

# La Formalidad del Contrato de Seguro

Gustavo Romero Umlauff

Abogado y consultor. Presidente de "Análisis & Desarrollo". Director de "Popular y Porvenir Compañía de Seguros". Director del "Banco de Desarrollo" (BANDESCO)

**L**a doctrina ha expuesto que la "forma" es el medio por el cual se exterioriza la declaración de voluntad, y que todo contrato —como medio que las partes han utilizado para manifestar su voluntad— tiene implícita una forma determinada.

Asimismo, ha señalado, que las partes pueden hacer uso de cualquier medio de exteriorización de la voluntad, siendo los más frecuentes la forma oral y la escrita.

Cuando las leyes exigen que los contratos se expresen en un instrumento público o privado, es decir en forma escrita, se les califica como literales.

Este es el caso del contrato de seguro que, de acuerdo al artículo 377º del Código de Comercio peruano, debe consignarse por escrito.

La doctrina, por otra parte, ha indicado que la literalidad, a su vez, puede ser una condición de existencia para el contrato o un simple medio probatorio del mismo.

En la primera situación, nos encontramos con los denominados contratos "*ad-solemnitatem*", en los que el documento se confunde con el contrato; en cambio, en la segunda situación, se les conoce como contratos "*ad-probationem*"; en este caso, el documento es sólo un medio destinado a establecer la existencia del contrato, pero no es condicionante de su validez.

Como quiera que para la validez del acto jurídico, y por ende, del contrato, la forma constituye un elemento esencial por cuanto "*representa una declaratoria de voluntad*"<sup>(1)</sup>, el propósito de esta publicación es determinar la condición de la formalidad en el contrato de seguro en el caso peruano.

Conforme hemos expuesto, "*la forma del negocio es el medio, o el modo con el que se pone en ser la declaración de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume. La forma, por consiguiente, es un elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la declaración de voluntad, de manera que, sin una forma, la declaración de voluntad no podrá emitirse*"<sup>(2)</sup>.

En el campo del Derecho de Seguros, la manifestación de la aceptación a las condiciones del seguro se refleja en un documento llamado póliza, donde generalmente consta la voluntad de las partes. Tal apreciación podemos hallarla en el indicado artículo 377º del mismo Código de Comercio, que a la letra dice:

*"El contrato de seguro se consignará por escrito, en póliza o en otro documento público o privado suscrito por los contratantes".*

Como quiera que este artículo exige que el seguro se consigne por escrito, se discute con mucha frecuencia si la formalidad exigida para este contrato es "*ad-probationem*" o "*ad-solemnitatem*".

No obstante, deducir el carácter "*ad-probationem*" del contrato de seguros, del tenor del citado artículo 377º, sería aventurarse a interpretar restrictivamente las disposiciones del comentado Código de Comercio. Y si, por el contrario, se considerara que el contrato de seguros fuese un contrato solemne, en virtud únicamente de la obligación contenida en el mismo artículo, creemos que sería una afirmación prematura.

(1) León Barandiarán, José. "*Manual del Acto Jurídico*", Lima.

(2) Messineo, Francesco. "*Manual del Derecho Civil y Comercial*", Tomo II, Buenos Aires, 1979.

Establecer el carácter solemne o no del contrato de seguro, no sólo tiene importancia jurídica, sino también económica, por cuanto en caso de producirse la eventualidad del riesgo, el asegurado conocería con seguridad el momento en que la compañía aseguradora ha asumido la obligación de pagar la indemnización.

Para conocer ello, es necesario efectuar un análisis al cuerpo legal que rige dicho contrato.

En ese sentido, las normas deberán ser interpretadas no solamente en función de lo que prescribe una disposición en especial; sino, también, en función del cuerpo legal en la que se encuentre ubicada. Es decir, la interpretación de las normas no debe provenir únicamente del examen aislado, sino del esquema jurídico en el cual los legisladores peruanos las concibieron.

Coincidentemente con este último criterio, Joaquín Garrigues<sup>(3)</sup> ha opinado que la póliza tiene valor "*ad-solemnitatem*" y no solo "*ad-probationem*". Dicho jurista ha señalado que "*esta tesis no se desprende ciertamente del artículo 382<sup>(4)</sup>, pero sí del artículo 52<sup>(5)</sup> del Código, en el que, como excepción al principio de libertad de pactos que sanciona el artículo 51<sup>(6)</sup>, se dice cuáles son los contratos que, por excepción, deben reducirse a escritura o requieren formas o solemnidades necesarias para su eficacia; añadiéndose que, en tal caso, los contratantes que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio.*"

Es conveniente recordar la importancia de los comentarios del citado jurista al Código de Comercio español, pues los legisladores peruanos de 1902 tuvieron como modelo ese cuerpo legal para la elaboración del mencionado Código de Comercio.

En efecto, un texto similar al acotado artículo 52º del Código de Comercio español, que más adelante transcribimos, fue recogido por tales juristas para consecuencias análogas:

*"Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:*

- 1. Los contratos que, con arreglo a este Código o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia.*
- 2. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no lo exija la ley peruana.*

*En uno y otro caso, los contratos que no lleven las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni*

### *acción en juicio."*

En virtud de la tesis expuesta por Garrigues, nos atreveríamos a indicar que, si bien la redacción del último párrafo de la acotada disposición legal es, probablemente, menos perfecta que las actuales disposiciones sobre "*la forma*" a que se contrae el Libro sobre Acto Jurídico en el nuevo Código Civil del Perú, dicho precepto legal tuvo una finalidad: no generar obligaciones entre los contratantes y no darle carácter de documento probatorio (en caso de no haberse emitido la póliza) para la demostración de la existencia del contrato de seguro.

Ciertamente es la libertad de forma, sea verbal o escrita, la regla que rige a los precitados Código Civil y Código de Comercio (artículos 143º y 51º, respectivamente); pero, ésta tiene su excepción en la formalidad, conforme podemos observar en el artículo 140º, inciso 4 del Código Civil y artículo 52º del Código de Comercio.

Definitivamente creemos que la sanción de este último precepto, estuvo dirigida a no reconocer la existencia del seguro, ni darle mérito probatorio a cualquier documento que pudiera demostrar la celebración del contrato de seguro.

Si bien algunos estudiosos podrían sostener que los artículos 140º, inciso 4 y 1352º del referido Código Civil establecen que, para la inexistencia del contrato de seguro, la nulidad debe ser expresamente establecida, debemos de entender que tales normas deberían ser aplicadas supletoriamente a las disposiciones del anotado Código de Comercio (artículo 50º):

*"Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común."*

Es indudable que el espíritu de los legisladores peruanos del actual Código Civil ha sido unificar los preceptos mercantiles con los civiles, tal como se observa en las disposiciones finales del citado Código; empero, se ha dejado en vigor los lineamientos para la interpretación de las normas comerciales. Criterio este último, que hemos seguido para considerar que el contrato de seguros requiere de las formalidades de ley para su existencia; y que, por lo tanto, se le califica

(3) Garrigues, Joaquín, "*Curso de Derecho Mercantil*", Tomo II. Editorial Porrúa S.A. México, 1984.

(4) Artículo 377º del Código de Comercio peruano.

(5) Artículo 52º del Código de Comercio peruano.

(6) Artículo 51º del Código de Comercio peruano.

como un contrato **solemne**.

*"La imposición de la solemnidad de la forma –nos precisa el jurista italiano Francesco Messineo– se explica por el propósito de la ley de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la seriedad y la madurez de todo lo que él decida hacer sirviéndose del acto en cuestión; de hacer posible, siempre, el control del contenido de la declaración y de constreñir al declarante a la claridad."*<sup>(7)</sup>

La solemnidad no es una modalidad del acto jurídico o del contrato; no es por lo tanto, condición suspensiva o requisito accesorio cuyo cumplimiento sea necesario para que el acto o contrato, respectivamente, quede perfeccionado. El cumplimiento de la formalidad, por el contrario, es consubstancial a la declaración manifestada.

La interpretación que hemos seguido sobre el indicado Código de Comercio, obviamente, no está exenta de polémica. Así, a manera de ilustración, podemos citar a los juristas peruanos Ulises Montoya Manfredi<sup>(8)</sup> y Carlos Rodríguez Pastor<sup>(9)</sup>, quienes han sostenido que la póliza no es un documento que otorga carácter solemne al contrato de seguro.

Sin apartarse de nuestro análisis, acerca de las disposiciones contenidas –básicamente– en ese Código de Comercio, se ha expedido posteriormente la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, aprobada por D.Leg. N° 637.

El artículo 290° del indicado Decreto Legislativo señala que:

*"La solicitud del seguro y las posteriores modificaciones que pueda proponer el corredor de seguros a la empresa de seguros deben estar firmadas por el asegurado o contratante, al igual que la copia de la póliza emitida y sus posteriores modificaciones. Dichos documentos deben ser devueltos a la empresa de seguros, bajo pena de nulidad del contrato."*

Dicha disposición exige que la póliza sea firmada por el asegurado o contratante, así como la aseguradora; toda vez que el artículo 377° del comentado Código de

Comercio determina su obligatoriedad.

Además, el referido artículo 290° exige al asegurado restituir el documento al emitente. Ello, en nuestra opinión, tiene por finalidad hacer conocer fehacientemente a la aseguradora la aceptación del asegurado o contratante a las condiciones establecidas en la respectiva póliza.

En el caso de no cumplirse con este requisito, se sanciona con la nulidad del contrato. Esta regla sigue los lineamientos del inciso 4) del artículo 140° del referido Código Civil.

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que el primer párrafo del artículo 278° de la acotada Ley General, cuyo tenor se transcribe más adelante, exige el pago de la prima o la determinación de la modalidad de su pago; tal **convenio deberá estar** –señala ese artículo– **debidamente suscrito**:

*"Artículo 278°.- La cobertura del seguro se inicia con el pago de la prima o con el convenio de pago correspondiente, debidamente suscrito."*

Sin embargo, en virtud de esta norma, se ha pretendido atribuir al seguro la naturaleza de contrato real; es decir, que el contrato existiría en el momento que el tomador realice el pago de la prima.

Esa es una calificación errónea del contrato, pues la condición que ha sido establecida no determina la existencia del contrato, sino la suspensión de sus efectos.

Nos explicamos. El pago de la prima es una obligación del asegurado o tomador que nace en el contrato; o sea, que el pago o no de ella, no atañe a la formación misma del contrato, que se perfecciona con la suscripción de la póliza, sino a la relación bilateral que de ésta emana. Nótese que puede el asegurador, en vista de lo normado, indemnizar por lo que se haya obligado en el contrato de seguro, sin haberse pagado cuota alguna de la prima.

*"Del pago de la prima, depende el nacimiento de la obligación del asegurador"*<sup>(10)</sup>. El comentado artículo 278° ya no sólo incluye el mecanismo de la llamada "*condición resolutoria tácita*", que se inspira en el artículo 1428° del Código Civil, y contenida en todas las obligaciones recíprocas, como es en el presente caso, sino, además, una "*condición resolutoria expresa y genérica*"

(7) Messineo, Francesco. Op. Cit.

(8) Montoya Manfredi, Ulises. "*Derecho Comercial*", Tomo II, Lima, 1981.

(9) Rodríguez Pastor, Carlos. "*Derecho de Seguros y Reaseguros*", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1987.

(10) Garrigues, Joaquín. "*Contrato de Seguro Terrestre*", Madrid, 1983.

para los contratos de seguro.

Esta condición de postergación del nacimiento de las obligaciones no es extraña; ya ha sido aceptada en otras legislaciones como, por ejemplo, la argentina y la española.

A este respecto, al comentarse una norma similar en la Ley de Contrato de Seguro de 1980 española, se ha expresado que esa Ley "ha dictado una disciplina especial para el caso de que el tomador del seguro incumpla su obligación de pago de la prima debida. Al tratarse de un contrato efectuado en serie o en masa, el régimen general de las obligaciones para el supuesto de incumplimiento de una de las partes no resulta aceptable, ya que si cada vez que los tomadores del seguro incumplieran con su obligación del pago de una prima los asegurados hubieran de acudir a los Tribunales para pedir su cumplimiento o la resolución del contrato (...).

Es preciso, por tanto, la búsqueda de mecanismos de defensa del asegurador que hagan posible una explotación racional del seguro, en tutela –en definitiva– de la masa de asegurados."<sup>(11)</sup>

Pero, lejos de este examen jurídico, la realidad en el quehacer de la actividad aseguradora es otra.

Efectivamente, las compañías aseguradoras así como los asegurados, han sido proclives a considerar que el seguro se verifica, simplemente, al momento en que se haga conocida la aceptación a las condiciones de la cobertura.

Más aún, los aseguradores han reconocido, en muchas ocasiones, el pago de la indemnización antes de la emisión de la póliza. Es decir, reconocen la existencia del contrato de seguro sin la formalidad exigida por las disposiciones del acotado Código de Comercio y, ahora, por la antes mencionada Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros.

Eso se debe a que, gracias a la confianza recíproca que existe entre el asegurado y la compañía aseguradora, el cruce de los consentimientos basta para darle configuración de un compromiso obligatorio.

La tendencia de los contratantes de mantenerse al margen de la solemnidad, proviene del hecho que, entre el acuerdo a que llevaron las partes a contratar y la solemnidad, transcurre un período en gran medida largo, que produce con cierta frecuencia situaciones dudosas o conflictivas entre el asegurado y el asegurador.

Esta situación provoca la necesidad de modificar las actuales estructuras de las normas comerciales peruanas para conciliarlas con los requerimientos

de los contratantes.

La modificación del actual sistema de la solemnidad a la consensualidad, traería significativos beneficios prácticos, como es el de proporcionar una mayor movilidad a las operaciones comerciales, así como formalizar una "carta de ciudadanía legal" a la práctica de las compañías de seguros y, tutelar, más adecuadamente, a las propias aseguradoras cuando actúan, ya no como sujetos activos, sino como sujetos pasivos en los contratos de reaseguros.

Asimismo, la adecuación a esta propuesta haría poner énfasis a la moderna corriente legislativa constituida por la regla que, el simple acuerdo de voluntades, es suficiente para que el contrato tenga validez o quede perfeccionado.

La doctrina ha sostenido que este último principio "es el resultado de una evolución jurídica que ha terminado por imponerse en la mayoría de legislaciones contemporáneas."<sup>(12)</sup>

De producirse un cambio de esa naturaleza, se daría un paso trascendental. La formalidad quedaría entendida, por consiguiente, no como un elemento perfeccionador del contrato, sino como un mecanismo de prueba de su existencia.

La modificación propuesta al régimen legal peruano, no es el resultado de la originalidad. Fórmula semejante ha sido aceptada en la legislación francesa: "el escrito previsto por la ley no es más que un elemento de prueba."<sup>(13)</sup>

En el Código Civil italiano, "el contrato de seguro no está vinculado a la observancia de formas constitutivas; pero debe ser probado por escrito (...).

La denominada póliza, en la que se registran los extremos del contrato y las cláusulas especiales que lo regulan, no es más que un documento probatorio."<sup>(14)</sup>

Las legislaciones americanas, como son la mexicana, la salvadoreña, la hondureña, la argentina –entre otras–, también, se han adherido a esa propuesta.

Si bien en las disposiciones legales de Colombia, se ha mantenido el criterio de la solemnidad del contrato de seguro, se ha reconocido que ello es dar la espalda a la "solución aceptada generalmente por la doctrina."<sup>(15)</sup>

Conservar el carácter solemne del contrato de seguro en la antes comentada Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, ha significado sustentar los criterios del Código de Comercio español en 1885 que, a nuestro criterio, han sido ya superados.

Creemos, finalmente, que la discusión de una próxima ley de seguros, deberá estar orientada a que la póliza sea considerada, únicamente, como un medio probatorio de la existencia de este contrato. ■

(11) Sánchez Calero, Fernando y Tirado Suárez, Francisco Javier. Revista de Derecho Privado "Ley de Contrato de Seguro", Tomo XXIV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

(12) Arias Schreiber Pezet, Máx. "Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios", Tomo VI, Lima, 1985.

(13) Ossa G. J., Efrén. "Teoría General del Seguro. El Contrato", Editorial Temis, Bogotá, 1984.

(14) Messineo, Francesco. Op. Cit. Tomo VI.

(15) Halperin, Isaac. "Lecciones de Seguros", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.