

# EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA.

CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA.

8. EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA  
AUTOR: CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA  
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB  
FECHA DE RECEPCIÓN: 14/06/2004

**RESUMEN:** Con la promulgación de la ley 389 de 1997 que introdujo una de las más sustanciales modificaciones en la institución del seguro en toda su historia, como fue el cambio de contrato solemne por consensual y su limitación probatoria al documento escrito y la confesión, la actividad previa al perfeccionamiento del contrato, el acuerdo de voluntades y su prueba, adquieren matices diferentes desde el punto de vista legal y con novísimas implicaciones que no tienen claridad en la ley ni consenso en la doctrina.  
**KEY WORDS:** contracts, insurance, law, confession

**ABSTRACT:** With the promulgation of the 1997 law 389 that introduced one of the most substantial modifications in the institution of the insurance in all its history, as it were consensual the solemn contract change by and its probatory limitation to the written document and the confession, the previous activity to the improvement of the contract, the agreement of wills and its test, acquire different shades from the legal point of view and latest implication that does not have clarity in the law nor consensus in the doctrine

## INTRODUCCIÓN.

### 1. CONCEPTO Y PLAN.

**C**on la promulgación de la ley 389 de 1997 que introdujo una de las más sustanciales modificaciones en la institución del seguro en toda su historia, como fue el cambio de contrato solemne por consensual y su limitación probatoria al documento escrito y la confesión, la actividad previa al perfeccionamiento del contrato, el acuerdo de voluntades y su prueba, adquieren matices diferentes desde el punto de vista legal y con novísimas implicaciones que no tienen claridad en la ley ni consenso en la doctrina.

No pretendemos entrar en el detalle de los antecedentes de estos cambios legislativos en el derecho comparado como en la esfera nacional, más sí en la interpretación y aplicación de las nuevas normas con fundamento en las opiniones de tratadistas nacionales y

extranjeros, a veces distantes entre sí, pero con interesantes y útiles argumentaciones para tomar partido por una u otra posición doctrinaria. Lamentablemente, dada la reciente aparición de estas normas legales, no existe aún jurisprudencia que nos sirva para este propósito.

El tema, partiendo del mismo título, luce simple. Pareciera ser el desarrollo de las implicaciones de la consensualidad del contrato de seguro y las características de una tarifa legal probatoria por la limitación al escrito y la confesión; pero no es así. El inmenso tráfico comercial del seguro con miles de cotizaciones y acuerdos a diario, un sinnúmero de personas participantes entre tomadores, asegurados, beneficiarios, afianzados, aseguradores e intermediarios, considerables intereses económicos involucrados y profundas implicaciones sociales, amén de ser un contrato complejo con un extenso régimen legal y de múltiples estipulaciones generales y particulares, crean toda suerte de controversias con el grave y latente defecto del desconocimiento, a todos los niveles de la actividad aseguradora, de las normas que regulan la materia y la renuencia a emprender su estudio. La experiencia nos demuestra que la mayoría de los litigios en materia de seguros, se originan en la precaria determinación durante la etapa formativa de los aspectos sustanciales del aseguramiento de la persona o de su patrimonio.

Nos detendremos en primer término, en los tratos precontractuales (sección I), que incluyen las negociaciones preliminares y la oferta, temas de escaso desarrollo en los textos de seguros y de alta incidencia en el desenvolvimiento del vínculo jurídico. Desafortunadamente, aspectos tan importantes como la responsabilidad por la ruptura abrupta, la irrevocabilidad de la propuesta y sus términos de vigencia, pasan desapercibidos por el manejo poco cuidadoso de las cotizaciones de seguros.

Pasaremos a continuación a la fase del perfeccionamiento del contrato de seguro (sección II), vale decir, al acuerdo con las modalidades de aceptación de la oferta y las diferentes vigencias que pueden ser acordadas.

Analizaremos luego la prueba del contrato (sección III), con sus limitaciones en los medios autorizados por la ley, punto de discordancia entre la doctrina y la jurisprudencia nacional, así como de agudas variaciones en el derecho comparado.

Por último, incluimos el tema del papel del intermediario de seguros (sección IV), de profunda incidencia en la formación y prueba del contrato y con marcadas diferencias en la doctrina sobre la calificación de su actividad.

Constituye este trabajo una modesta pretensión por dilucidar algunos detalles en el perfeccionamiento del contrato de seguro, tema que hemos seleccionado ante la incertidumbre que ellos generan en todos los estamentos de la actividad aseguradora.

## Sección I

### LOS TRATOS PRECONTRACTUALES.

#### 2. LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES.

Generalmente en el seguro no hay una propuesta inmediata ni mucho menos el contrato se forma de manera instantánea, sino que está antecedido de conversaciones entre el asegurador y el potencial tomador con la colaboración del intermediario de seguros, dilatadas a veces ante la complejidad de los riesgos que serán objeto de aseguramiento. Oferta y contrato son la culminación de un itinerario en el que se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes. En esta etapa se recopila la información sobre bienes asegurables y su valor, se efectúan las inspecciones en los seguros de daños y se realizan los exámenes médicos en los seguros de personas, se obtienen datos de siniestralidad, se analiza la solvencia moral y material del cliente, se adelantan estudios de administración de riesgos en la industria, se contactan los reaseguradores para obtener respaldo en el aseguramiento, en fin, se llevan a cabo todos los trámites necesarios para la estructuración de una propuesta completa que conduzca a un acuerdo de mutuo beneficio.

De esta manera, las negociaciones preliminares son los actos que realizan tanto el asegurador como el posible tomador, para definir los términos en que uno u

otro harían una oferta de seguro a su eventual contratante. Son actos de acercamiento y que constituyen el camino (*iter contractus*) que lleva a la perfección de contrato

Desde que las partes entran en las tratativas precontractuales, asumen deberes secundarios de conducta, sustentados en reglas de convivencia y de solidaridad social y que son manifestaciones de la buena fe que rige todo contrato en su fase previa y de ejecución<sup>1</sup>.

### 3. EL DEBER DE INFORMACIÓN.

Dentro del deber general de cooperación en esta etapa, cobra especial importancia el deber de información que corresponde al posible tomador porque de ahí pueden surgir futuras nulidades del contrato. La materia de que trata el seguro y las circunstancias atinentes al riesgo, deben ser conocidas por ambas partes para preservar la relación de equivalencia al tiempo de perfeccionamiento del contrato. El fundamento de este deber halla su fuente en la desigualdad de los conocimientos sobre las circunstancias relevantes del riesgo que será objeto de aseguramiento. Si la relación está basada en la confianza, el deber de información se acentúa más<sup>2</sup>. Cuando estamos ante una declaración inexacta o reticente que influyó al asegurador para una decisión que no habría tomado, o que sería diferente bajo el conocimiento de la situación real, el vínculo nace a la vida jurídica viciado por un error en el consentimiento, independiente del dolo o la culpa del declarante. La imposibilidad, en muchas ocasiones, para el asegurador de conocer el estado verdadero del riesgo a asumir, lo dejan para su decisión al sometimiento de las declaraciones de su interlocutor o de terceros. De ahí la suma importancia que la ley confiere a la veracidad de las declaraciones del potencial tomador con sanciones como la nulidad del contrato, o aún sin culpa la reducción del monto indemnizatorio<sup>3</sup>.

Pero el deber<sup>4</sup> no es sólo del futuro tomador, el asegurador debe además procurar toda la información que su actividad, como la parte profesional en la negociación le exige, para un cabal conocimiento del estado del riesgo y hará uso adecuado de ella, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones es de carácter privilegiado.

Se le exige que sea diligente, que use de esos especiales conocimientos que debe tener en razón de ser un profesional, a fin de percatarse del estado real del riesgo<sup>5</sup>. Las reticencias u omisiones no culposas del tomador no generan nulidad del contrato, si el asegurador por no cumplir a su turno con la obligación de informar no le dio herramientas para que este describiese en forma correcta el estado del riesgo<sup>6</sup>.

### 4. LA RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES.

Toda negociación debe estar enmarcada en la inquebrantable buena fe, es el deber de proceder bajo este principio en el período precontractual so pena de la indemnización de perjuicios<sup>7</sup>. Se trata de sancionar la culpa o el dolo de quien rompe abruptamente las negociaciones, asumiendo un comportamiento contrario al deber de lealtad y será en consecuencia responsable ante el perjudicado.

La indemnización tiene su fuente en el hecho y no en el acto jurídico y por ende, no incluye los perjuicios derivados de la falta de conclusión del contrato. Se trata de una indemnización integral circunscrita al daño emergente, entendiéndose como tal los costos, inversiones y gastos incurridos por el afectado durante esas negociaciones preliminares (interés negativo contractual, es decir, por la falta de conclusión injustificada del contrato), incluyendo la corrección monetaria por la devaluación monetaria sobre dicho monto, y de otro lado, la pérdida de ganancias o beneficios ciertos que haya dejado de obtener por habersele impedido la especial explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal de gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias con fundamento en la perspectiva de aquel contrato proyectado, que injustificadamente se frustrara, todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado. La indemnización ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos, efectiva y válidamente realizados<sup>8</sup>-.

Pero la responsabilidad y consecuente indemnización no se derivan de cualquier acto que interrumpa las negociaciones, puesto que es necesario un

comportamiento culpable, es decir, una falta de voluntad para culminar útilmente el ciclo negocial. Es la llamada *culpa in contrahendo*<sup>9</sup> considerada en sus comienzos como de naturaleza contractual y de aplicación solamente para los contratos nulos, pero hoy se tiene como un hecho dentro de la responsabilidad precontractual que a su vez es una aplicación de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que el contrato no existe todavía<sup>10</sup> y aplicable no sólo a los casos de nulidad o falta de validez del contrato, sino además a la interrupción o cesación de las conversaciones preliminares.

Pueden darse varias razones para un rompimiento justificado por parte del asegurador, por ejemplo, limitaciones del mercado reasegurador por pérdidas técnicas a causa de alta siniestralidad, dudas sobre la solvencia moral de su interlocutor, los riesgos por fuera de sus políticas de suscripción, y por parte del potencial tomador, por ejemplo, su insuficiente capacidad financiera, otras mejores perspectivas de negociación, la desconfianza en la solvencia del asegurador.

El incumplimiento del deber de información también puede generar responsabilidad a cargo de la persona que la omitió o falseó. De un lado, puede ser la causa de un rompimiento de las negociaciones y entonces el culpable debe responder con la indemnización de perjuicios, pero también es responsable quien suministró una declaración inexacta o reticente que origina la nulidad del contrato y en consecuencia se le sanciona con la retención de la totalidad de la prima<sup>11</sup>.

Sin embargo, es factible la exoneración de responsabilidad por una ignorancia excusable o legítima debido a las características técnicas del riesgo, o porque el objeto asegurable no se encuentra en su poder o sencillamente por la ineptitud de la persona para informarse<sup>12</sup>.

Como la buena fe se presume, corresponderá al afectado demostrar el dolo o culpa del responsable de la ruptura negocial o de la información deficiente, así como la cuantía de los perjuicios sufridos. Lo que no puede permitirse es la impunidad de la mala fe porque si así fuese, las negociaciones preliminares se convirtiesen en un juego y en una etapa intrascendente.

## 5. LA OFERTA.

Como resultado de las negociaciones preliminares nace la oferta<sup>13</sup>, que no es otra cosa que la invitación a otra persona a celebrar una convención y cuando esta persona acepta se forma el consentimiento, vale decir, se produce el acuerdo de voluntades, en tratándose de contratos consensuales como lo es el de seguro.

El ordenamiento civil nada dice con respecto a la oferta y por ello es preciso acudir a la legislación mercantil que tiene una detallada reglamentación sobre el tema para todo tipo de contratos, porque no hay normas específicas sobre la materia para el contrato de seguro.

La oferta puede ser verbal o escrita e informada a su destinatario por cualquier medio idóneo<sup>14</sup>, y aunque la ley no menciona cuáles son los medios adecuados para hacer conocer la oferta, se considera que son aquellos que producen en el oferente la convicción de que, en condiciones normales, la oferta llegará al destinatario. Por ejemplo, el correo, el mensajero, el fax, el correo electrónico, los servicios postales estatales, etc.<sup>15</sup>. De la consideración del medio utilizado y de su calificación como medio idóneo, depende su irrevocabilidad según veremos más adelante.

La oferta, además de expresa, también puede ser tácita, mediante hechos cuya ejecución permita inferir la voluntad de proponer una convención.

La oferta proviene generalmente del asegurador mediante una cotización y con la intervención de un intermediario de seguros, además, porque la fijación de la prima a cobrar es el resultado de su análisis sobre las probabilidades del riesgo efectuado por aquél. Excepcionalmente, se presenta una propuesta por parte del tomador con todos los requisitos que señala la ley, incluyendo la prima. Sería el caso de una solicitud al asegurador para que acepte asumir el riesgo en las mismas condiciones ofrecidas por otro asegurador<sup>16</sup>.

Se considera que hay oferta si con la sola aceptación del destinatario se perfecciona el contrato, sin ulterior declaración del oferente<sup>17</sup>.

## 6. LA COMUNICACIÓN DE LA OFERTA.

Una vez comunicada la oferta, el proponente no podrá retractarse<sup>18</sup>, en otras palabras, podemos decir que a partir de la comunicabilidad, la oferta produce plenos efectos. Las diferentes escuelas que defienden o no la obligatoriedad de la oferta, la clásica francesa, la moderna alemana y la ecléctica colombiana, coinciden en que la oferta no empieza a producir efectos sino desde el momento en que es efectivamente conocida por el destinatario<sup>19</sup>, otros por el contrario, niegan este sistema de información y se acogen al sistema de expedición, es decir, no se requiere que el destinatario la conozca sino que el oferente emplee los medios adecuados para comunicársela<sup>20</sup>. Nos parece más adecuado y lógico éste último sistema, ante la imposibilidad práctica de establecer con certeza la fecha exacta en que el destinatario conoció la propuesta. Se ha establecido la presunción *iuris tantum* de que el conocimiento se adquiere inmediatamente se recibe el mensaje, como lo haría un hombre prudente y diligente que conoce de inmediato los mensajes que recibe<sup>21</sup>.

## 7. EL CONTENIDO DE LA OFERTA.

La oferta debe contener los elementos esenciales del contrato de seguro que se propone y la aceptación del destinatario también versará sobre ellos. Dichos elementos son: 1) el interés asegurable, 2) el riesgo asegurable, 3) la prima y 4) la obligación condicional del asegurador<sup>22</sup>.

Respecto del interés asegurable, como causa del contrato, no es necesario expresarlo<sup>23</sup> y basta que sea lícito porque no hay ninguna póliza en que se especifique la clase de interés que tiene el asegurado<sup>24</sup>, y el asegurador acostumbra constatar su existencia sólo al momento de recibir el aviso o la reclamación por siniestro.

En cuanto al riesgo asegurable, es necesario identificarlo para establecer el alcance de la obligación del asegurador, aun cuando se puede deducir de la prima cotizada. La prima o el factor para establecerla, no admite duda sobre su fijación.

Y la obligación condicional del asegurador, más que elemento esencial es un efecto del mismo contrato, es una consecuencia del objeto social de todo asegurador, por lo tanto, no es necesaria su mención expresa en la propuesta.

Por el contrario, aunque la ley no los menciona, hacen falta la estipulación del valor asegurado y la determinación de la vigencia del contrato.

Si falta uno de estos elementos esenciales, que en conclusión se limitan a la prima<sup>25</sup> y al riesgo asegurable, la oferta no existe. No pensemos que deviene en una propuesta de contrato diferente por el defecto de uno de sus elementos esenciales<sup>26</sup>, porque no hay ninguno en nuestra legislación que se le asimile al seguro.

## 8. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA.

La propuesta es irrevocable y si el proponente se retracta, una vez comunicada, debe indemnizar los perjuicios causados al destinatario<sup>27</sup>. Esta característica de la obligatoriedad de la oferta es aceptada unánimemente por la doctrina, aún en aquellos regímenes donde no se señala como un imperativo legal<sup>28</sup>. En nuestro medio no ofrece duda alguna, máxime cuando la legislación acepta los actos jurídicos unipersonales o unilaterales dotados de valor normativo, la oferta entre ellos.

Luego, si el proponente se retracta en el lapso entre la comunicación de la oferta y el vencimiento de plazo de validez, sin que exista un pronunciamiento previo, expreso o tácito, del destinatario, este tiene una acción de resarcimiento por los perjuicios sufridos con la retractación, acción precontractual y por ende de carácter extracontractual (culpa aquiliana)<sup>29</sup>. En esto consiste la fuerza obligatoria de la oferta<sup>30</sup>. Pero es condición de la irrevocabilidad que el destinatario de la oferta no la haya aceptado o rechazado, porque si ya aceptó, quiere decir que el contrato quedó perfeccionado y si la rechazó, la propuesta ya perdió su validez y no existe compromiso alguno para el oferente.

## 9. EL PLAZO DE VALIDEZ DE LA OFERTA.

La oferta no puede ser un acto de duración indefinida. Si la oferta es verbal o telefónica, debe ser aceptada en el acto de oírse<sup>31</sup>, en otras palabras, no tiene ningún plazo de validez, y si no se aceptó de inmediato en el mismo momento de ser presentada, se tiene como rechazada. Una respuesta por fuera de este límite de tiempo es una nueva oferta, en que el anterior destinatario asume el papel de oferente y viceversa.

En la oferta escrita el plazo de validez es convencional, pero si no se dice nada por parte del proponente, se considera que tiene un plazo de validez de seis días a partir de la fecha de la propuesta<sup>32</sup> y para evitar equívocos y situaciones injustas para el destinatario, se debe aplicar el sistema de expedición, es decir, se toma como punto de partida la fecha de envío por parte del asegurador, o del tomador si es el caso, independientemente de la fecha de la carta o la fecha de recibo por el destinatario. Ya veremos más adelante como se da una solución similar a la fecha de aceptación de la oferta que perfecciona el contrato de seguro.

Si el proponente reside en lugar distinto al destinatario, se adiciona a los seis días el término de la distancia calculado sobre el medio de comunicación utilizado por el proponente<sup>33</sup>. Con la tecnología actual de la comunicación, estas disposiciones en cuanto al término de la distancia se tornan obsoletas, porque con el fax, el módem, el correo electrónico, la recepción se produce el mismo día del envío. Sólo se aplicarían en los casos de remisiones por correo postal y eso con el aumento de muy pocos días que tarda este medio de comunicación.

## 10. LA POLICITACIÓN.

Se da este nombre a la oferta dirigida al público en general sin determinación de personas<sup>34</sup> y con un tratamiento diferente para la oferta en particular que hemos visto.

En materia de seguros es excepcional una modalidad de oferta como la policitación. Por el carácter personalísimo de este contrato, las propuestas están dirigidas a

personas determinadas, luego siempre serán obligatorias<sup>35</sup> y si se dan ofertas a personas indeterminadas, por sus mismas características, cual es la determinación pública de las coberturas ofrecidas y el claro compromiso de parte del proponente, también tienen el carácter de irrevocables.

## 11. LA RESPONSABILIDAD POR LA RETRACTACIÓN.

Al igual que en el rompimiento abrupto de las negociaciones, se presenta una responsabilidad para el oferente que se retracte durante el plazo de validez de la oferta, valga decir entre el conocimiento de ésta por el destinatario y la fecha de expiración del término para aceptarla. De aquí surge el derecho a una acción indemnizatoria de los perjuicios probados, tal como lo mencionamos anteriormente (*supra* 4).

Constituye culpa hacer creer que uno está en condiciones de suscribir un contrato, cuando en realidad ello no es así. Quien interviene en la celebración de un acto jurídico debe obrar (*in contrahendo*) con la honestidad, la diligencia y el cuidado necesarios para que los otros no sufran perjuicios<sup>36</sup>.

Mencionemos las diversas hipótesis<sup>37</sup> que se pueden presentar como causantes de perjuicios en el ciclo de las negociaciones preliminares y que originan sin duda alguna una responsabilidad extracontractual:

- a. El contrato es nulo y una de las partes conocía de la causal de invalidez pero la ocultó, inclusive así desconociere el vicio que debería conocerlo si hubiese obrado con diligencia. Es el supuesto que originara la teoría de la *culpa in contrahendo*. No podemos pensar en una responsabilidad contractual porque uno de sus requisitos es que estemos frente a un contrato válido. Hay una obligación de resarcimiento que, en materia de seguros, una vez ocurrido el siniestro entre el supuesto acuerdo y la declaratoria de nulidad, se extiende al pago de la indemnización de las pérdidas sufridas por el asegurado a consecuencia del mismo. Así como la ley castiga severamente al tomador por la declaración inexacta o reticente, aún por error inculpable, de igual manera

**Sección II****EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO.****12. LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.**

Cuando el destinatario acepta la oferta simple y llanamente, sin condiciones y dentro del plazo de validez de la misma, nace el acuerdo a la vida jurídica. En caso de una respuesta con condicionamientos o extemporánea, se considera que hay una nueva oferta.

La oferta puede ser aceptada de manera expresa o tácita, bien sea mediante una respuesta positiva o por hechos inequívocos de ejecución del contrato propuesto. En materia de seguros serían muestras de aceptación, por ejemplo, el pago de la prima, o la inspección del vehículo establecida por el asegurador como requisito para su aseguramiento, o el diligenciamiento del formulario de lavado de activos exigido por la Superintendencia Bancaria a todo cliente vinculado por un asegurador, o la instalación de alarma dada en comodato por el asegurador.

En nuestro medio no existe la aceptación de la propuesta por el silencio o la inacción del destinatario. El oferente no puede poner a cargo del destinatario una obligación que éste no aceptaría, es decir, la obligación de responder negativamente dentro de cierto plazo. Somos libres de responder o de no responder ante una oferta de contrato<sup>39</sup>.

El contrato se entiende celebrado cuando el proponente reciba la aceptación de la oferta<sup>40</sup> pero como resulta difícil establecer el momento preciso de esta recepción, se presume haberla recibido cuando el destinatario pruebe su remisión, es decir, cuando demuestre que envió la carta o el fax<sup>41</sup>. Esta presunción admite prueba en contrario.

No hay acuerdo si no hay concordancia entre el objeto de la aceptación y el objeto de la oferta, que como ya vimos, corresponde a los elementos esenciales del contrato de seguro. Si hay desacuerdo sobre los elementos accesorios, por

se debe imponer similar castigo al asegurador cuando dolosa o culposamente dé lugar con su actitud a la nulidad del contrato.

- b. Las negociaciones fueron iniciadas de mala fe sin el propósito de culminar en un acuerdo, en lo que se considera como un rompimiento abrupto e injustificado. La indemnización de perjuicios se fundamenta en la norma legal que rige la buena fe precontractual<sup>38</sup> y comprende tanto el daño emergente, es decir, los gastos incurridos durante esa fase por la parte perjudicada, como el lucro cesante consistente en las ganancias dejadas de percibir por no haber realizado por otro lado ese acuerdo. En seguros sería el caso del mayor valor de prima pagado a otro asegurador posteriormente. No vemos posible la indemnización por siniestro ocurrido durante esta etapa anterior al contrato, porque aún no se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades y por ende, no nace la obligación con cargo al asegurador en este sentido.
- c. Si se presentan daños o lesiones en la etapa de conversaciones preliminares, supongamos las heridas al inspector de riesgos durante la visita a las instalaciones del potencial asegurado, nos encontramos ante una obligación indemnizatoria de naturaleza extracontractual, si se cumplen los requisitos necesarios para concluir en una eventual responsabilidad.

ejemplo, la fecha de pago de la prima, el contrato está perfeccionado y nació a la vida jurídica porque hay consenso sobre lo esencial.

### 13. EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO.

Asunto trascendental en materia de aseguramiento, lo constituye la determinación del momento en que se considera celebrado el acuerdo y a partir de cuándo comienza el asegurador a asumir los riesgos. Y es tan sensible el punto, que en un margen de horas o minutos se puede destruir un patrimonio sin contar aún con la cobertura esperada.

En el contrato de seguro debemos distinguir dos momentos específicos: de un lado, la celebración del acuerdo con la aceptación de la oferta, que vimos en el numeral anterior, y de otro lado, la asunción del riesgo por el asegurador que, a falta de estipulación contractual, la ley establece que comienza a la hora veinticuatro del día de perfeccionamiento del contrato<sup>42</sup>. Luego, si nada se pacta -como usualmente sucede- sobre el día y hora en que inicia la cobertura, el asegurado queda sin protección hasta la medianoche de la fecha de aceptación de la cotización.

Es frecuente la aceptación de la oferta e incluso con la ratificación del asegurador -directamente o por su intermediario- sobre el inicio de la cobertura en ese mismo instante. Se supone que jurídicamente el contrato ya quedó perfeccionado, pero hay un grave inconveniente de orden probatorio, porque, en caso de presentarse un siniestro inmediatamente después sin póliza expedida ni otro medio indicativo de la aceptación de la propuesta, el asegurado tendrá problema en obtener la indemnización si el asegurador se niega a aceptar el otorgamiento de la cobertura.

De ahí la necesidad de establecer de manera concisa y por escrito, el momento en que el asegurador comienza a asumir los riesgos, para evitar esos lapsos de tiempo de total desprotección.

### 14. LA INICIACIÓN DE LA COBERTURA.

Ya hemos visto que la cobertura puede iniciar, por voluntad de las partes, en el mismo instante del perfeccionamiento del contrato de seguro o en su defecto, a las veinticuatro horas de ese día.

Se plantea entonces la inquietud, si las partes pueden condicionar la iniciación de la cobertura a un hecho posterior, como el pago de la prima o la expedición de la póliza. Para algunos, contraría disposiciones legales<sup>43</sup>, para otros, es perfectamente viable<sup>44</sup>.

Debemos diferenciar -como lo hacen quienes apoyan la tesis- entre la vigencia formal y la vigencia técnica o material. La primera se refiere a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la segunda al inicio de la cobertura. Nada impide que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden aplazar el comienzo de la cobertura o condicionarlo a un hecho futuro, como el pago de la prima o la expedición de la póliza. Pero es contrario a derecho, someter el perfeccionamiento del contrato a una condición diferente al consentimiento o acuerdo de voluntades, porque desvirtúa el principio de la consensualidad. Las partes pueden subordinar la cobertura al pago de la prima pero de un contrato ya perfeccionado, por cuanto el pago de la prima es una obligación incluida en su ejecución. Una estipulación contractual que condicione el perfeccionamiento del contrato de seguro al pago de la primera prima, altera su naturaleza imperativamente consensual en su intento de convertirlo en un contrato real. El contrato de seguro no es formal, de acuerdo con la ley, no se requiere solemnidad alguna para su perfeccionamiento.

En el seguro de vida existe un vacío, dado que no se establece término de pago de la primera prima y se prohíbe la posibilidad para el asegurador de exigirla judicialmente<sup>45</sup>. Algunos han interpretado esta disposición como que el asegurador no asume riesgo alguno y no está obligado a pagar ningún siniestro si no ha recibido el pago de la prima<sup>46</sup>. Pero esto no lo dice la norma citada, y no podemos hacer esta interpretación totalmente ajena al sentido de las palabras por razones de equidad. Las normas supletivas sobre la vigencia del riesgo y el plazo de pago

de la prima<sup>47</sup> hacen parte del capítulo de los principios comunes a los seguros terrestres y por ende, tienen aplicación tanto para los seguros de daños como para los seguros de personas y dentro de estos, concretamente para los seguros de vida. Luego, si no se pactó nada sobre la vigencia técnica, el asegurador asume los riesgos, y entre ellos el de muerte, a la medianoche del día de perfeccionamiento del contrato de seguro y si nada se dijo sobre la primera prima, esta deberá ser pagada dentro del mes siguiente a la fecha de entrega de la póliza al asegurado. De esta manera se le da aplicación a las dos normas supletivas, a falta de estipulación contractual, y que no pueden ser descartadas por una interpretación no debida de otras disposiciones legales.

### Sección III

## LA PRUEBA DEL CONTRATO

### 15. LA PRUEBA ESCRITA Y LA CONFESIÓN.

Nuestro legislador, preocupado por la seguridad jurídica del contrato de seguro que se ve amenazada por la consensualidad y queriendo garantizar la seriedad de la manifestación de voluntad y facilitar su demostración, estableció una prueba tasada o legal como sistema de valoración al limitar su probabilidad probatoria al documento escrito<sup>48</sup> o la confesión<sup>49</sup>.

La complejidad del vínculo contractual, la permanencia en el tiempo, la cantidad de cláusulas generales y particulares con su lenguaje técnico, las implicaciones sociales, entre otros, constituyen algunos de los factores para exigir el medio escrito como el mecanismo más razonable de garantía para el desarrollo de este tipo de relación comercial<sup>50</sup>.

Sin embargo, por las razones que más adelante analizaremos, hubiese sido más conveniente acoger la legislación argentina sobre la prueba del contrato de seguro<sup>51</sup>, que admite, además del escrito, otros medios de prueba si hay principio de prueba por escrito<sup>52</sup>.

Esta tasación legal de la prueba no puede considerarse opuesta al principio moderno de la sana crítica<sup>53</sup>, porque no se ha establecido una limitación en la apreciación de la prueba sino que se han restringido los medios probatorios al escrito y la confesión. Algunos han llegado hasta el punto de opinar que de esta manera se llega nuevamente al régimen de la solemnidad<sup>54</sup>.

Otros, por el contrario, lo consideran la mayor contribución al logro de la seguridad jurídica constituyendo un poderoso medio de desinfección del proceso contra los bacilos de las pruebas falaces<sup>55</sup>. Se ha adoptado incluso una estructura con base en lo que el legislador, sin decirlo, estableció como ordenación jerárquica en la tasación de la prueba: en el cenit (hipervaluación) el documento y la confesión, y en el nadir (hipovaluación) los testigos y las presunciones. Se ve

con malos ojos en la práctica judicial todo lo que tenga que ver con estos dos últimos medios de prueba<sup>56</sup>, mientras que el escrito tiene pocas probabilidades de manipulación como sí las puede haber en los testigos.

Muy poco hay que anotar sobre la confesión, porque es natural que si se presenta entonces no habrá controversia. Debemos precisar que para su validez, la confesión debe provenir del representante legal del asegurador mientras esté en el ejercicio de sus funciones y de otro lado, el valor casi nulo que tiene la confesión extrajudicial por el alto riesgo que representa en cuanto al grado de convicción y de certeza.

#### 16. LA PRUEBA ESCRITA O EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

El legislador quiso subordinar la certeza del derecho a un requisito de forma: la escrita, medio que vincula el criterio del juez con la sentencia, aún con prescindencia de su convicción personal sobre otros elementos de prueba allegados proceso, exceptuando la confesión. De ahí que lo ideal hubiese sido, insistimos, una prueba instrumental (principio de prueba por escrito sumado a otro medio probatorio), incluso con carácter subsidiario si no se tiene la prueba escrita.

La oferta escrita y su aceptación por el mismo medio, sirven de prueba del contrato de seguro así no se haya expedido aún la póliza. Pero cuando tanto la oferta como su aceptación son verbales, o la oferta es escrita y su aceptación es verbal, aunque el contrato nace a la vida jurídica surge un problema de orden probatorio porque no existe el escrito en el cual conste ese acuerdo de voluntades. Debemos recurrir entonces, a los principios de prueba escrita así no exista la plena prueba de esta naturaleza según veremos a continuación.

La doctrina nacional ha sostenido que el escrito debe contener todos los elementos esenciales del contrato<sup>57</sup>, o de lo contrario, faltando alguno (s) no puede ser considerado por el juez como una prueba válida. Sin embargo, debemos insistir en nuestras apreciaciones sobre estas exigencias que hicimos al contenido de la oferta (*supra*, 7) y que se resumen en lo siguiente: el interés asegurable se

puede obviar por disposición del artículo 1524 del Código Civil, el riesgo asegurable se puede deducir de la prima a cobrar o al menos se supone, como mínimo, el otorgamiento de los amparos básicos del ramo correspondiente (por ejemplo, hurto con violencia en sustracción, responsabilidad civil en automóviles, daño accidental en equipo electrónico o rotura de maquinaria, etc.), la obligación condicional del asegurador, obviamente, está involucrada en el objeto social de todo asegurador y de ahí que sólo la prima, en estricto sentido, sería el elemento que no debería faltar en todo documento contentivo de la oferta o que sirve de prueba sobre la existencia del contrato de seguro<sup>58</sup>.

En concepto del ilustre maestro Antonio Rocha Alvira<sup>59</sup>, es posible admitir el principio de prueba por escrito cuando la ley exige el escrito como *ad probationem*<sup>60</sup>. Nuestra legislación sólo hace mención del principio de prueba por escrito en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil y que era definido por la legislación civil ya derogada como "un acto escrito del demandado o de su representante, que no bastase para acreditar plenamente el hecho litigioso, pero que si lo hiciera verosímil"<sup>61</sup>.

El documento escrito no requiere de unidad de contexto y puede estar conformado por varios escritos de características, fechas y otorgantes diferentes, y tener entre todos el mérito para demostrar la existencia de un contrato de seguro. De esta manera, se pueden reunir la oferta escrita y el recibo de pago de la prima, o el informe de inspección y el recibo de pago de la prima, como manifestaciones de un acuerdo de voluntades y con ellos demostrar la existencia del vínculo jurídico. Incluso podríamos agregar que un principio de prueba por escrito —el recibo de pago de la prima, el informe de inspección realizado y aprobado por un funcionario del asegurador, el cumplimiento de garantías exigidas por el asegurador, etc.— acompañados de otros medios probatorios como el testimonial o los indicios que conduzcan a la plena convicción de un acuerdo entre tomador y asegurador, deben ser considerados, en su conjunto, como un medio probatorio, idóneo y suficiente.

Más que la distinción entre elementos esenciales y accidentales para sostener que el contrato se considera concluido sólo si falta alguno de estos últimos, es más seguro proceder a la distinción entre la hipótesis de que la falta de plenitud

del acuerdo se reduce a la ausencia de previsión de puntos que no requieren de una regulación específica o que pueden ser regulados por los medios ordinarios de integración contractual (normas supletorias, usos, etc.); y de la hipótesis contraria, en la que falta y no puede suplirse la disciplina de elementos que deben ser regulados por los propios contratantes, caso en el cual, sin lugar a dudas, debe considerarse el contrato como inexistente<sup>62</sup>.

Debemos agregar además, que los avances en la comunicación permiten la utilización de novedosos medios de mensajes de datos considerados por nuestra legislación<sup>63</sup> como idóneos y de plenos efectos jurídicos, a saber: el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telefax, entre otros. Esta normatividad permite la realización por vía electrónica de todos los actos que se pueden llevar a cabo en la fase contractual, tales como las negociaciones preliminares y la oferta, además, el perfeccionamiento del acuerdo y aún hasta la suscripción de la póliza, con la validez legal de la firma digitalizada del asegurador que no preste duda alguna sobre su identificación<sup>64</sup>. Una ventaja más, es la eficacia probatoria como medio escrito de todos los mensajes de datos, con la sola condición de un contenido accesible para posterior consulta<sup>65</sup>. Igualmente el mensaje de datos cumple con el requisito de presentación y conservación de la información en su forma original, siempre y cuando exista alguna garantía de confiabilidad sobre la conservación de su integridad y que la información pueda ser presentada a quien la requiera<sup>66</sup>.

Sin embargo, ha de tenerse especial cuidado con la vulnerabilidad de la jurisdicción territorial cuando se contrata con aseguradores extranjeros sin asiento en el país del tomador. Estaríamos frente a una causal de desprotección del asegurado y de ahí la necesidad, no sólo de un estricto régimen de control estatal, sino también una amplia información a los tomadores en las ofertas y en las condiciones de contratación para garantizarle la cabal protección de sus derechos.

## 17. LA PÓLIZA COMO PRUEBA Y OTRAS UTILIDADES.

La póliza<sup>67</sup> perdió únicamente su característica *formal o ad solemnitatem* para el perfeccionamiento del contrato de seguro pero continúa siendo la prueba por

excelencia, la cual debe ser entregada en original al tomador dentro de los quince días siguientes a la celebración del contrato<sup>68</sup>. Es necesaria la expedición rápida de este documento porque da seguridad jurídica a las personas involucradas con la certeza del alcance y naturaleza de sus obligaciones, cargas y derechos. Lamentablemente las cotizaciones en nuestro medio son escuetas con la indicación simple de coberturas, deducibles y prima, sin mención de exclusiones y garantías, de ahí la sorpresa de los asegurados que ven limitadas y aún hasta eliminadas las coberturas por cláusulas no advertidas desde la oferta o de ambigua interpretación. Es muy frecuente la imposición de garantías preimpresas en las condiciones generales, sin advertencia al tomador/asegurado, a pesar de la exigencia legal de su inequívoca intención de otorgarla y de funestas consecuencias en las reclamaciones por siniestro<sup>69</sup>.

Ha cobrado fuerza la expedición de pólizas por medios electrónicos y con firma digitalizada, en razón del mercadeo masivo del seguro y la simplificación de los trámites de suscripción, modalidad sin inconvenientes desde el punto de vista de su validez jurídica, según lo anotamos anteriormente.

En caso de faltar la póliza, la ley permite acudir a los ejemplares depositados por el asegurador ante la Superintendencia Bancaria con el fin de determinar las condiciones del contrato que aparezcan expresamente pactadas. Esta es una alternativa de difícil aplicación porque, generalmente, se acuerdan condiciones particulares que no se registran en estos documentos en depósito, tales como deducibles, sublímites asegurados, valores agregados por reclamo y por vigencia, cláusulas de restablecimiento automático por siniestro, amparos de automaticidad para nuevos bienes, etc., etc. Por ello, reiteramos, la necesidad de una pronta y correcta expedición de las pólizas por parte de los aseguradores, tarea que no se cumple con la oportunidad y calidad deseadas.

Si la póliza se destruye o extravía, la ley faculta al tomador, asegurado o beneficiario para solicitar del asegurador una copia o duplicado de la misma<sup>70</sup>. Se eliminó así uno de los inconvenientes que surgían de la solemnidad del contrato de seguro, y era la dificultad en sustituir la póliza como el requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato.

Algunos autores sostienen que al perder el contrato de seguro su solemnidad de la póliza, es decir, al eliminarse como requisito para su perfeccionamiento, ya no debe ser tenido en cuenta el plazo que contempla el artículo 1066 del Código de Comercio para el pago de la prima (un mes a partir de la entrega de la póliza)<sup>71</sup>. Su fundamento radica en la consensualidad que genera obligaciones inmediatas para el asegurador y no es justo ampliar el plazo para el recaudo de la prima. No encontramos asidero para esta interpretación porque el citado artículo no ha sido modificado, se trata de una norma supletiva de tal manera que tiene primacía la estipulación entre asegurador y tomador y si al primero le parece excesivo el plazo legal, puede convenir su reducción y, por último, si el plazo se hace extiende por la demora en la expedición y entrega, se trata de un hecho atribuible al mismo asegurador. De tal modo, que no consideramos legal ni lógico, que a falta de estipulación contractual, sea dable cambiar el plazo supletivo legal de un mes a partir de la entrega de la póliza, por el de un mes a partir del perfeccionamiento del acuerdo.

#### **18. LA PRUEBA DE LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO Y DE LAS GARANTÍAS.**

Se han establecido varias opciones de prueba dependiendo de sí se trata de elementos esenciales o no esenciales del contrato, o de prórrogas, o de renovaciones, o de garantías<sup>72</sup>.

Consideramos que toda modificación al contrato, refiérase o no a sus elementos esenciales, así como sus prórrogas o renovaciones, entendiéndose las primeras como una extensión de vigencia por unos pocos días o meses, y las segundas como un nuevo período anual de vigencia posiblemente con nuevas condiciones, son consensuales pero con la limitación probatoria del escrito o la confesión. Aunque faltó el señalamiento expreso en este sentido en la ley 389 de 1997, es la interpretación más lógica y acorde con los fines prácticos que persigue este requisito *ad probationem*, cual es, la seguridad jurídica en el desarrollo de un contrato complejo y fuente permanente de controversias. No es posible que una cláusula de automaticidad de amparo o de deducibles o de aumento de

valor asegurado, de suma importancia en el análisis y liquidación de un reclamo, pueda ser excluida, dada su naturaleza, de la obligatoriedad de la prueba escrita. Ello sería una contradicción con los fines de la normatividad reciente.

Sobre las garantías, como el legislador no modificó el artículo 1061 del Código de Comercio que establece su inclusión en la póliza o en anexo a ella, se mantiene este requisito. Frecuentemente encontramos en las pólizas y en sus cláusulas generales, las exigencias de celadores, alarmas, marcación de vehículos, horario diurno para el transporte, tarjeta de propiedad a nombre del asegurado, equipos de rastreo satelital, etc., que no fueron acordadas con el asegurado y desconocidas por él, limitando o eliminando su derecho indemnizatorio por siniestro. Debería ser objeto de una disposición legal o, al menos, costumbre de los aseguradores mientras ello ocurre, la estipulación en escrito separado y firmado tanto por el asegurador como por el asegurado, de toda garantía porque constituye una obligación que debe obedecer a la voluntad expresa de éste último.

Cuando se presenta la renovación del contrato de seguro para una nueva vigencia – anual comúnmente- y en muchas ocasiones sólo se da mediante un anexo simple que indica la iniciación de un nuevo período de cobertura, consideramos que todas las condiciones generales y particulares del contrato, incluyendo las garantías y modificaciones anteriores, mantienen su vigencia. Así ha de entenderse la voluntad de las partes de mantener la relación contractual y en consecuencia, las variaciones hacia el futuro han de ser pactadas nuevamente. Luego, se pueden probar las condiciones del vínculo con la póliza inicial y sus anexos de modificación así correspondan a vigencias anteriores, siempre y cuando se haya mantenido la continuidad del contrato.

#### **19. LA DIVERGENCIA ENTRE EL ACUERDO PRELIMINAR Y LA PÓLIZA.**

En muchas ocasiones se presenta divergencia entre la voluntad del asegurado al aceptar la oferta y el texto de la póliza expedida con posterioridad, en razón, muchas veces, de los términos escuetos de la propuesta. Generalmente en la cotización no se relacionan los eventos excluidos de cobertura, ni las garantías,

Algunos autores sostienen que al perder el contrato de seguro su solemnidad de la póliza, es decir, al eliminarse como requisito para su perfeccionamiento, ya no debe ser tenido en cuenta el plazo que contempla el artículo 1066 del Código de Comercio para el pago de la prima (un mes a partir de la entrega de la póliza)<sup>71</sup>. Su fundamento radica en la consensualidad que genera obligaciones inmediatas para el asegurador y no es justo ampliar el plazo para el recaudo de la prima. No encontramos asidero para esta interpretación porque el citado artículo no ha sido modificado, se trata de una norma supletiva de tal manera que tiene primacía la estipulación entre asegurador y tomador y si al primero le parece excesivo el plazo legal, puede convenir su reducción y, por último, si el plazo se hace extiende por la demora en la expedición y entrega, se trata de un hecho atribuible al mismo asegurador. De tal modo, que no consideramos legal ni lógico, que a falta de estipulación contractual, sea dable cambiar el plazo supletivo legal de un mes a partir de la entrega de la póliza, por el de un mes a partir del perfeccionamiento del acuerdo.

#### **18. LA PRUEBA DE LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO Y DE LAS GARANTÍAS.**

Se han establecido varias opciones de prueba dependiendo de si se trata de elementos esenciales o no esenciales del contrato, o de prórrogas, o de renovaciones, o de garantías<sup>72</sup>.

Consideramos que toda modificación al contrato, refiérase o no a sus elementos esenciales, así como sus prórrogas o renovaciones, entendiéndose las primeras como una extensión de vigencia por unos pocos días o meses, y las segundas como un nuevo período anual de vigencia posiblemente con nuevas condiciones, son consensuales pero con la limitación probatoria del escrito o la confesión. Aunque faltó el señalamiento expreso en este sentido en la ley 389 de 1997, es la interpretación más lógica y acorde con los fines prácticos que persigue este requisito *ad probationem*, cual es, la seguridad jurídica en el desarrollo de un contrato complejo y fuente permanente de controversias. No es posible que una cláusula de automaticidad de amparo o de deducibles o de aumento de

valor asegurado, de suma importancia en el análisis y liquidación de un reclamo, pueda ser excluida, dada su naturaleza, de la obligatoriedad de la prueba escrita. Ello sería una contradicción con los fines de la normatividad reciente.

Sobre las garantías, como el legislador no modificó el artículo 1061 del Código de Comercio que establece su inclusión en la póliza o en anexo a ella, se mantiene este requisito. Frecuentemente encontramos en las pólizas y en sus cláusulas generales, las exigencias de celadores, alarmas, marcación de vehículos, horario diurno para el transporte, tarjeta de propiedad a nombre del asegurado, equipos de rastreo satelital, etc., que no fueron acordadas con el asegurado y desconocidas por él, limitando o eliminando su derecho indemnizatorio por siniestro. Debería ser objeto de una disposición legal o, al menos, costumbre de los aseguradores mientras ello ocurre, la estipulación en escrito separado y firmado tanto por el asegurador como por el asegurado, de toda garantía porque constituye una obligación que debe obedecer a la voluntad expresa de éste último.

Cuando se presenta la renovación del contrato de seguro para una nueva vigencia – anual comúnmente- y en muchas ocasiones sólo se da mediante un anexo simple que indica la iniciación de un nuevo período de cobertura, consideramos que todas las condiciones generales y particulares del contrato, incluyendo las garantías y modificaciones anteriores, mantienen su vigencia. Así ha de entenderse la voluntad de las partes de mantener la relación contractual y en consecuencia, las variaciones hacia el futuro han de ser pactadas nuevamente. Luego, se pueden probar las condiciones del vínculo con la póliza inicial y sus anexos de modificación así correspondan a vigencias anteriores, siempre y cuando se haya mantenido la continuidad del contrato.

#### **19. LA DIVERGENCIA ENTRE EL ACUERDO PRELIMINAR Y LA PÓLIZA.**

En muchas ocasiones se presenta divergencia entre la voluntad del asegurado al aceptar la oferta y el texto de la póliza expedida con posterioridad, en razón, muchas veces, de los términos escuetos de la propuesta. Generalmente en la cotización no se relacionan los eventos excluidos de cobertura, ni las garantías,

ni los plazos de pago de primas, ni los requisitos para el perfeccionamiento de los reclamos, entre otros.

Sobre estas diferencias, se puede dar una de estas dos hipótesis:

- Si existe una discordancia entre el acuerdo inicial y la póliza, debe primar la estipulación preliminar porque es fruto del consentimiento de las partes, es la manifestación de la voluntad real o interna, así conste en la póliza una cláusula opuesta que no haya merecido un pronunciamiento del asegurado<sup>73</sup>. Hay que hacer la salvedad, en caso de que la condición en la póliza sea de mayor ventaja para el asegurado que la acordada inicialmente, se impone aquella por la aplicación interpretativa en su beneficio que es característica en los contratos de adhesión, como lo es el seguro. Para algunos sería conveniente en nuestro país una norma similar a la existente en la legislación argentina<sup>74</sup>, que fija un término de un mes para que el tomador/asegurado reclame por las diferencias entre el texto de la póliza y el contenido de la propuesta, y transcurrido este plazo se considera que aprueba el primero de ellos. La aceptación se presume sólo si el tomador es advertido sobre este derecho mediante cláusula inserta en el anverso de la póliza. Pero sucede que la doctrina argentina no está de acuerdo con esta norma y considera la citada cláusula como antifuncional y abusiva y el propósito de advertencia al asegurado no se cumple si las modificaciones no se individualizan<sup>75</sup>.
- Si hay condiciones onerosas en la póliza y en la propuesta no se hizo mención de ellas, se debe determinar si existe norma legal supletiva o cláusula similar en las condiciones de la póliza depositadas en la Superintendencia Bancaria y si es una estas últimas es de mayor beneficio para el asegurado, se le debe dar aplicación dejando sin efecto la cláusula de la póliza expedida. Sería el caso, por ejemplo en cuanto a las normas supletivas, lo referente al plazo para el pago de la prima o de la iniciación de vigencia de la cobertura o de la exigencia de requisitos para el perfeccionamiento del reclamo.

Vale la pena resaltar la acogida que ha tenido la doctrina de las expectativas razonables de los adherentes que surgió en Estados Unidos hacia 1970 con KEETON, aplicada inicialmente a los conflictos de los seguros y extendida luego a

todos los contratos de adhesión y que se resume en el siguiente contenido: *"Las expectativas objetivamente razonables de los tomadores y potenciales beneficiarios acerca de los términos de contratos de seguro serán cumplimentadas incluso cuando un penoso estudio de las provisiones de la póliza habría negado dicha expectativa"*<sup>76</sup>. Esta doctrina nace de antecedentes jurisprudenciales en la solución de conflictos de seguros, originados en el rechazo de cláusulas de pólizas que, en el sentir del tomador/asegurado, no fueron discutidas, acordadas ni deseadas por él, o para resolver las ambigüedades u oscuridades en las condiciones de las pólizas. La tesis ha sido recogida por el derecho español y continental –no sin pocos críticos– y de alguna manera por la Directiva europea en materia de condiciones generales de contratación y defensa de consumidores y usuarios<sup>77</sup>.

Finalmente, debemos anotar que la responsabilidad que se genera por el incumplimiento del acuerdo inicial al ser desconocido en el clausulado de la póliza es de naturaleza contractual, dado que el contrato ya surgió a la vida jurídica y no se da la constancia de todas sus condiciones en la póliza. Sería distinto, para ser calificado ese incumplimiento como de tipo extracontractual, si la póliza fuese aún, como lo fue durante tantísimos años, el requisito *ad solemnitatem* para el perfeccionamiento del contrato. Aquí ya el acuerdo verbal sólo hace parte de las conversaciones preliminares y en consecuencia tiene preferencia la estipulación en la póliza, salvo que se pueda probar y cuestión difícil por cierto, por vía extracontractual, que en las tratativas el asegurador aceptó la asunción del riesgo en condiciones diferentes a las que aparecen luego en el documento escrito.

**Sección IV****LA INTERVENCIÓN DEL INTERMEDIARIO DE SEGUROS.****20. EL PAPEL DEL INTERMEDIARIO DE SEGUROS.**

El intermediario de seguros ha jugado durante el último siglo un papel preponderante en el desarrollo y crecimiento de la actividad aseguradora nacional, hasta el punto de que la mayoría de los negocios de seguros se realiza con su intervención. Su tarea consiste no sólo en el acercamiento de las partes para lograr su vinculación jurídica y comercial, sino que además, le corresponde la asesoría profesional durante la ejecución contractual, para una adecuada protección del patrimonio del asegurado y la oportuna y equitativa indemnización en caso de siniestro.

Aunque no existe disposición legal que obligue a la contratación de seguros con la participación de un intermediario de seguros, es ese el deseo del asegurador y del tomador/asegurado porque su asesoría técnica es vital para los fines de ambos. Las tareas de cotización, facturación, recaudo, modificaciones, reclamaciones, avisos de vencimiento, renovaciones, entre otras, corresponden normalmente al rol del intermediario, que se convierte en un agente mediador de confianza para las partes. En la práctica no existe ni puede existir una compañía de seguros sin agentes. Ellos son los productores del seguro, los que en busca de los asegurados crean la clientela de las entidades aseguradoras, dan a conocer los planes y las pólizas al público en general y los que, con su dedicación y trabajo, conservan los contratos logrados<sup>78</sup>.

**21. LA NATURALEZA DE LA INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS.**

Existen en nuestro país cuatro clases de intermediarios de seguros: 1) el agente dependiente, vinculado a un asegurador mediante contrato de trabajo, 2) el agente independiente, también persona natural, con relación comercial con uno o varios aseguradores, 3) la agencia, sociedad colectiva, comandita simple o de

responsabilidad limitada, que representa, por contrato comercial, a uno o varios aseguradores, y 4) el corredor de seguros, sociedad anónima, facultado para ofrecer y promover los productos de todos los aseguradores que operan en el mercado nacional.

La ley dispone que los agentes y las agencias de seguros son representantes de los aseguradores y que éstos responderán solidariamente por la actividad que aquellos realicen de acuerdo con la delegación que la ley y el contrato les hayan otorgado<sup>79</sup>. Estamos ante una representación legal con unas facultades mínimas para la agencia de seguros, a saber: recaudar primas, inspeccionar riesgos, intervenir en salvamentos y promover la celebración de contratos de seguro<sup>80</sup>, mientras que para los agentes no se señalan facultades específicas y en su definición se establece que promueven la celebración de contratos de seguro y su renovación<sup>81</sup>.

Con base en estas determinaciones legales se ha tratado de limitar el alcance de la representación legal, y por ende la responsabilidad que adquieren los aseguradores por las actuaciones de sus agentes y agencias, sobre la base de que la mencionada representación sólo tiene cabida con respecto a las facultades que le concede la ley<sup>82</sup>. Opinamos que la representación es mucha más amplia porque las facultades indicadas son las mínimas y en la práctica se les conceden, expresa o tácitamente, otras atribuciones, como el uso de cotizadores e instructivos sobre políticas de suscripción para ofrecer productos, simplificando el trámite de perfeccionamiento de contratos de seguro.

Con respecto a los corredores de seguros, la ley excluye expresamente la representación, mandato, dependencia o colaboración de los aseguradores<sup>83</sup>, pero a pesar de ello, se da en ellos la figura de la representación aparente<sup>84</sup>, porque es usual que realicen, con la aquiescencia de los aseguradores, labores de cotización, aceptación de riesgos, expedición delegada, recaudo de primas, inspección de riesgos, entre otras, que crean en el asegurado la idea de contratar con un verdadero representante del asegurador. Igual sucede con las facultades conferidas tácitamente a los agentes y agencias de seguros, que dan lugar también a una representación aparente. La tendencia en el tema de la representación aparente de los productores de seguros, ha sido la de reconocer dicha

representación cuando el productor actúa a la vista de los asegurados con la tolerancia del asegurador, en el ejercicio de actos en los cuales no tenía facultades explícitas<sup>85</sup>. Obviamente contamos con la "buena fe-creencia" del tomador/asegurado, quien obró y confió de manera normal, razonable y exento de toda culpa. Pero si por el contrario, conoció o debió o pudo conocer las limitantes del intermediario, el asegurador no está obligado por las actuaciones del intermediario de seguro.

Los intermediarios de seguros, en las diferentes categorías que hemos señalado, constituyen en sus relaciones con las aseguradoras contratos atípicos, con la salvedad del agente dependiente que se rige por la legislación laboral con las implicaciones civiles de la responsabilidad del asegurador por los actos de los dependientes. La ley, al igual como lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de la aseguradora y de los intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebren; y sin que las normas expedidas a ese respecto sean incompatibles con los contratos que celebren quienes se dedican a dichos oficios, profesiones o actividades, justamente en desarrollo de estas<sup>86</sup>.

Cuando la limitación se refiera al poder de contratar y dicha restricción no es ni ha sido conocida por el asegurado, la propuesta de seguro aceptada por el intermediario hace perfecto el contrato, sin que el exceso incurrido por éste sea oponible al asegurado<sup>87</sup>.

En conclusión, a la luz de la ley, los agentes dependientes e independientes —ya que no se discrimina— y las agencias son representantes del asegurador y en consecuencia le comprometen en sus actuaciones inherentes a su oficio u objeto social, siempre y cuando, el tomador/asegurado haya actuado de buena fe exenta de culpa, ya sea porque obran en ejercicio de las facultades mínimas que le confiere la ley o por mandato expreso o tácito en sus demás funciones e incluso con aplicación de la representación aparente. En los corredores de seguros, si bien no son representantes del asegurador por definición legal, se aplica también, si se dan las condiciones de la buena fe exenta de culpa y las operaciones normales y razonables, la figura de la representación aparente. Como consecuencia, la

recepción de información, la aquiescencia, las ofertas y su aceptación compromete la responsabilidad del asegurador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Asociación Mexicana de Seguros y Fianzas. Tendencias de la intermediación en el siglo XXI, *Revista iberolatinoamericana de seguros* 2002; (17): 123-144.
- Baena Upegui, Mario, *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá, Legis, 2002.
- Ballesteros Garrido, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.
- Barrera Tapias, Carlos Darío. La formación del consentimiento en el contrato de seguros. *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001: 1-10.
- Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Profesores 3, 1999.
- De Greiff Restrepo Gustavo. Las garantías en el derecho de seguros. *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G.* Bogotá, Fasecolda, 1992.
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol 1, Madrid, Civitas, 1996.
- Fasecolda-Fides, *El contrato de seguros, legislación vigente, Argentina, Bolivia, Brasil y otros*, Bogotá, Fasecolda, 1999.
- Halperin, Isaac, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1999.
- López Blanco, Hernán Fabio, *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 1999.
- Mejía Martínez, Carmenza. El seguro sobre la vida. *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001: 305-320.
- Morandi, Juan Carlos Félix, Marco normativo del productor de seguros en el siglo XXI. *Revista iberolatinoamericana de seguros* 1995; (6): 19-40.
- Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés, *El contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2000.
- Ossa, J. Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Temis, 1984.
- Rocha Alvira, Antonio, *De la prueba en derecho*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dík, 1990.
- Scognamiglio, Renato, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- Stiglitz, Rubén S, *Derecho de seguros*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Stiglitz, Rubén S, *Contratos Teoría general*, vol. 2, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, t. 1, Bogotá, Temis, 1999.

Vivas Díaz, Gabriel Jaime. *Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia*. Revista iberolatinoamericana de seguros 2001, (16): 7-55.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª. Ed., 2001, p. 291.
- 2 *Ibid.*, p. 292
- 3 Artículo 1058 del Código de Comercio.
- 4 Stiglitz evita calificarlo como una obligación porque el perjudicado carece del medio de ejecución forzosa de la conducta debida.
- 5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 6825 de abril 11 de 2002. M. P. Jorge Santos Ballesteros.
- 6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 4923 de mayo 19 de 1999. M. P. José Fernando Ramírez Gómez. De igual manera se expresa esa Corporación en sentencia N° 6146 de agosto 2 de 2001. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- 7 Artículo 863 del Código de Comercio.
- 8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 239 de junio 27 de 1990. M.P. Pedro Lafont Pianetta y en igual sentido se pronuncia en las sentencias N° 424 de noviembre 23 de 1989, M. P. José Alejandro Bonivento, y N° 4473 de marzo 8 de 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta. En la doctrina comparten el mismo criterio Carlos Darío Barrera. "La formación del consentimiento en el contrato de seguros", en: *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001, p. 2.; José Ignacio Narváez García, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Legis, 2002, p. 117. Sin embargo, Javier Tamayo Jaramillo es de la opinión de que la víctima puede cobrar todos los daños incluido el lucro cesante y en materia de seguros, afirma "si el asegurador es responsable frente al solicitante del seguro, este tendrá derecho a cobrar no sólo los gastos en que incurrió tratando de celebrar el negocio, sino también el valor de la cobertura, es decir, podrá cobrar lo que le pertenecería si el contrato se hubiera celebrado". *De la responsabilidad civil*, t.I, Bogotá, Temis, 1999, p. 72.
- 9 Establecida por IHERING a finales del siglo XIX.
- 10 Christian Larroumet. *Teoría general del contrato*, vol. I, Bogotá, Temis, reimpresión, 1999, p. 185.
- 11 Artículo 1058 del Código de Comercio.
- 12 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 295
- 13 Alessandri Rodríguez distingue la oferta de la proposición y asimila ésta última a las negociaciones preliminares o los acuerdos preparatorios o los *pourparlers*. *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 86.
- 14 Artículo 845 del Código de Comercio.
- 15 Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 4ª. ed., 1999, p. 173
- 16 Andrés Ordóñez sigue a Antigono Donati en la idea de que la oferta usualmente proviene del tomador, porque en la mayoría de los casos hay una contraoferta a la cotización del asegurador. *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 29
- 17 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 302
- 18 Artículo 846 del Código de Comercio.
- 19 J. Cubides, *Op. cit.*, p. 173.
- 20 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 6ª ed., 2000, p. 147.
- 21 C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 5

- 22 Artículo 1045 del Código de Comercio.
- 23 Artículo 1524 del Código Civil.
- 24 C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 6
- 25 Aunque Luis Diez-Picazo hace referencia a la validez de los precios implícitos e incluso la posibilidad de contratos sin precio en el artículo 212 Código Suizo, en el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y en el artículo 55 del Convenio de Viena, vacío que se suple con los precios del día en el domicilio contractual, con la fijación unilateral posterior de buena fe o con el precio generalizado, respectivamente. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, Editorial Civitas, 5ª edición, 1996, p. 287.
- 26 A la luz del artículo 1501 del Código Civil.
- 27 Artículo 846 del Código de Comercio.
- 28 Ospina Fernández se empeña en hacer la distinción entre la obligatoriedad de la oferta de la escuela moderna alemana y su falta de obligatoriedad de la escuela clásica francesa, cuando en el fondo la controversia se centra en la eficacia de los actos unipersonales y su negación, respectivamente. Aceptan la irrevocabilidad de la oferta una vez comunicada tanto C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 73., como R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 306.
- 29 Así lo considera la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citada en el pie de página N° 5.
- 30 Ospina Fernández insiste sin embargo, en la acción de ejecución coactiva y afirma que la acción indemnizatoria por los perjuicios que contempla el artículo 846 del Código de Comercio, es un defecto de redacción y debe interpretarse como una opción subsidiaria, sin excluir la acción de cumplimiento. *Op. cit.*, p. 156.
- 31 Artículo 850 del Código de Comercio.
- 32 Si las partes no hacen uso de la facultad de fijación del plazo convencional que consagra el artículo 853 del Código de Comercio, se aplica entonces la norma supletiva -artículo 853 *Ibid.*- que lo determina en seis días.
- 33 Artículos 851 y 852 del Código de Comercio.
- 34 Aunque el término *pollicitación*, de origen latino, significa propuesta de celebrar un contrato dirigido a una persona a cuya aceptación está sometida. C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 186.
- 35 Artículo 847 del Código de Comercio.
- 36 G. Ospina Fernández, *Op. cit.*, p. 109.
- 37 Aquí seguimos en parte a Diez-Picazo, *Op. Cit.*, pp. 276-277.
- 38 Artículo 863 del Código de Comercio.
- 39 C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 201
- 40 Artículo 864 del Código de Comercio.
- 41 Se trata de una copia inapropiada del código civil italiano, donde se entiende que la oferta escrita es comunicada cuando el destinatario se entera de su contenido y ello se presume al momento de la recepción.
- 42 Artículo 1057 del Código de Comercio.
- 43 A. Ordóñez considera violatorios de la norma imperativa que define la naturaleza del contrato los pactos que condicionan la existencia del contrato o suspenden su vigencia hasta la fecha de pago de la prima". *Op. cit.*, pp. 39-40.
- 44 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 129 y C. D. Barrera. *Op. cit.*, p. 10
- 45 Artículo 1151 del Código de Comercio.
- 46 Carmenza Mejía Martínez, "El seguro sobre la vida", en: *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001, p. 307 y J. Efrén Ossa, *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Temis, 1984, p. 104.
- 47 Artículos 1057 y 1066 del Código de Comercio
- 48 Suena redundante pero es necesaria esta determinación, porque de acuerdo con el artículo 251 de Código de procedimiento Civil, el escrito es sólo una de las especies del género documental, del cual hacen parte además, los impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones, entre otros, pero sólo se autorizó al escrito como medio idóneo -con la confesión- para probar la existencia del contrato de seguro.
- 49 Inclusive el proyecto inicial presentado al Congreso no fijaba ninguna limitación probatoria.

- 50 El artículo 1578 del Código de Comercio también restringe a la prueba escrita el contrato de transporte marítimo de personas y de cosas.
- 51 Ley 17.418, artículo 11.
- 52 Es lo que se conoce como *prueba instrumental* contemplada también para el contrato de seguro en las legislaciones de Bolivia y Guatemala. Tal como quedó redactado en nuestra ley mercantil está también plasmado en la legislación mexicana. La nueva ley del contrato de seguro de Venezuela (decreto 1505 de octubre 30 de 2001) establece en su artículo 14 la libertad probatoria, aún con el solo documento que acredite el pago de prima.
- 53 Contemplado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.
- 54 Hernán Fabio López Blanco, *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupre Editores, 3ª ed., 1999, p. 36.
- 55 Así se expresa Carnelutti, citado por Luis Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997, p. 87. Carnelutti deseaba fomentar la plasmación documental como una costumbre *ad probationem causam*.
- 56 L. Muñoz Sabaté, *Op. cit.*, p. 89.
- 57 A. Ordóñez, *Op. cit.*, p. 14 y H. F. López Blanco, *Op. cit.*, p. 39.
- 58 Y eso que los aseguradores tienen sus tarifas previamente establecidas para cada ramo y las tasas son estándares, lo cual permitiría conocer con posterioridad al acuerdo en el que no se menciona la prima, su cuantía sobre la base de los cotizadores con que cuentan los aseguradores.
- 59 Citado en sentencia de mayo 25 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Eduardo García Sarmiento, transcrita parcialmente por A. Ordoñez, *Op. cit.*, p. 20.
- 60 Dice el ilustre tratadista que "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 y el principio de prueba por escrito". Antonio Rocha Alvira, *De la prueba en derecho*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1990, p. 420.
- 61 Artículo 91 de la ley 153 de 1887.
- 62 Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 124.
- 63 Ley 527 de 1999 que acogió el modelo de ley sobre comercio electrónico que adoptó la Comisión de la Naciones Unidas en 1996 para el desarrollo del comercio mercantil internacional.
- 64 Artículo 7 de la ley 527 de 1999.
- 65 Artículos 5 y 10 de la ley 527 de 1999.
- 66 Artículos 8 y 9 de la ley 527 de 1999.
- 67 Etimológicamente deriva del latín *apodexia* que significa un documento que sirve para demostrar la existencia de un contrato mercantil, ese es su concepto verdaderamente jurídico.
- 68 Artículo 1046 del Código de Comercio.
- 69 La garantía en el contrato de seguro es un interesante tema, de mucha profundidad y aplicación frecuente pero de escaso análisis en la jurisprudencia y doctrina. El único estudio que conocemos es de Gustavo De Greiff, "Las garantías en el derecho de seguros" en: *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G.* Bogotá, Fasescolda, 1992.
- 70 Párrafo del artículo 1046 del Código de Comercio. Es importante este derecho especialmente para la víctima en el seguro de responsabilidad civil que tiene el carácter de beneficiaria.
- 71 Entre ellos, C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 9. y Gabriel Jaime Vivas Díaz, "Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia ley 389 de 1997", en: *Revista iberoamericana de seguros*, N° 16, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 48.
- 72 Véase A. Ordóñez, *Op. cit.*, pp. 23-28 y 41-45; H. F. López, *Op. cit.*, pp. 43-45 y a G. J. Vivas, *Op. cit.*, pp. 32-33.
- 73 Este es el criterio de A. Ordóñez con el argumento de la prioridad de la expresión real de la voluntad frente al texto de la póliza. *Op. cit.*, p. 46.
- 74 Artículo 12 de la Ley de Seguros.
- 75 Así se pronuncian R. Stiglitz e I. Halperin citado por R. Stiglitz. *Op. cit.*, p. 426.

- 76 R.E.KEETON citado por José Antonio Ballesteros Garrido, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 167.
- 77 Es interesante el estudio que sobre esta doctrina realiza Ballesteros Garrido en su tesis doctoral, *Op. cit.*, En aras de la brevedad transcribimos sólo un aparte atinente a las condiciones generales de las pólizas, que queremos resaltar por su importancia jurídica así como por su común ocurrencia: "Pero la práctica comercial de las compañías aseguradoras hace que estas cláusulas (se refiere a las exclusiones de cobertura) estén ocultas en el condicionado general, en un mar de cláusulas con finalidades dispares que se extienden en ocasiones durante decenas de páginas y con un lenguaje técnico, inasequible a la generalidad de sus destinatarios, sin ninguna referencia a ellas en la póliza de seguro, donde se indica cuál es el riesgo cubierto, con lo que se frustran las expectativas contractuales de los asegurados, privándoles de indemnización en supuestos que creían razonablemente que estaban cubiertos. Es decir, en la póliza, documento contractual por excelencia, aparece descrito el riesgo cubierto por las llamadas "condiciones particulares" (aunque es discutible que realmente sean particulares, ya que habitualmente aparecen también impresas, y la única opción del adherente es indicar cuáles de las opciones o suplementos existentes desea contratar); pero esa descripción del riesgo aparece después severamente restringida en las condiciones generales, sin ninguna advertencia al respecto en la póliza, con lo que existe una contradicción entre ambos textos. Obviamente el asegurador pretenderá aplicar la configuración restrictiva del riesgo recogida en el clausulado general, con lo que las expectativas del asegurado, basadas en el texto de las "condiciones particulares" quedan frustradas". *Op. cit.*, p. 38.
- 78 "Tendencias de la intermediación en el siglo XXI". Ponencia de la Asociación Mexicana de Seguros y Fianzas en el VII Congreso Internacional de Seguros, en: *Revista iberoamericana de seguros*, N° 17, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 129.
- 79 Así lo dispone el artículo 101, inciso 2º de la ley 510 de 1999. Adicionalmente, el artículo 41 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que "la agencia representa a una o varias compañías en un determinado territorio".
- 80 Artículo 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- 81 *Ibid.*, Artículo 41.
- 82 En este sentido se pronuncian A. Ordóñez. *Op. cit.*, pp. 31-37 y 53-84. y J. E. Ossa citado por A. Ordóñez. *Op. cit.*, p. 32.
- 83 Artículo 1340 del Código de Comercio.
- 84 *Ibid.*, artículo 842.
- 85 Juan Carlos Félix Morandi, "Marco Normativo del Productor de Seguros en el siglo XXI", en: *Revista iberoamericana de seguros*, N° 6, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 29. En igual sentido Isaac Halperin, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Depalma, 8ª reimpression, 1997, p. 32.
- 86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 5817 de octubre 22 de 2001. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- 87 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 323 y agrega transcribiendo a Rodríguez Zabala: "En el Derecho va cobrando cada vez más importancia la apariencia jurídica, la buena fe, la estabilidad de los derechos para evitar discusiones sobre la validez de los contratos o cláusulas reservadas entre mandante y mandatario" y continúa: "Como juez, muchas veces me vi ante ingenuos asegurados que tenían que enfrentarse a empresas que negaban facultades a sus agentes, pero que, consciente o inconscientemente, los dejaban obrar".