la falta de normatividad escrita sobre las formalidades *ad probationem* en nuestro país han llevado a juristas como Andrés E. Ordóñez a manifestar que el contrato de seguro es un contrato con formalidad *ad probationem* especial; se refiere el citado autor a este tema de la siguiente manera:

A mi juicio, el que la ley disponga que determinado acto o contrato deberá probarse por escrito, no hace simplemente que se coloque al documento contenido del contrato en calidad de documento ad-probationem, lo cual, en el lenguaje jurídico implica que se trata de un documento que sólo sirve para la prueba y que, en consecuencia, podría eventualmente ser sustituido por otros medios probatorios. Realmente en este caso la ley limita la posibilidad de probar el contrato por medios diferentes al documento escrito, con lo cual se crea, si así pudiéramos llamarlo, una tercera categoría de documentos diferentes a los ad-sustantiam actus y a los simplemente ad-probationem, que pudiéramos llamar ad probationem especial, los cuales, por disposición legal no podrían ser sustituidos por cualquier otro medio probatorio sino solamente por aquellos que prevé la ley para el caso concreto en particular¹².

¹¹ Cuando se habla de que el contrato de seguro se probara por escrito hay que tener de presente que el escrito debe contener los elementos esenciales del mismo, que según lo establecido por el artículo 1045 del C. de Co. son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador. De otra parte, el escrito no necesariamente tiene que ser la póliza, ya que podría ser cualquier escrito siempre y cuando contenga los elementos esenciales del contrato de seguro.

¹² ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E., *El Contrato de Seguros Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 21.

Ante todo debe tenerse claro que siendo el contrato de seguro un contrato que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, estamos frente a un contrato de forma libre, pero con un carácter atenuado por la limitación probatoria que conlleva. Tenemos, entonces, que el contrato de seguro es un contrato con *formalidad ad probationem*, y por tanto su interpretación debe apuntar a los postulados universales de dicha institución jurídica.

CONSENSUALISMO ATENUADO DEL CONTRATO DE SEGURO

La forma de un contrato se determina de acuerdo con la manera en que se perfecciona o nace a la vida jurídica; si para perfeccionarse depende de ciertas formalidades especiales exigidas por ley, entonces será un contrato solemne; pero si para perfeccionarse sólo necesita del acuerdo de voluntades sin más requisitos, el contrato será consensual¹³.

El jurista Ennecerus manifiesta en este sentido que

Por Forma, en una primera conceptualización general, se entiende aquel medio a través del que se manifiesta al exterior la declaración de la voluntad.

En este sentido todos los negocios deberían de calificarse como formales, en tanto que toda declaración debe aparecer al mundo exterior de alguna manera.

La cuestión en cuanto a la forma de la declaración de voluntad o del negocio jurídico se plantea en un ámbito más restringido presupuesto el concepto anterior: se habla de FORMA cuando, de los diversos medios de exteriorización, aparece unido al negocio o declaración, de manera necesaria, sólo un determinado y característico medio (la escritura pública o el documento privado, por ejemplo), por exigencia legal.

De esta manera, la FORMA se convierte en un requisito del negocio. Este requisito puede tener valor variable según la norma que lo impone, así, se suelen distinguir – principalmente – dos tipos de FORMA.

¹³ Art. 1500 C.C. «El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa que se requiere; 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». «Art. 824 C. de Co.: «Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad».

1) La llamada «forma ad probationem»: es decir, la requerida con el fin de que el negocio pueda ser probado; y

2) La «forma ad substantiam» o «ad solemnitatem», exigida con carácter esencial al negocio haciendo depender de su existencia la validez del mismo¹⁴.

Los profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta al respecto manifiestan que «[...] en nuestro estado actual de derecho, respecto de ciertos actos la observancia de las formas establecidas por la ley es un requisito para la existencia de los mismos. Tenemos entonces que los actos cuyas formalidades legales no alcanzan esta connotación se les conoce como formalidades ad probationem»¹⁵.

De los conceptos anteriores, no cabe duda que el contrato de seguro después de la reforma de 1997 es un contrato con formalidad ad probationem, debido a que el escrito y la confesión sólo cumplen la función de probar el contrato, pero en nada interfieren con su formación o nacimiento a la vida jurídica.

Para una mayor claridad de la connotación probatoria del contrato de seguro, es menester ahondar sobre la naturaleza de la misma.

CARÁCTER PROCESAL DEL ARTÍCULO TERCERO DE LA LEY 389 DE 1997

No cabe duda que el artículo tercero de la Ley 389 de 1997 presenta una limitación probatoria a la forma de probar el contrato de seguro, y lo convierte, como se dijo, en un contrato con formalidad ad probationem. Sin embargo, es de gran importancia determinar la naturaleza del artículo en comento, ya que de la misma dependerá la interpretación que se le puede dar a la luz de la normatividad colombiana.

El doctor Hernando Devis Echandia, en su obra *Compendio de Derecho Procesal*, al referirse al tema de las pruebas establece la naturaleza que de acuerdo con el sistema legal de cada país adoptan las mismas: «En nuestra opinión, en un sistema legal que no consagre formalidades documen-

¹⁴ ENNECERUS, Ludwin Theodor Kipp y Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 224.

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2000. p. 47.

tales ad substantiam actus, es decir, necesarias para la existencia o la validez de actos o contratos, la materia de la prueba en general, y por lo tanto, el derecho probatorio, tendría un claro carácter procesal, [...]»¹⁶. (El subrayado no es del texto original).

Podemos anotar de lo anterior que en Colombia el sistema probatorio pertenece al campo del derecho procesal, muy a pesar de encontrarse normas procesales en códigos diferentes al de Procedimiento Civil; por tanto, la norma consagrada en el artículo tercero de la Ley 389 de 1997 es una norma con un marcado carácter procesal. Corrobora nuestra afirmación lo que a continuación se transcribe del autor citado:

Toda norma que consagra formalidades simplemente ad probationem tiene un exclusivo carácter procesal aun cuando esté en un Código Civil o Comercial; la determinación del grado de eficacia o fuerza probatoria de esas formalidades y de cuáles sirven para cada caso o contrato, es un mandato dirigido al juez para el caso de resolver sobre su existencia y modalidades. Sin embargo, en muchos países, como Colombia, hay normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública para la compraventa o hipotecas de inmuebles y para la constitución reforma o liquidación de sociedades comerciales, y entonces el documento no es solamente una prueba, sino un requisito «ad substantiam actus» que pertenece a la regulación sustancial de la respectiva materia, y por lo tanto, la norma que él consagra forma parte del derecho material; pero no puede desconocerse que también en tales casos ese documento público o privado sirve así mismo para probar ante el Juez la existencia del acto. Se cumplen entonces las dos funciones, material y procesal, pese a que los contratantes, cuando llenen la formalidad, pueden pensar solamente en la válida celebración del acto y en la adquisición de los derechos y obligaciones que de él se deducen, sin tener en cuenta la posibilidad de servirse del documento para establecer en proceso su existencia¹⁷.

Queda claro entonces que el artículo tercero de la Ley 389 de 1997 es netamente de carácter procesal y consagra una limitación probatoria que le da una formalidad ad probationem al contrato de seguro, pero que en nada la mencionada formalidad interviene en la formación del contrato.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal, tomo 2: Pruebas judiciales*, 3ª ed., Bogotá, ABC, 1973, p. 4.

¹⁷ *Ibid.*, p. 379.

Precisamente, por ser el artículo tercero de la Ley 389 de 1997 un artículo eminentemente procesal dirigido al juez, su lectura e interpretación no debe contrariar la naturaleza de la normatividad sustancial que lo consagra. Hay que tener de presente que nuestra Constitución nacional en su artículo 228 estableció que «La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con la con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el dercho sustancial [...]». (Las negrillas y el subrayado no son del texto original). La Corte Constitucional se ha pronunciado en este punto, y en sentencia de fecha mayo 12 de 1992 tocó el tema manifestando que «De conformidad con lo estipulado en el artículo 228 de la Constitución, los mecanismos procesales ideados por el constituyente y por el legislador deben interpretarse de manera que prevalezca el derecho sustancial»¹⁸.

De igual forma, el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil consagra esta posición al manifestar: «Al interpretar la ley prcesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial [...]». (Las negrillas y el subrayado no son del texto original).

Ahora bien, por ser el contrato de seguro de carácter ad probationem, de hecho se permiten otros medios probatorios para demostrar su existencia, en el caso de faltar el escrito o la confesión. Ya que las formalidades ad probationem son una sola, por tanto no podemos aceptar lo establecido por el doctor Ordóñez, ya que la mencionada clasificación de «*ad probationem especial*» no tiene cabida en los postulados de la mencionada institución jurídica.

Si admitiéramos lo establecido por el doctor Ordóñez, sin duda haríamos prevalecer el carácter procesal sobre el sustancial de la norma, y desvirtuaríamos la connotación *ad probationem* del contrato de seguro, llegando hasta el punto de desconocer el carácter consensual que el legislador le dio al contrato, y según lo establecido por Acoldece en 1968, estaríamos casi que **semisolemnizando** el mismo, desvirtuando el carácter universal de la institución *ad probationem* y dándole, sin más fundamento, una connotación que riñe con lo que ha sido esta figura tanto en nuestra legislación como en el derecho comprado, tal como se verá enseguida.

¹⁸ Constitución Política Legis.

EL CARÁCTER AD PROBATIONEM DEL CONTRATO DE SEGURO

Antes de entrar a analizar la implicación de ser el contrato de seguro un contrato con formalidad ad probationem es necesario analizar el concepto y las características de la mencionada figura jurídica.

Para el tratadista Francesco Messineo:

«A veces la forma escrita, con fines de prueba, es exigida por ley. La forma escrita con función probatoria –puede en algunos casos excepcionales– asumir ella también el aspecto de carga, en el sentido de que, en aquellos casos, si falta la prueba escrita, no puede suplirse con algunos medios de prueba oral (testigos: 2725, primer apartado, y cfr. Art. 918, párrafo). Pero, de ordinario, la falta de empleo de las escrituras implica, para el sujeto interesado, únicamente dificultad de prueba y la necesidad de recurrir a las pruebas orales, las cuales son menos atendibles y por tal están dotadas de menos eficacia». Sigue diciendo el jurista que «no hay que confundir la forma (escrita) con la prueba: la primera –como se acaba de decir– sirve, si es observada, también de medio de prueba; pero la prueba del negocio no se agota necesariamente por la forma; no solamente en los casos en que la declaración de voluntad esté exenta de la forma escrita, sino también en que los casos de la forma escrita, no estando prescrita ad essentiam, pueda ser omitida. Se tendrá, en tal caso, una mayor dificultad; pero la prueba podrá alcanzarse igual con los otros medios indicados»¹⁹.

Los hermanos Mazeaud al respecto de la formalidades ad probationem establecieron:

[...] Así, junto a las formalidades requeridas para la validez del contrato, ad solemnitatem, existen formalidades requeridas para la prueba del contrato. Ad probationem: [...] Aunque unas y otras suelen ser observadas, interesa no confundirlas. La distinción entre un contrato nulo y un contrato válido que no puede probarse judicialmente, no tiene tan solo importancia teórica; presenta interés en el terreno práctico. De una parte, todos los deudores no impugnan la existencia del contrato que han concluido. Por otra parte, el principio según el cual un contrato no puede probarse más que por escrito lleva consigo numerosas excepciones, ampliadas por la jurisprudencia: por eso la falta de documento no siempre deja sin defensa al acreedor que alega un contrato consensual.

¹⁹ MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil*, tomo II, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1979, p. 383, 384.

Ahora bien, a veces resulta difícil saber si la ley, que reglamente tal o cual contrato, exige un documento ad solemnitatem o solamente ad probationem.

La jurisprudencia, fundándose en que los contratos son en principio consensuales, estima que, en la duda, el documento solo se exige para la prueba²⁰.

Encontramos que para los italianos Lina Bigliazzi Geri, Umberto Breccia y Francesco de Busnelli:

Es claro que no siempre que la ley prevé una determinada forma, la toma como elemento esencial de un negocio. Los casos más significativos al respecto son aquellos en los cuales las formas exigidas, como se suele decir, «para los fines de la prueba» (es recurrente en esta hipótesis la expresión latina forma ad probationem). Lo cual quiere decir que el negocio es válido, aun cuando no sea estipulado con la forma exigida; y que por lo mismo, si las partes están concordes en reconocer que celebraron el contrato y ejecutan el acto las prestaciones eventualmente cumplidas no son repetibles y se puede demandar su cumplimiento de las prestaciones todavía no satisfechas²¹.

Las formalidades ad probationem deben su existencia a la necesidad de las personas de procurarse determinados medios que hicieran más fácil encuadrar el contenido de la contratación y pretende eliminar los riesgos que se corren con la contratación consensual. De esta manera lo manifiestan los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta:

La inseguridad propia de la contratación meramente consensual introdujo en el derecho europeo intermedio la práctica consuetudinaria, propiciada por la expansión del alfabetismo, de consignar por escrito los negocios de alguna importancia, práctica que se erigió posteriormente en canon legislativo²².

El jurista Ennecerus se refiere a esta circunstancia de la siguiente manera:

²⁰ MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Vol. 1, Buenos Aires, Jurídica Europa América, 1976, p. 85.

²¹ BIGLIAZZI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Hugo, *Derecho Civil*, tomo 1, Vol. 2, *Hechos y Actos Jurídicos*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 806.

²² OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, p. 230.

El último apartado del artículo 1.280 dice: «También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los contratantes exceda de 1.500 pesetas». Esta exigencia no implica ciertamente la de una forma ad solemnitatem, por cuanto la jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que el artículo 1.280 no modifica el 1.278, limitándose a corroborar el derecho que a las partes confiere el 1.279 de poder compelerse a llenar la forma [...] Pero de todas suertes la falta de forma puede traer por consecuencia la imposibilidad de probar el contrato, dada la recomendación dirigida en el artículo 1284 a los tribunales «de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito»²³.

De otra parte se observa, al revisar la doctrina comparada y la nacional, que el formalismo ad probationem nace además por el temor de probar mediante testimonio aquellos actos o contratos de determinada importancia jurídica o por el valor de los mismos.

Los hermanos Mazeaud se refieren a este tema citando las limitaciones del artículo 1.341 del Código Civil francés, el cual determina que los actos jurídicos se probarán por documento escrito y rechaza el testimonio. Sin embargo, según los juristas, la misma ley y la jurisprudencia se han encargado de establecer las excepciones a la exclusión del testimonio y reconoce cinco de éstas: 1° cuando el acto que se pretenda probar sea inferior de 5.000 francos, 2° cuando hay un principio de prueba por escrito, 3° cuando ha resultado imposible procurarse un documento, 4° en materia mercantil y 5° cuando la jurisprudencia lo establezca²⁴.

El jurista Joserrand se refiere a este tema en punto de las pruebas escritas y a la existencia del principio según el cual se prohíbe probar por testigos contra y fuera del contenido de los actos:

Esta prohibición admitida ya por el derecho romano, abolida en los comienzos de nuestro antiguo derecho por el favor de que gozaba la prueba testifical, restablecida en 1566, consagra la preeminencia de la prueba escrita que no podría ser combatida mediante testimonios; es ciertamente legítimo y conforme con la intención probable de las partes quienes

²³ ENNECCEREUS, *op. cit.*, p. 151.

²⁴ MAZEAUD, MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, p. 579.

al redactar un escrito entendieron sin duda descartar los peligros de contiendas ulteriores y atenerse a su voluntad reflexiva tal como tomó cuerpo en el instrumento.

[...] Se explica la exigencia de la ley por el peligro y la insuficiencia de la prueba testifical, también por el deseo de ahogar, en su fuente misma, las discusiones posibles, obligando a las partes a proveerse de una prueba preconstituida.²⁵

Para el jurista, cuando no se ha redactado por escrito, por más que el interés en juego sea superior a cinco mil francos, la convención no por ello es menos válida, pero su existencia no podría probarse mediante testigos, al paso que podrá recurrirse a otros medios de prueba, la confesión y el juramento: la sanción consiste, pues, en la exclusión de la prueba testifical y, por consiguiente, en la exclusión de la prueba por presunciones simples.

Se explica la exigencia de la ley por el peligro y la insuficiencia de la prueba testifical, también por el deseo de ahogar, en su fuente misma, las discusiones posibles, obligando a las partes a proveerse de una prueba preconstituida.

Para el caso del derecho civil chileno apreciemos el análisis que el tratadista Luis Claro Solar hace sobre el tema:

Fuera de los casos en que los principios que acabamos de estudiar constituyan una limitación a la admisibilidad de la prueba testimonial como son aquellos en que no concurren las circunstancias que dan lugar a los indicados principios, como ocurre con los actos o contratos que no contienen la entrega o promesa de una cosa o que se refieren a cosas de valor de doscientos pesos o menos, en que naturalmente la prueba testimonial es admisible, lo mismo que las demás pruebas, la ley indica cierto número de casos en que es también admisible la prueba testimonial a pesar de concurrir en ellos las circunstancias que dan lugar a referidos principios limitativos, en que éstos dejan de producir sus efectos [...] Pertenecen según el Código a la primera categoría los casos en que hay un principio de prueba por escrito que puede servir de base a la prueba testimonial y aquellos en que ha sido imposible obtener prueba escrita²⁶.

²⁵ JOSSERAND, Louis, *Derecho civil: Teoría General del Derecho y de los Derechos de las Personas*, tomo 1, volumen 1, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1951. p. 133, 154, 155 y 156.

²⁶ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: De las obligaciones*, V. 6, T. 12, Chile, Jurídica, 1979, p. 657.

El formalismo ad probationem se instituyó como una figura que busca proteger a las partes contratantes en aquellos contratos que revisten cierta importancia para el mundo jurídico o que su valor así lo determine. De igual forma, se busca mediante esta figura descartar la prueba testimonial, la cual no es ni ha sido fuente de confianza. Sin embargo, hay que anotar que por adoptar determinado contrato una limitación probatoria que no se sea exigida como solemnidad, sino únicamente como prueba del contrato, no se estaría solemnizando dicho contrato sino que, como lo manifiesta Jossierand, sólo se dificultaría su prueba. Como la inobservancia de requisitos no afecta el contrato como tal, entonces la figura permite recurrir a otros medios de prueba, incluso al testimonio, siempre que se encuentre acompañada de un principio de prueba por escrito o que halla sido imposible para las partes haber obtenido la prueba escrita. Así, se encuentra concebida la figura ad probationem en la legislación comprada, tal como observamos en los casos de Francia y Chile, el mismo legislador o la jurisprudencia se han encargado de reconocer excepciones a la exclusión del testimonio, y por tal podemos reconocer como aplicables en todos los casos: el principio de prueba por escrito, la pérdida del documento y la imposibilidad física de las partes de haberse procurado uno. En estos casos, el testimonio recupera entonces su fuerza probatoria como prueba perfecta.

No cabe duda que nuestro legislador al limitar la prueba del contrato de seguro lo que buscaba era darle una mayor seguridad a las partes contratantes instándoles a predeterminedar medios de prueba. De las exposiciones de motivos de la Ley 389 de 1997 se desprende que el legislador quiso darle una verdadera calidad *ad probationem* al contrato de seguro, excluyendo el testimonio como medio de prueba nada más acorde con los principios que rigen la mencionada institución jurídica. Recordemos pues lo manifestado al interior del Congreso en cuanto a la prueba del contrato de seguro: «No se considera prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonio o simples indicios». (Las negrillas y el subrayado no son del texto original)²⁷.

De igual forma, el legislativo también motivó el cambio tomando como referencia las legislaciones de México, Bolivia y Argentina, y precisa-

²⁷ LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 33.

mente estas legislaciones consagran formalidades ad probationem para el contrato de seguro; citamos pues los textos legales²⁸ de cada una:

«Argentina

Art. 4: El contrato de seguro es consensual, los derechos y obligaciones recíprocas empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza.

La póliza. Sección III

Art. 11: 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.

México

- Ley sobre el contrato de seguro

Capítulo II

Art. 19: Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se harán constar por escrito. Ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar su existencia, así como la del hecho del conocimiento de la aceptación que se refiere la primera parte de la fracción del artículo 21.

Art. 20: La empresa aseguradora estará obligada a entregar al contratante del seguro una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes...

Art. 21: El contrato de seguro:

1. Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta. En los seguros mutuos será necesario, además, cumplir con los requisitos que la ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios; [...]

Bolivia

Decreto-Ley 14379

Título III- Capítulo I. Disposiciones Generales. Sección I. Concepto y celebración.

Art.982: El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocas empiezan desde el momento de su celebración.

²⁸ Los textos legales fueron tomados de la publicación hecha por Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES), Federación de Aseguradores de Colombia (FASECOLDA): *El contrato de seguro: Legislaciones vigentes*, 2000.

Sección IV

Art. 1006: *El contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro; sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. La póliza debe redactarse en idioma castellano.*

El formalismo ad probationem en Colombia

En nuestro país, las formalidades *ad probationem* alcanzaron su máxima expresión al estar consagradas en el artículo 1767 del Código Civil y la Ley 153 de 1887, la cual en su artículo 91 establecía que «deberán constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos».

Los citados juristas Ospina Fernández y Ospina Acosta se refieren al tema de la siguiente manera:

[...] Pero como ya se explicó no se trataba aquí de un caso o manifestación del formalismo ad solemnitatem, comoquiera que el mencionado texto legal no erigió la forma escrita en requisito para el perfeccionamiento de los actos cuyas prestaciones excedieran de quinientos pesos, de tal manera que la omisión de aquella forma produjera la inexistencia de éstos. En efecto, el sistema que, en su conjunto, instituyeron los artículos 91 a 93 de la citada ley y el 1767 del Código Civil es claro. Todo él se redujo a lo siguiente: a ordenar la forma escrita para los actos cuyas prestaciones aisladamente consideradas excedieran de quinientos pesos (art. 91) y a excluir el testimonio, cuya insinceridad y peligro son proverbiales, como medio probatorio de la celebración de tales actos (art. 1767), o de sus modificaciones y adiciones, aunque estas modificaciones o adiciones no llegasen al valor indicado (arts. 91 y 92). Pero excepcionalmente, sí se aceptó la referida prueba testimonial: 1º cuando existiera, por lo menos, un principio de prueba por escrito, o sea, un acto escrito del demandado, o de su representante, que no bastase para acreditar plenamente el hecho litigioso, pero que sí lo hiciera verosímil; 2º cuando se demostrase que no había sido posible obtener una prueba escrita, y 3º en los demás casos exceptuados por la ley como cuando se tratase de actos mercantiles no solemnes (ley 153, art. 93 y C. de Co. Derogado, art. 183)²⁹.

El doctor Antonio Rocha Alvira al referirse a la ley mencionada estableció:

²⁹ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, p. 230 y 231.

Veíamos que el simple consentimiento, como expresión de la voluntad del hombre, basta, en principio, y especialmente ante el derecho moderno, para que aquél quede obligado. La obligación existe, pues, con anterioridad, a la prueba. Pero la prueba es necesaria para que el juez conozca la obligación misma a la que se refiere. Y la ley exige que esa prueba sea escrita, ora en atención al valor o cuantía, como para los actos o contratos que pasen de \$500, ora para destruir el contenido de otro escrito (Simulación entre las partes, cuando el acto consta por escrito), y en estos casos la prueba escrita se exige ad probationem [...]»³⁰.

Los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887 y el 1767 del Código Civil fueron derogados expresamente por el artículo 689 del actual Código de Procedimiento Civil, y en su remplazo, atendiendo el enfoque de la libertad de los jueces en la apreciación probatoria, se consagró el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 232 citado se encarga de la prueba los contratos solemnes y de los meramente consensuales, pero nada dice al respecto de los contratos consensuales con limitación probatoria, esto es, los contratos con formalidad *ad probationem*, que de manera innegable aún se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil y el contrato de seguro

Artículo 232 C.P.C.: *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.*

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.

El primer inciso del artículo es claro al establecer que en punto de los contratos solemnes se excluye para su prueba el testimonio. Tenemos entonces que cuando una norma exija determina solemnidad para la formación de actos jurídicos o contratos, no se podrá probar su existencia sino mediante la demostración de la formalidad exigida por ley.

³⁰ ROCHA ALVIRA, Antonio, *De la Prueba en Derecho*, tomo 1, 5ª ed., Bogotá, Lerner, 1967, p. 445.

En el segundo inciso de la norma encontramos una situación diferente, ya que en este caso la norma va dirigida a los contratos o convenciones consensuales, cuyo perfeccionamiento no depende de formalidades especiales. En este caso, la norma establece que la falta de prueba escrita o de principio de prueba por escrito será apreciada por el juez como un indicio grave de inexistencia del contrato o convención.

Como se puede apreciar, el artículo 232 se refiere a los contratos o convenciones solemnes y a aquellos con total libertad de forma, pero nada dice al respecto de los contratos o convenciones que a pesar de ser consensuales o tener libertad de forma, su prueba se encuentra limitada a determinados medios probatorios.

Al respecto de este tema el doctor Devis Echandía tuvo la oportunidad de anotar que

*[...] También exige el nuevo C. de Co. el requisito ad probationem del documento (con lo cual introduce una tarifa legal y excluye los testimonios en esos casos), en los siguientes arts.: 1578 y 1603 para el contrato de transporte marítimo; 1635 y 1645 respecto al conocimiento de embarque y las estipulaciones de las partes relacionadas con aquél; 1667 para el contrato de fletamento de naves; 1678 para el arrendamiento de naves mayores. **Pero en caso de pérdida o destrucción puede recurrirse al principio de prueba escrita, a la confesión o inclusive a la testimonial que no deje dudas acerca de que existió el documento y cuál era su contenido; e igualmente, cuando no se haya otorgado el documento completo, podrán probarse esos actos con confesión, o un simple principio de prueba complementado con testigos, y éstos sólo podrán ser suficientes si se prueba que hubo imposibilidad física o moral de otorgar el documento, tal como se admitía para la prueba de obligaciones de valor superior a quinientos pesos, durante la vigencia de los arts. 91 a 94 de la ley 153 de 1887, por ser un criterio de aceptación universal que no requiere norma legal expresa.**³¹ (Las negrillas y el subrayado no son del texto original).*

A la enumeración de contratos con formalidad ad probationem dentro de la legislación comercial se debe agregar el contrato de seguro en su nueva concepción.

³¹ DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 379.

Siendo, entonces, el contrato de seguro un contrato consensual con formalidad ad probationem, la regulación en cuanto a la apreciación de su prueba se encuentra excluida del artículo 232 y, por ende, se tendría que recurrir a la aplicación de los principio que rigen la formalidad ad probationem, que, como se dijo, son de carácter universal, y por tanto no es necesario que exista norma legal para su aplicación.

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al tema, y en casos análogos a los del contrato de seguro ha manifestado su posición al respecto.

Posición de la Corte Suprema de Justicia en casos análogos al contrato de seguro

Se toma para este análisis los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto del contrato de transporte marítimo, el cual es una situación análoga a la aquí analizada, ya que la forma de dicho contrato es consensual (art. 981 C. de Co.) y como prueba se exige la documental escrita (art. 1578 *ibidem*)*.

Por datar esta norma de mucho tiempo atrás le ha dado la oportunidad a la Corte Suprema de pronunciarse reiteradamente sobre este punto y fijar una posición clara al respecto. En sentencia de 25 de mayo de 1990, cuyo magistrado ponente fue el doctor Eduardo García Sarmiento, la Corte estableció que

*Sin embargo, de que conforme al artículo 981 del Código de Comercio, por regla general, el contrato de transporte es eminentemente consensual, por lo que a través de cualquier medio probatorio se puede acudir para demostrarlo, tratándose del Transporte Marítimo ciertamente en el artículo 1578 *ibidem* se establece una verdadera restricción probatoria para demostrarlo, ya que sobre el particular la norma últimamente citada textualmente prescribe, salvo que se trate de embarcaciones menores, esta convención se probará por escrito apartándose del principio de la consensualidad de los negocios jurídicos, según el cual, el solo consentimiento como expresión de la voluntad es suficiente para obligar a los contratantes con independencia de forma alguna. La ley mercantil, por el contrario,*

* Art. 981: «El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario. El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales». Art. 1578: «El contrato de transporte marítimo se probará por escrito, salvo que se trate de transporte de embarcaciones menores, caso en el cual se estará a lo dispuesto por el reglamento».

consagró en esta materia verdadero requisito ad-probationem, que, como tal, no quiere significar que el escrito sea una exigencia ad-solemnitatem o presupuesto esencial para la validez del acto o contrato sino simplemente una formalidad necesaria para el solo efecto de probarlo.

Sin necesidad de que la Corte tenga la forzada necesidad de considerar ahora los motivos que explican una y otra formalidades, se estima conveniente recordar que mientras los que requieran un escrito ad-solemnitatem o ad-sustantiam actus excluyen de por sí otro medio de convicción distinto al que de manera especial ha sido prefijado por la ley, en razón a que el documento sirve tanto para constituir válidamente el acto jurídico como para probarlo, de suerte que su ausencia compromete la validez del mismo, por el contrario, aquellos solamente establecidos con un criterio ad-probationem admiten otros medios de prueba encaminados a complementar el escrito a acreditar que las partes literalmente lo celebraron, como en este caso la validez del contrato es independiente a su forma. Como lo sostiene el expositor Antonio Rocha: «En otras palabras, cuando el escrito se exige ad-probationem, el acto o contrato es válido sin necesidad de él, y entonces la ley admite otras pruebas» como son la confesión del obligado principal y el principio de prueba por escrito (La negrilla no es del texto original). Y cuando se exige ad-sustantiam actus, el escrito (otorgado con las formalidades legales) se necesita tanto para evitar la nulidad del acto, como para probar las obligaciones que de él nacen, y en su defecto la ley no admite ningún otro medio de prueba, ni la confesión, ni el principio de prueba por escrito, etc...³²

De igual forma, esta posición se establece en la sentencia de 15 de mayo de 1992 (magistrado ponente Dr. Alberto Ospina Botero), la cual establece:

Aquí es preciso aclarar, porque cuando espera que el contrato de fletamento se «probará por escrito», esta afirmación no está indicando que dicho negocio jurídico sea solemne y que, por ende, deba entenderse que la configuración «por escrito», sea un elemento «ad-sustantiam actus», sino apenas una exigencia ad-probationem, como acontece igualmente para el contrato de transporte marítimo (Art.1578)³³.

³² *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 224, 25 de mayo de 1990, p. 573 y 574.

³³ *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXI, N° 247, 15 de mayo de 1992, p. 515.

De lo anotado hasta el momento queda claro que el contrato de seguro es un contrato con formalidad *ad probationem*, y como tal debe tenerse al momento de la interpretación de las normas que lo regulan.

CONCLUSIONES

El contrato de seguro al ser reformado por la Ley 389 de 1997 fue concebido como un contrato consensual, con restricción probatoria. Sin embargo, el carácter *ad probationem* que tiene permite probar su existencia por todos los medios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin y sólo excluyendo, en principio, el testimonio, que recién recupera su fuerza probatoria cuando al proceso aparezca acompañado de un principio de prueba por escrito; o en el evento que haya sido imposible para las partes procurarse el documento por imposibilidad física o moral o siempre que se haya demostrado la destrucción o pérdida del escrito (estas excepciones serán objeto de otro estudio).

Por todo lo anterior, no se podrá decir que el artículo tercero restringe a sólo dos (escrito y confesión) los medios de prueba del contrato de seguro, ya que se desconocería la norma sustancial que propone un contrato consensual que se perfecciona y, por ende, nace a la vida jurídica con el solo acuerdo de voluntades entre asegurador y tomador. Debe entenderse que el legislador al predeterminar dos medios de prueba lo que quiso fue darle seguridad al contrato, entiendo éste como de gran importancia para el ordenamiento jurídico nacional.