AAR 6902

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO ÁREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

LA CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO

Trabajo Especial de Grado presentado como requisito para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil

Autor: Abog. Edith Rodríguez R.

Asesor: Dr. Domingo Sosa Brito

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO ÁREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada Edith Licelotte Rodríguez Rodríguez** para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título es: **LA CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 28 días del mes de noviembre de 2008.

Dr. Domingo Sosa Brito

CI. V-560.803

Dedicatoria

A mis hijas, fuente de alegría y fuerza para alcanzar este logro, acompañándome siempre; llegando su compañía hasta el salón de clases; Al Dr. Domingo Sosa Brito, ejemplo de constancia en el estudio del Derecho; gracias por su incondicional y permanente apoyo;

INDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I EL CONTRATO DE SEGUROS, RELEVANCIA DE SU CARÁCTER CONSENSUAL Antecedentes históricos Concepto y características del contrato de seguro Causa y Objeto del contrato de seguro	9 17 31
CAPITULO II CONSENSUALIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO Consentimiento, autonomía de la voluntad de las partes, formación y perfeccionamiento del contrato de seguro Cargas de las partes contratantes al momento de la formación del contrato de seguro Prueba del contrato de seguros Antecedentes de la actual regulación del contrato de seguro prevista en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguro Concepción actual del contrato de seguro en el decreto con Decreto con fuerza de ley del contrato de seguro Análisis particular de las disposiciones contenidas en el DFLCS	55
CAPITULO III LEGISLACIÓN COMPARADA, PERFECCIONAMIENTO Y PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO Regulación del contrato de seguros en España Regulación del contrato de seguros en Argentina	62 67

Regulación del contrato de seguros en Colombia Regulación del contrato de seguros en México	71 75
CAPITULO IV LA CONTRATACIÓN DE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Comercio Electrónico Ley de mensajes de datos y firmas electrónicas Servicios de certificación electrónica Contratos electrónicos y su formación Determinación del momento del perfeccionamiento del contrato El documento electrónico, concepto y uso como medio de prueba	77 81 83 89 97 a 99
CONCLUSIONES	107
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	109

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO" DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

LA CONSENSUALIDAD EN EL CONTRATO DE SEGURO

Autor: Abog. Edith Rodríguez Asesor: Domingo Sosa Brito Fecha: Noviembre 2008

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analizará la regulación del contrato de seguros contenida en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguros, norma con la cual se introdujo una notable modificación al régimen legal del referido contrato que se encontraba prevista en el Código de Comercio, cambiando la naturaleza del contrato de seguros de solemne a consensual con el fin de alinear este contrato con las tendencias actuales en la materia y con la realidad económica nacional. El tema en estudio se desarrollará mediante la base de una investigación monográfica documental, con el apoyo de fuentes bibliográficas, documentales y páginas Web, tanto nacionales como extranjeras, a los fines de establecer una comparación de las diversas opiniones referentes a variados aspectos del tema en estudio. Dada la naturaleza documental de la presente investigación, se aplicarán técnicas de análisis de contenido para facilitar el estudio, clasificación y síntesis de las diversas opiniones de los autores consultados. Con la información aportada en este estudio, se establecerá claramente las implicaciones legales y prácticas que trae consigo la regulación del contrato de seguro contenida en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguros, análisis de gran importancia para este sector de la actividad financiera del país.

Descriptores: Contrato de seguros, consensualidad, celebración, formación, perfeccionamiento y prueba del contrato de seguros.

INTRODUCCION

El contrato de seguro se encuentra definido en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, (Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario, de fecha 12 de Noviembre de 2001), como un contrato consensual, es decir, que se perfecciona una vez que existe el acuerdo de voluntades de las partes, sin necesidad de algún otro requisito. Esta regulación legal del contrato de seguro como consensual, cambió totalmente la concepción del contrato contenida en las disposiciones del Código de Comercio, que lo consagraban como un contrato solemne que exigía como requisito para su validez y existencia, la emisión de la póliza.

Tal modificación obviamente otorga al contrato de seguro una mayor flexibilidad y permite dar respuesta a las actuales exigencias que impone el mundo globalizado en el cual se desarrollan las relaciones personales y comerciales; siendo indiscutible que era necesario actualizar y adecuar las normas que regían el contrato de seguro, establecidas en el Código de Comercio.

Sin embargo; al efectuarse tales modificaciones, se establecieron disposiciones que no están ajustadas totalmente a la naturaleza del contrato

de seguros, imponiendo conductas a las partes que derivan en definitiva en un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes y que crean en algunos casos, situaciones que pueden derivar en una falta de seguridad jurídica en tan importante relación contractual.

En consecuencia, la presente investigación permite determinar la extensión del carácter consensual del contrato de seguro en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguros, efectuando también, un análisis de la regulación del mismo en otras legislaciones, en cuanto a su carácter consensual, su perfeccionamiento y prueba; lo cual permite establecer un parámetro claro de comparación entre la regulación del contrato que contiene el mencionado Decreto y las normas que rigen el contrato de seguro en otros países.

Finalmente, se presenta un análisis de la contratación de seguros por medios electrónicos, dada la importancia actual de tales mecanismos de contratación para las partes y para el desarrollo de relaciones comerciales entre estas.

CAPITULO I

EL CONTRATO DE SEGUROS, RELEVANCIA DE SU CARÁCTER CONSENSUAL

Antecedentes históricos

Con el fin de abordar el tema central de la presente investigación, es necesario efectuar un breve recorrido por la evolución histórica del seguro, desde la antigüedad hasta la concepción actual del seguro como operación realizada por empresas debidamente autorizadas que responde a fundamentos científicos, basados en la ley de los grandes números y la estadística.

Para una mejor comprensión de tal evolución histórica, se efectuará su análisis en cuatro etapas.

I. Primera fase: a) Antigüedad a la Edad Media: Inicialmente el hombre como individuo aislado se topa con una serie de peligros, encontrando en la familia el primer brote de ayuda mutua, hallando ejemplos de previsión en las antiguas normas del derecho indio y romano, pues en el primero de ellos, los integrantes de una familia sostenían al miembro de ella que quedara imposibilitado para el trabajo y en el derecho romano se encuentra la

"collegia tenuirum", la cual, según indica González (1997, http://www.portal.cnsf.gob.mx/pls/portal/docs/) al citar a Manes, eran :

"...unas asociaciones de gentes humildes que tenían por misión abonar a los deudos del muerto perteneciente a la organización, una determinada cantidad para su enterramiento, a cambio de la cuota de entrada y prima mensual cotizadas por los socios".

En Roma también se ubican dos antecedentes importantes de la concepción actual del contrato de seguro, siendo tales el préstamo a la gruesa o préstamo marítimo conocido como nauticum foenus, base del seguro marítimo y la societas omnium bonorum, mediante la cual todos los asociados comprometían su patrimonio creando un derecho sobre el mismo en favor de sus componentes, previendo el caso de que alguno de ellos se quedara sin recursos.

La mutualidad constituye en esta fase un elemento fundamental para el desarrollo del seguro, entendida esta como asociación de muchas personas con finalidad de asistencia para el reparto de los riesgos, manifiesta Donati (1960, 18), es un fenómeno natural a la humanidad misma que se realiza desde la familia, la horda y la tribu, pero sin la transferencia de riesgos a otra persona.

b) De la Edad Media hasta el Siglo XIV. En esta etapa surgen los gremios como agrupación, entregando sus miembros una determinada cantidad de

dinero para indemnizar incendios, robos, etc., que pudieran ocurrir a sus agremiados; siendo esta una manifestación de previsión de una manera muy incipiente, sin que se perfilara el seguro como una operación definitiva sobre bases técnicas.

En este sentido Vivante, (1935, 4), señala que el seguro era asumido por los comerciantes o mercaderes aisladamente, cada negocio se tomaba casi como una verdadera apuesta al asumir los riesgos del mar, indicando expresamente:

"No era asumir sistemáticamente los riesgos clasificados según la experiencia de los grandes números; no había determinación alguna anticipada del fondo necesario para pagar los siniestros ni, por tanto de las primas necesarias para constituirlo. Las primas tenían entonces que determinarse por la caprichosa influencia de la oferta y la demanda, no por el conocimiento del costo efectivo del seguro".

II. Segunda Fase, Siglo XIV a XVII: En esta fase, el contrato de seguros experimentó un importante avance en Italia, tal y como lo indica López (1999, 2):

"Es en Italia, en el siglo XIV, donde los autores aceptan que se estructura, por vez primera, con los lineamientos con que hoy se conoce, el contrato de seguro; pues se lo empezó a practicar por los mercaderes florentinos, genoveses y venecianos. De Italia se extendió a Francia, España y de allí a toda Europa, siendo la modalidad de seguro marítimo la que con su desarrollo y decantación permitió lograr los grandes alcances que hoy presenta el contrato, convertido en pilar indudable de la economía

mundial, cualquiera que sea el sistema político que adopte un Estado, ya que la necesidad de protección no tiene limitación ideológica alguna".

En esta etapa surge la póliza de seguro marítimo, cuyo antecedente se encuentran en el préstamo a la gruesa, que consistía en la protección de los riesgos que obtenía el dueño de un barco que emprendía viaje por mar, en caso de naufragio, mediante un préstamo de dinero que estaba sujeto a devolución en el caso de que el barco llegara a feliz arribo, quedando el propietario del buque o de la carga obligado a devolver al prestador la cantidad dada en préstamo más altos intereses; pero si naufragaba tenía derecho a quedarse con el dinero, perdiendo el prestador los correspondientes intereses, de esta forma el dueño del barco o de la carga quedaba indemnizado de su pérdida con el derecho a retener el dinero prestado. El préstamo a la gruesa operaba exactamente a la inversa como lo hace el seguro porque en este último primero se paga una prima y después del sinjestro se indemniza.

Este cobro de intereses fue prohibido en 1230, mediante el Decreto del Papa Gregorio IX, lo que venía a significar que no se podía celebrar el préstamo marítimo. Por ello, surge un contrato por medio del cual una persona asume el riesgo a cambio de una prima, que se paga independientemente de que sucediera el siniestro o no y así ya se hablaba de una persona que

garantizaba el riesgo. Este cambio de estructura de lo que era el préstamo a la gruesa vino a darle un gran avance al seguro mercantil. Como Manes (1930, 42) observa:

"La prohibición canónica del préstamo marítimo con interés hizo que los especialistas se esforzasen por formular un seguro del modo más opuesto posible a aquel contrato. Para conseguirlo la obligación del asegurador se disimulaba bajo la forma de un contrato de compra. Aquél decía comprar al asegurado los objetos que se trataban de asegurar y se reconocía deudor del precio estipulado, conviniéndose que el contrato sería nulo si estos objetos llegaban sanos y salvos al punto del destino. Es decir, que la indemnización pactada revestía en el contrato la forma de precio".

Respecto a la forma del contrato, durante la primera mitad del siglo XIV se celebran los contratos de forma verbal pero después se generaliza el uso de hacerlos en forma escrita, con intervención de notarios o corredores. Así es como nace la póliza, que desempeñará un gran papel en la historia del contrato de seguro. Los primeros contratos, eran muy simples, pero posteriormente los corredores italianos, principalmente, elaboraron pólizas de gran complejidad que contenían elementos tales como término concreto de la duración del seguro, el pago anticipado de la prima por el asegurado, recogiendo prácticas y usos, los cuales se iban haciendo uniformes para una misma plaza.

Posteriormente, empiezan a surgir los primeros cuerpos normativos; en Génova, fueron creadas Las Ordenanzas de Barcelona, en España, se constituyen en el primer código general del derecho del seguro marítimo en el que se encuentra un examen de casi todos los elementos jurídicos del contrato, ello debido al gran desarrollo marítimo por las colonias españolas en América. En Francia se encuentran dos compilaciones de gran importancia, el Guidon de la Mer (1861) que constituye una colección de carácter consuetudinario, recogiendo los usos y costumbres especialmente del contrato de seguro y la Ordenanzas de la Marina.

III. Tercera fase: Siglo XVIII a XIX. En la segunda mitad del siglo XVIII el contrato de seguro marítimo está ya perfectamente confeccionado y esto viene a dar pauta al desarrollo del seguro terrestre y de la empresa aseguradora. No se determinaban de manera anticipada los fondos necesarios para pagar los siniestros; los premios o primas eran determinados por la caprichosa influencia entre la oferta y la demanda y no del conocimiento del seguro.

En el avance de la actividad aseguradora, surgió el peligro de la insolvencia de este grupo de aseguradores y tal como lo indica Vivante (1935, 4) a mayores sumas aseguradas y peores los tiempos, las crisis eran más generales y de esta forma mayor el riesgo de incumplimiento por parte de los aseguradores, ya que un riesgo por el sólo hecho de pasar de un patrimonio personal a otro, no modifica su naturaleza aleatoria, pues finalmente lo que

se buscaba era el resarcimiento de los daños y no la quiebra del asegurador y la del asegurado, por lo que se comienza a practicar el seguro en compañías aseguradoras.

En Londres existe un gran impulso y surge la empresa aseguradora en sentido moderno, desarrollada tanto en su forma mutualista como en la forma de seguro a prima fija, realizada por la sociedad por acciones, iniciada primeramente por las compañías coloniales holandesas. Con el incendio de 1666 nace el seguro de incendios con la aseguradora "Great Fire". Además, también es celebre el café Lloyd's de Londres, que viene a ser como una asociación de aseguradores individuales, frecuentado por comerciantes y banqueros londinenses que se reunían allí para negociar. Los financieros que ofrecían contratos de seguros escribían su nombre bajo la cantidad específica de riesgo que aceptaban cubrir a cambio de cierto pago o prima. A estos agentes se les llegó a conocer como underwriters, literalmente, suscriptores, pues suscribían el contrato, es decir, firmaban al pie. Finalmente, en 1769, Lloyd's se convirtió en una comunidad formal de aseguradores que llegó a ocupar el primer lugar en los seguros de transporte marítimo.

En la segunda mitad del Siglo XIX existe un movimiento codificador del derecho mercantil. El Código de Comercio holandés de 1838, es el primero

que regula el seguro de vida, aunque someramente y dejando tal como lo indica Garrido (1954, 31) las condiciones del contrato a la voluntad de las partes, otorgando de esta forma un papel relevante a la libertad de las partes para establecer tales condiciones.

En este sentido en torno al respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, en Bélgica, (1874) se promulga una ley reglando el derecho privado de seguros, coincidiendo su promulgación con un momento donde tienen gran fuerza las doctrinas del liberalismo puro, por lo que la misma se limita a establecer un mínimo de normas que limitan la libertad de las partes, razón por la que no se observa normas imperativas o prohibitivas que restrinjan en forma excesiva la voluntad de las partes. En general, el espíritu liberal de la época trae como consecuencia que la mayoría de los preceptos sean de carácter dispositivo, razón por la cual se considera que ambas partes se encuentran en igualdad de circunstancias al celebrarse el contrato.

IV. Cuarta fase: Siglo XX a la actualidad. En esta fase la tendencia codificadora, se acentúa más pero con características muy distintas. Destaca en esta etapa la Ley Federal Suiza Sobre el Contrato de Seguro, (1908), que regula el contrato de seguro en términos generales y luego un capítulo para el seguro de accidentes y vida. La ley suiza contiene normas imperativas, inderogables y otras que pueden ser modificadas por el acuerdo de las

partes cuando no conlleven un perjuicio al asegurado o a los beneficiarios.

Cabe destacar, en este análisis histórico, la ley francesa del contrato de seguro, (1930), este cuerpo normativo es casi en su totalidad de orden público, teniendo un carácter imperativo sus disposiciones. Igualmente consagra una protección de los asegurados y beneficiarios así como también a las terceras personas a quienes puede beneficiar el contrato de seguro.

Finalmente, es propicio destacar que este espíritu del legislador al establecer normas imperativas, así como una protección al asegurado y beneficiarios, se encuentra presente, en una forma idéntica en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (DFLCS, 2001) vigente en Venezuela.

Concepto y características del contrato de seguro

En primer orden y dada la relevancia del autor, cabe indicar la definición del contrato de seguro aportada por Vivante, (1935, 35), quien señaló que "El seguro es el contrato por el que una empresa constituida para el ejercicio de esa industria asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada de antemano". Destaca en esta definición la necesidad de la existencia de una empresa legalmente constituida y la aplicación de criterios técnicos para el manejo de la actividad aseguradora.

La organización empresarial, bajo la cual debe necesariamente llevarse a cabo la acumulación de las aportaciones en común, es la única organización capaz de desarrollar la actividad aseguradora con las suficientes garantías de solvencia y estabilidad. La consecución de tales garantías tendrá lugar mediante la aplicación por la organización empresarial de una serie de normas técnicas, a saber:

- Aplicación de la Ley de los grandes números, mediante la acumulación de la mayor masa posible de riesgos, con el objeto de procurar el acercamiento de las probabilidades teóricas a las reales.
- Homogeneidad cualitativa de riesgos, con el objeto de compensar riesgos de la misma naturaleza. De ahí la especialización de la actividad por ramos.
- Homogeneidad cuantitativa, de sumas aseguradas, que se consigue mediante la selección de riesgos y su fraccionamiento a través del coaseguro y del reaseguro, en sus distintas modalidades.
- Constitución de reservas o provisiones técnicas, específicas de la actividad, que garanticen el cumplimiento de los contratos y en definitiva la estabilidad de la organización.
- Constitución de reservas patrimoniales que permitan hacer frente a grandes desviaciones de siniestralidad, con las suficientes garantías de solvencia.

Esta organización económica, una vez conformada, captará del entorno social una cantidad importante del ahorro de las personas que lo integran, bajo la forma de primas de seguro que integran un fondo de previsión administrado por ella contra el cual girará sumas de dinero para pagar los daños ocasionados por ciertos y determinados acontecimientos previstos de antemano, que afectan económicamente a algunos de sus asegurados. El fin que persiguen los accionistas, es un lucro o rendimiento por el capital invertido en su constitución que se denomina dividendo, el cual no es más que el producto y retribución del riesgo comercial y de la exitosa gestión técnica.

Otra definición del contrato de seguro que es propicia comentar es la aportada por el autor Ruiz (1978, 49), quien cita a su vez la definición del seguro de Joseph Hémard, señalada en la obra *Théorie et practique des assurances terrestres*, la cual expresamente indica:

"El seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, quien tomando a su cargo un conjunto de riesgos los compensa conforme a las leyes de la estadística".

A pesar de tener un carácter unitario esta definición porque uno de los elementos del contrato lo hace consistir en la prestación del asegurador, posteriormente el mismo autor en la obra citada le da el doble carácter a la

definición citada, el de indemnización para los seguros de daños y el de beneficio para los seguros de personas con la aclaración que pueden tener carácter indemnizatorio o no tenerlo.

El DFLCS contiene una definición del contrato de seguros en su artículo 5, que expresamente dispone:

"El contrato de seguro es aquél en virtud del cual una empresa de seguros, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos, que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al tomador, al asegurado o al beneficiario, o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia de un evento denominado siniestro, cubierto por una póliza".

De tal definición, puede extraerse que el contrato de seguros supone el acuerdo entre dos partes: el tomador o contratante de seguro y la aseguradora, mediante el cual el tomador, el asegurado o beneficiario, recibirá de la aseguradora, a cambio de una contraprestación en dinero, prima, una indemnización en caso de sufrir un determinado siniestro, hasta por el monto de dinero que se pacte. Igualmente de esta definición pueden establecerse cuáles son los sujetos que intervienen en el contrato de seguro: aseguradora, tomador, asegurado y el beneficiario.

En cuanto a las características del contrato de seguro, estas se encuentran

contempladas en el artículo 6 del DFLCS, el cual dispone: "El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de buena fe y de ejecución sucesiva". Seguidamente se analizarán tales características, salvo la referida a la consensualidad por cuanto la misma será explicada en detalle en el capítulo siguiente.

i. Bilateral: En el contrato de seguros ambas partes asumen una serie de obligaciones desde el nacimiento del contrato; el asegurado por su parte asume la obligación de pagar la prima, mantener el estado del riesgo y el asegurador asume la obligación de indemnizar o resarcir la contraprestación convenida en caso de que ocurra el siniestro. Conviene destacar respecto a esta característica lo indicado por Stiglitz (1997, 117):

"Las prestaciones se contraponen y son interdependientes, en el sentido de que una parte asume el propio deber en cuanto la otra asume respectivamente el suyo. En consecuencia el contrato bilateral o sinalagmático requiere que los contratantes se obliguen recíprocamente el uno respecto del otro y estas declaraciones se asumen a través de declaraciones de contenido volitivo, con intereses contrapuestos u opuestos"

Respecto a la obligación del asegurador, esta se encuentra subordinada a la verificación de un presupuesto. Si el evento se realiza, la obligación se torna exigible, si el evento no se verifica, la obligación nacida con el perfeccionamiento del contrato no es exigible; esta obligación varía, no en cuanto al objeto de la prestación que consiste en dinero, bienes o servicios,

sino a la oportunidad de la ejecución de la prestación misma, que puede hallarse, indistintamente subordinada a un evento cierto de plazo incierto o a un evento incierto.

ii. Oneroso: Esta característica se configura ya que una parte contratante obtiene una ventaja de la otra, quedando obligada a satisfacer determinada contraprestación, o tal como lo indica Stiglitz (1997, 121): "...los contratos son onerosos cuando la disminución patrimonial del sujeto va acompañada, seguida o precedida, de una correspondiente ventaja". El contrato de seguro es claramente un contrato oneroso, por cuanto las ventajas o beneficios que el asegurador se compromete a otorgar al asegurado, los asume a cambio de la prestación que se obliga a realizar el asegurado, es decir del pago de la prima.

Se explica el por qué de esa característica del contrato de seguro, pues en él hay un gravamen recíproco manifestado esencialmente en el pago de la prima por parte del tomador y en el pago de las indemnizaciones por parte de la aseguradora, sin que desdibuje ese carácter el hecho de que en determinados casos no ocurra el siniestro, ya que lo cierto es que siempre existe para la aseguradora la posibilidad de soportar el pago de aquellas y de que, tarde o temprano, el siniestro se presente; si así no fuera, la actividad aseguradora no tendría razón de ser.

iv. Aleatorio: Se entiende por tal aquel en el cual la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la ventaja, o sea, la entidad del riesgo al que todo contratante se expone, no puede ser estimada en el acto de la formación del contrato y recién se la conocerá con seguridad según el curso de los acontecimientos; tales ventajas se hallan subordinadas a un hecho o acontecimiento incierto.

En el contrato de seguro, la posibilidad de incertidumbre es calculable. El riesgo puede ser científicamente eliminado, no impidiendo su producción, sino repartiendo sus consecuencias económicas que lo han de soportar. Esta previsión se funda en la ley de los grandes números, por lo cual una compañía adecuadamente manejada no tiene por qué arrojar pérdidas, no por eso siempre está jugando con el azar, con lo imprevisto, para determinar el alcance de sus obligaciones, siendo esta la razón básica de la obligación que tienen las aseguradoras de mantener adecuadas reservas técnicas. Al observar el contrato de seguro a nivel individual, no existe la menor duda acerca de su carácter aleatorio; empero, si se analiza sobre el conjunto total de contratos podría aceptarse que tiende a desaparecer la característica debido a que una sana política de aceptación de riesgos, debe evidenciarse en un equilibrio entre primas recibidas y siniestros pagados dejando siempre un razonable margen a favor de la aseguradora.

Al respecto afirma Vivante (1952, 36) que no hay duda de que la industria de los seguros tiende a hacerse cada día más equilibrada y prudente mediante una apreciación estadística de los riesgos y de las primas y un bien ordenado sistema de reaseguros, indicando en forma contraria a la anterior postura, que este ordenamiento, muy lejos de excluir la índole aleatoria de cada uno de los contratos, la supone necesariamente, pues no se puede obtener equilibrio de los riesgos si no existen tales riesgos; llegando de esta forma a la conclusión que aquella doctrina comete el error de confundir el contrato con los caracteres de la industria a la que pertenece. En efecto, cualquiera sea el ordenamiento industrial de la empresa aseguradora, el hecho es que ninguno de los contratantes puede saber si sacará del contrato una ganancia o una pérdida hasta que se verifique el evento, que es lo que caracteriza el contrato aleatorio.

En este orden de ideas, cabe mencionar la opinión de Halperin, al ser citado por Stiglitz (1998, 170), para quien el alegato de que la explotación por una empresa elimina el alea para el asegurador, pierde de vista el contrato, confundiéndolo con la organización para su explotación industrial por una de las partes. Por el contrario, esta organización supone el alea, puesto que se constituye para contratar en masa y eliminar por este sistema el alea para ella.

v. De buena fe: Desde la etapa precontractual las partes del contrato de seguro asumen deberes secundarios de conducta, los cuales se explican en la distinción que existe entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan, que les son accesorias o instrumentales y que se fundan en la ejecución de la expectativa de crédito. Estos deberes de cooperación son manifestaciones de buena fe contractual. Es un deber precontractual, que se requiere antes de la celebración del contrato, por el que el tomador está obligado a notificar al asegurador todas las circunstancias que conozca que puedan influir en la valoración del riesgo, mediante la contestación a un cuestionario a que este le somete. Es de los denominados de "máxima buena fe". Su incumplimiento o cumplimiento inexacto por el asegurado si es debido a negligencia puede acarrear la anulabilidad del contrato y si es doloso libera al asegurador del pago de la indemnización.

Al respecto cabe señalar lo indicado por Halperin (1986, 51), respecto a esta característica del contrato de seguro:

"El concepto de buena fe no es un rasgo peculiar del seguro. Domina todo el derecho de las obligaciones: las partes deben conducirse con buena fe en la celebración y ejecución, como en todos los contratos. Si los principios de la buena fe hallan una aplicación más frecuente y rigurosa, se debe a la naturaleza del contrato y a la posición especial de las partes. Respecto del asegurador, el tomador debe conducirse con la mayor lealtad posible en cuanto se refiere a la descripción del riesgo y al mantenimiento del estado del riesgo. Respecto del tomador, el asegurador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo a cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la

interpretación de la póliza, por el carácter del contrato, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador y por su naturaleza de contrato de masa, de condiciones uniformes (en principio) e impuestas al asegurado".

Es decir, dentro del campo que abarca el seguro el concepto de buena fe, adquiere una connotación más estricta porque a diferencia de muchos contratos en que la habilidad o suspicacia de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro, donde es necesario tomar como base la buena fe, son drásticamente sancionadas conductas que pudieran ser irrelevantes en otros negocios jurídicos.

Por lo tanto, cuando se presentan las declaraciones del tomador, contenidas en la solicitud de seguro, la aseguradora debe basarse en que todos los datos que se le dan son ciertos y salvo una prudente inspección de los objetos que han de asegurarse, no tiene por qué, ni podría hacerlo ante el volumen de asegurador, entrar a realizar para cada solicitud de seguro una minuciosa revisión para determinar si es cierto lo que se le está afirmando.

El principio de buena fe tiene una trascendencia muy especial en el contrato de seguro, debido a la naturaleza del mismo y a la posición especial de las partes. El asegurado, al momento de celebrar el contrato, manifiesta su buena fe en la descripción exacta del riesgo a que está sometido. También,

demuestra su buena fe durante la ejecución del contrato toda vez que notifica cualquier agravamiento en el riesgo.

vi. Finalmente con relación al carácter de ejecución sucesiva o continuada, de duración o de tracto sucesivo, este impone una prolongación de la etapa de cumplimiento o de ejecución, por una cierta duración; es condición para que el contrato produzca los efectos deseados por las partes y satisfaga la necesidad que las indujo a contratar, que la ejecución se distribuya o se reitere en el tiempo.

En el contrato de seguro al examinarse las obligaciones a cargo del tomador, estas son de cumplimiento continuado, aunque inicialmente podría considerarse que la principal obligación a cargo del tomador como lo es la del pago de la prima pudiera cumplirse en una sola oportunidad en el caso de pagarse de contado, no por ello le quita al contrato esta característica; por cuanto otras obligaciones revisten el carácter de ejecución sucesiva, como lo son las obligaciones de informar sobre el estado del riesgo, comunicar las circunstancias que impliquen su agravación, observar estrictamente las garantías dadas, transmisión de propiedad de los bienes asegurados, salvamento. De igual forma el asegurador, desde el momento que asume los riesgos, se obliga al resarcimiento de un daño o la ejecución de una prestación, subordinado ello a la producción del evento previsto.

Las obligaciones a cargo de los contratantes no se agotan cuando se suscribe el contrato, sino que apenas se inician, aspecto que es particularmente exigente respecto del tomador y del asegurado; pues antes de que se llegue a presentar un siniestro las obligaciones corren a cargo de los mismos y aún después de presentado, donde surgen las de la aseguradora; se conservan otras adicionales, tales como dar el aviso del siniestro, demostrar la reclamación, informar acerca de los coaseguros existentes.

Adicional a las características anteriormente explicadas, es oportuno señalar otras, que aún cuando no se encuentran mencionadas en el artículo 6 del DFLCS, ya indicado, son mencionadas por la doctrina como propias del contrato de seguro, a saber:

a) El contrato de seguro es indemnizatorio. En torno a la misma, ha existido una extensa polémica, pues aunque se acepta unánimemente que en el seguro contra daños siempre opera el principio indemnizatorio, no ha ocurrido así con los seguros de personas, esencialmente con el seguro de vida por considerarlo ajeno al principio indemnizatorio. Al respecto la corriente que propugna el carácter indemnizatorio de todos los contratos de seguro, establece solamente una diferencia respecto al momento en el cuál se establece la indemnización, señalando que en los seguros contra daños el

monto de la indemnización se tasa luego de ocurrido el siniestro, mientras que en los seguros de personas, esta se fija con anterioridad y sobre bases que no admiten discusión.

- b) El contrato de seguro se efectúa en consideración a la persona. Teniendo en cuenta que forma parte esencial de los riesgos por asumir el denominado riesgo moral, es decir, la mayor o menor potencialidad de peligro de acuerdo con el grado de educación, formación, cultura y tradiciones tenga una persona, el seguro es un contrato que siempre se hace en consideración a la persona, por supuesto siempre tomando en consideración que estas cualidades de la persona deben ser relevantes frente al contrato de seguro, y sólo entonces un error sobre estos aspectos, podría conllevar la nulidad del contrato. Así por ejemplo, en las pólizas colectivas de automóviles se considera más la aptitud y las condiciones éticas de un grupo de personas que la identidad de cada uno de sus integrantes individualmente considerada, aspecto que se ve aún más debilitado si se consideran las nuevas formas de colocación de seguros, por ejemplo, a través del sistema de Bancaseguros, donde cada vez las cualidades individuales de la persona tienden a perder importancia.
- c) El contrato de seguro es un contrato de adhesión. La actividad aseguradora, requiere de uniformidad del clausulado que rigen estos

contratos, tanto por razones técnicas de la operación misma, como por la imperiosa necesidad de lograr facilidad y rapidez en tales operaciones, esta necesidad ha estado presente desde los orígenes del contrato de seguro, dando nacimiento a la póliza.

Las empresas aseguradoras están destinadas a la producción en serie de contratos necesariamente uniformes para cada tipo de seguro, ya que sólo así puede asumirse un gran número de riesgos de la misma especie, que llenen los requisitos de homogeneidad y de igualdad de circunstancias que exige el procedimiento económico de la mutualidad, base técnica de toda operación de seguro.

En este aspecto, cabe mencionar que las empresas aseguradoras de acuerdo a la legislación venezolana, no se encuentran en la potestad de establecer libremente las condiciones generales y particulares de los contratos de seguro que pretendan celebrar, por el contrario se encuentran sujetas a un estricto y riguroso control establecido por la Superintendencia de Seguros, de acuerdo a lo indicado en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.865 del 8 de marzo de 1995, según el cual las pólizas, anexos, recibos, solicitudes y demás documentos complementarios relacionados con aquellos, deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia de

Seguros, debiendo adicionalmente aplicar en tales condiciones que rigen los contratos, las normas previstas en el DFLCS, dado el carácter imperativo de tales disposiciones. Por lo cual puede concluirse que no existe una libertad plena de las aseguradoras en crear y determinar el contenido de las condiciones que rigen tales contratos, ni tampoco puede afirmarse que establecen "unilateralmente" tales condiciones. Cabe destacar que esta posibilidad de establecer unilateralmente estas condiciones, constituye el elemento primordial que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario ha establecido en su artículo 81 como característica de los contratos de adhesión, en consecuencia, es bastante discutible que el contrato de seguro puede catalogarse como uno de adhesión dadas las consideraciones indicadas anteriormente.

Causa y objeto del contrato de seguro

Al abordar el estudio de la causa, es propicio recurrir para despejar cualquier tipo de dudas al enfoque que Donati (1960, 168) aportó, al definirla como la función económico-social reconocida y tutelada por el derecho objetivo, constituyendo la causa y el objeto aspectos adjetivos inseparables de la relación, considerando a la causa como el aspecto funcional y el objeto como el aspecto instrumental o estructural.

El autor citado efectúa un profundo análisis de las distintas posiciones que han pretendido determinar la causa del contrato de seguro, llegando a la siguiente conclusión:

"La doctrina civilista ha puesto ya en claro que la esencia del sinalagma consiste en un riguroso vínculo genésico (causa adquirendi) y en un vínculo funcional (causa solvendi) y que el primero no aparece entre las obligaciones que constituven la relación sino entre las promesas que fundan la relación; por lo tanto bien puede haber un sinalagma genésico entre la promesa de una obligación pura y la de una obligación no sólo a término. sino hasta subordinada a un presupuesto incertus an, porque también en este último caso la promesa siempre existe. Y es tal promesa que, creando vínculo y expectativa, produce la atribución patrimonial y, aunque el evento no ocurra, presenta una propia utilidad y da solución así a la causa del contrato: por lo tanto se justifica como, pendente evento, el asegurador pueda pretender el pago de la prima, ya que no está subordinado al evento la relación, sino solamente la obligación del asegurador y como, si el evento no ocurre, el contratante no tiene derecho a repetir las primas pagadas, porque la asunción de la obligación condicionada resulta causa adquirendi".

Es decir, la obligación del asegurador está subordinada a un evento incierto, esta subordinación es un elemento esencial de la relación aseguradora y proviene de su misma naturaleza. El fundamento para resolver el problema sinalagmático que está relacionado con el contrato de seguro, se encuentra según Donati (1960, 177), en que la obligación del asegurador está condicionada; es decir, la asunción del riesgo de otro, es la asunción de una obligación subordinada a un presupuesto, constituyendo este sinalagma genésico la verdadera causa del contrato de seguro, el cual se genera desde el nacimiento del contrato, conformando tal sinalagma las obligaciones

recíprocas de las partes, siendo la obligación del asegurado el pago de la prima y la del asegurador el pago de la indemnización, aún cuando se encuentra subordinada a un presupuesto incierto.

El legislador ha incurrido en una imprecisión al establecer la causa del contrato de seguro en el artículo 11 del DFLCS; al indicar:

"Todo interés legítimo en la no materialización de un riesgo, que sea susceptible de valoración económica, puede ser causa de un contrato de seguros. Pueden asegurarse las personas y los bienes de lícito comercio en cuya conservación tenga el beneficiario un interés pecuniario legítimo"

Tal imprecisión radica en que al establecer como causa del contrato a "todo interés legítimo en la no materialización de un riesgo, que sea susceptible de valoración económica"; ha confundido la causa del contrato de seguro con el objeto, siendo éste el interés asegurable, es decir, la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a una relación jurídica de contenido económico. El interés asegurable debe, al menos en los seguros de carácter patrimonial, ser susceptible de estimarse en dinero; es decir, que el valor económico incorporado a la relación jurídica que vincula a un sujeto con un objeto, debe ser posible estimarse en dinero.

El artículo 10 del DFLCS, determina el objeto del contrato de seguro en los siguientes términos: "El contrato de seguro puede cubrir toda clase riesgos si

existe interés asegurable; salvo prohibición expresa de la ley". Igualmente es propicio señalar lo indicado en el artículo 57 del DFLCS, respecto al interés asegurable en los seguros contra los daños, el cual expresamente dispone:

"Interés asegurable.

Todo interés económico, directo o indirecto, en que un siniestro no se produzca, puede ser materia del seguro contra los daños. La ausencia de interés asegurable al momento de la celebración del contrato produce la nulidad del mismo."...

Los derechos, las cosas y los bienes están sometidos a las contingencias de los riesgos en general, tales riesgos pueden devenir en siniestro afectando al derecho, es decir, menoscabándolo o extinguiéndolo. Ello a su vez ocasiona en el patrimonio del sujeto una disminución en su activo al perderse el valor incorporado al derecho subjetivo del cual es titular. El interés asegurable debe existir en los seguros patrimoniales al tiempo de celebrarse el contrato.

Finalmente, respecto a este último aspecto analizado, referido a la causa y al objeto del contrato de seguro, queda evidenciado la confusión e imprecisión en la que ha incurrido el legislador al establecer los parámetros que rigen a cada uno de estos elementos esenciales del contrato, constituyendo tal imprecisión uno de los aspectos relevantes que ameritan ser examinados en una futura revisión del DFLCS.

CAPITULO II

CONSENSUALIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO

Consentimiento, autonomía de la voluntad de las partes, formación y perfeccionamiento del contrato de seguro

La autonomía de la voluntad, sigue constituyendo la fuente principal de la regulación contractual; de esta forma el Estado otorga a las personas la prerrogativa para autorregular sus actuaciones y sus intereses particulares. El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada, tal como lo indica Ospina (1960, 6) "consiste en la delegación que el legislador hace a los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercitan mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos".

Con fundamento en el referido principio las personas se encuentran legitimadas para elegir la forma con la cual entenderán perfeccionados dichos contratos, dentro de la cual, se encuentra la opción de la ausencia de formas especificas, cuya manifestación más común es la consensualidad, teniendo como límites y cargas, el respeto a lo establecido en la ley, las buenas costumbres y el orden público. Una de las bondades que ofrece la consensualidad, es que permite que las partes puedan adoptar diferentes

formas de crear vínculos jurídicos, derivados de la actividad negocial planteada, al declarar su aceptación que va desde la manifestación verbal, telefónica, entre ausentes, hasta escrita a través de cualquier documento.

En este sentido, Uribe (1983, 185) dice, sobre lo anterior, que:

"Debido al avance de las instituciones y el fortalecimiento del principio de la autonomía de la voluntad, el sistema moderno de formación del contrato es el inverso del romano: la regla es el contrato consensual, o sea, el que existe por el solo consentimiento de las partes, independientemente de la manera como estas lo expresen. Las únicas excepciones son el contrato real y el solemne. En el primero no hay consentimiento sin entrega de la cosa, acto que constituye el signo del acuerdo de voluntades y sin el cual es inexistente el contrato. En el segundo el signo consiste en una o más solemnidades escritas (instrumentos públicos o privados, herencia judicial u otras), cuya omisión determina en unos casos, la inexistencia del contrato y en otros su nulidad absoluta o relativa".

La voluntad autónoma se expresa, se presume o se acata, a través del consentimiento de las partes; consentimiento que ha sido definido por nuestro Código Civil, en el artículo 1141, tal como fue indicado, como una de las condiciones requeridas para la existencia del contrato.

La consensualidad en el contrato de seguros determina que este se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes, lo cual permite una mayor movilidad que es propia de las operaciones de carácter mercantil que requiere para su conclusión sólo el consentimiento de las partes, sin que

para su perfeccionamiento se deba necesariamente recurrir a alguna formalidad, creándose el contrato con el simple consentimiento, dando inicio a los derechos y deberes de los sujetos de la relación negocial.

El contrato de seguros ha sido expresamente catalogado por el DFLCS como un contrato consensual, con lo cual se otorga un papel relevante a la autonomía de la voluntad de las partes, pues son ellas quienes determinan el momento de nacimiento del contrato con su sólo consentimiento.

Mediante esta autonomía de la voluntad las partes son libres de contraer obligaciones, por un lado el asegurador, mediante la obtención de una prima determinada, se obliga a indemnizar los daños que pudiera sufrir el asegurado, una vez ocurrido el siniestro, y por otro lado el asegurado, se obliga al pago de la prima como contraprestación de la obligación que asume la aseguradora, de lo cual se evidencia que la consensualidad, en principio, determina la existencia del contrato mismo.

Al respecto, en la exposición de motivos del DFLCS expresamente hace referencia a esta modificación de la consagración del contrato de seguros como consensual, al señalar expresamente que:

"El presente Decreto Ley recoge las modernas tendencias en esta materia, definiendo el contrato, incluyendo el carácter imperativo de sus disposiciones a no ser que ellas mismas establezcan lo contrario. Se ratifica el carácter mercantil del contrato de seguros y sus características como contrato bilateral, oneroso, aleatorio, de buena fe y de ejecución sucesiva, igualmente como innovación se modifica la forma de perfeccionamiento del contrato, pasando de la solemnidad a la consensualidad que resulta más cónsona con la rapidez de este tipo de operación".

Igualmente el DFLCS en su artículo 6 ratifica este carácter consensual, reiterando su relevancia en el artículo 14, primer aparte que expresamente señala "El contrato de seguro y sus modificaciones se perfeccionan con el simple consentimiento entre las partes".

Se considera que esta modificación legal, viene a favorecer y a romper con los esquemas solemnes que existían en materia de seguro, que obstaculizaban las prácticas y obviamente, no permitía fácilmente adaptarse a las exigencias tecnológicas actuales y a las exigencias de la globalización.

Ahora bien, en relación con el proceso de formación del contrato tiene importancia relevante, la oferta y la aceptación. En este sentido la oferta debe distinguirse rigurosamente de la simple manifestación de un deseo de entrar en tratos preliminares y de la invitación a hacer ofertas. Así mismo, la aceptación debe ser congruente con la oferta; constituye una cuestión de interpretación la de determinar si en algún caso la mera ampliación hecha al aceptar la oferta debe entenderse en el sentido de repulsa y nueva oferta o de aceptación de la oferta nueva por lo ampliado. A los efectos de establecer

el contexto legal que rige esta materia, es relevante destacar el contenido de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, los cuales expresamente disponen:

"Artículo 1137. El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio.

El autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que el lo haga saber inmediatamente a la otra parte.

El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento. La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta.

Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo, o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo, no es obstáculo para la formación del contrato.

La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.

Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta".

"Artículo 1138. Si a solicitud de quien hace la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debe preceder a la respuesta, el contrato se forma en el momento y en el lugar en que la ejecución se ha comenzado.

El comienzo de ejecución debe ser comunicado inmediatamente a la otra parte".

Para que haya oferta o propuesta de seguro en sentido técnico se necesita que se trate de una declaración de voluntad de contratar con una determinada persona, a quien va dirigida esa declaración, razón por lo cual

se dice que tiene el carácter de recepticia; que esa declaración contenga todos los elementos esenciales del contrato de seguro que se quiere celebrar, o por lo menos los datos suficientes para su determinación.

Las condiciones generales de cada tipo de contrato de seguro, predispuestas por el asegurador y difundidas entre el público mediante cualquier medio, no constituye técnicamente una verdadera oferta de contrato de seguro hecha al público en general, en forma tal que el asegurador carezca de libertad para elegir o seleccionar la contraparte. Aquella persona del público o aquella persona determinada a quien concretamente se haya dirigido tal invitación, que la encuentre conveniente a sus intereses y crea oportuno contratar, formulará su propuesta que contendrá las condiciones particulares del riesgo a asegurarse que sólo el propio contratante puede proponer y ofrecer y por la otra, normalmente el autor de las condiciones generales se reserva escoger la persona del contratante en razón de su posición y se reserva también examinar y eventualmente discutir las condiciones particulares en las cuales se concretará el contrato. Hace en cambio esa oferta al público para contratar con quienquiera que sea, tal como lo indica Ruiz (1978, 86) "el comerciante que expone en el escaparate la mercancía con la indicación del precio".

La empresa de seguros necesita libertad para aceptar o para rechazar la

propuesta u oferta de contrato de seguro que se le haga, teniendo en cuenta la gravedad o intensidad del riesgo cuya asunción signifique la celebración del contrato. Esa misma libertad debe tener en atención al riesgo moral que represente la persona del asegurado y aun su solvencia económica, circunstancia esta última de gran relieve en los seguros de vida, en que una suma asegurada puede ser inadecuada, por excesiva, para la capacidad económica del proponente del seguro, caso en el cual, el contrato tendría pocas probabilidades de subsistir por todo el tiempo necesario.

Estos elementos de juicio son necesarios no sólo para aceptar o rechazar la propuesta de contrato, lisa y llanamente, sino también para determinar las condiciones en que la empresa de seguros pudiera aceptar el seguro propuesto, como las relativas a la limitación de la extensión de la cobertura, de la determinación de deducibles y en general de las limitaciones del riesgo, de la fijación de exclusiones, del monto de la prima que debe guardar relación estrecha con el riesgo asumido.

Respecto a la imposibilidad de considerar o asimilar que las condiciones generales y particulares aprobadas por el ente regulador de las empresas de seguros como una oferta permanente de las empresas de seguros, es oportuno destacar la consagración que la legislación mexicana ha dado al contrato de seguros. En efecto Ruiz, (1978, 83), ha indicado:

"Aunque el contrato de seguro es uno de los más característicos de adhesión y cronológicamente de los primeros, no por ello debe suponerse que bastaría el hecho de que una persona acudiera a una sociedad aseguradora para manifestar su aceptación de las condiciones generales en cualquier tipo de seguro, para que éste quedara concluido, es decir, perfeccionado.

La razón es obvia puesto que el contrato es esencialmente acuerdo o conjunción de voluntades acerca de un objeto materia del mismo y en el supuesto anterior, ese acuerdo de voluntades no podría existir con la sola declaración (adhesión a las condiciones generales) hecha por cualquier persona a la aseguradora que hubiere predispuesto tales condiciones generales y las hubiera dado a conocer al público por cualquier medio. Esta publicidad del clausulado uniforme no es una oferta o propuesta hecha al público en general".

Finalmente, en lo que respecta al perfeccionamiento del contrato de seguro es necesario examinar la posibilidad de que las partes puedan subordinarlo a la firma de la póliza o a la satisfacción de la prima inicial, actos que pudieran considerarse esenciales para la existencia del contrato, sin embargo, comúnmente estos son considerados más bien como actos de ejecución. Esta posibilidad de cara a la Ley no tendría gran soporte, por cuanto una estipulación contractual que condicione el perfeccionamiento del contrato de seguro al pago de la prima inicial altera su naturaleza consensual, carácter imperativo por expresa disposición legal, sería contrario al ordenamiento jurídico que los sujetos del contrato estipulen en contradicción a tal precepto legal.

Cargas de las partes contratantes al momento de la formación del contrato de seguro

En la fase anterior al perfeccionamiento del contrato, las partes recíprocamente se deben consideración y lealtad, la regla sustancial en esta fase es, tal como lo indica Stiglitz, (2004, 352) es la de hablar claro y no incurrir en reticencias o inexactitudes sobre circunstancias tales que, de haber sido manifestadas correctamente, habrían obstado a la conclusión del contrato o, de haberse perfeccionado lo habría sido con otro contenido. Lo expresado significa que el objeto contractual, la materia de que se trata el contrato y las circunstancias atinentes a ella deben ser conocidas por ambas partes en etapa de tratativas, para preservar la relación de equivalencia al tiempo del perfeccionamiento del contrato. Lo que supone que de no ser así, si el que dispone de la información la oculta o la suministra falsamente, el contrato se ha concluido en situación de desigualdad, de tal relevancia que vicia el consentimiento

Cabe destacar, que reticencia quiere decir omisión, ausencia de expresión, ausencia de manifestación de cosas que deben ser manifestadas, o manifestación incompleta, distorsionada o confusa de las mismas; inexactitud quiere decir manifestación errónea contraria a la verdad, a la realidad física de los hechos. Reticencia o inexactitud afectan al seguro, cuando se refieren

al estado del riesgo, porque impiden a la empresa de seguros el conocimiento real de la intensidad o la probabilidad del riesgo, elementos que determinan a su vez, no sólo la manifestación misma de voluntad por parte de la empresa de seguros, sino el monto de la prima que éste debe cobrar y que está directamente relacionado con las condiciones objetivas del riesgo.

En este orden de ideas, Ordóñez (2004, 19), atribuye a esta declaración veraz y certera del estado del riesgo, la naturaleza de carga al indicar:

"Su naturaleza de carga es indiscutible, en la medida que su cumplimiento no puede ser exigido coactivamente: se cumple o no se cumple y si no se cumple se producirán las sanciones correspondientes que, como se verá pueden llegar a determinar la nulidad del contrato. No se trata, por lo demás de un deber surgido del contrato mismo, una vez celebrado, sino que se impone a la parte asegurada previamente a la celebración del contrato, o por lo menos en forma coetánea, en el momento de la contratación o en el momento de producirse el intercambio de voluntades que va a generar el contrato".

Sin embargo, no es el incumplimiento de la carga, por sí solo, lo que trae como consecuencia eventual la nulidad del contrato, sino el vicio de la voluntad que ese incumplimiento puede llegar a determinar en ciertos casos.

La carga de declarar veraz y certeramente el estado del riesgo existe en cabeza de la parte asegurada, dado que es ella la que está en contacto permanentemente con el interés que va a asegurar y con los riesgos que lo

amenazan; en consecuencia es ella la que está en condiciones de conocer cuáles son las circunstancias, los hechos que determinan la intensidad y la probabilidad de realización de tales riesgos.

La importancia de esta declaración veraz y certera, ha sido recogida en sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, entre ellas la dictada en fecha 11 de abril de 2002, expediente 6825, con ponencia de Jorge Santos Ballesteros:

"Esa declaración del estado del riesgo bien puede hacerse en cuestionario que absuelve el tomador a pedido del asegurador, y allí se incluyen de ordinario no sólo preguntas relativas al riesgo físico como tal, esto es, al estado o facetas de la cosa o persona sobre la que recaerá el seguro, sino sobre todas aquellas particularidades que puede llegar a tener en cuenta el asegurador. atinentes a la persona del asegurado, como su solvencia moral, su económica. SUS oficios. aficiones capacidad particularidades que, en general, las más de las veces, sólo podrá conocer el asegurador por la declaración sincera que haga el tomador, sin perjuicio de que pueda y hasta deba exigírsele que indaque en determinados casos si son verdaderas las afirmaciones del futuro tomador, sobre todo si de ellas se desprenden hechos relevantes, a pesar de que se reconozca que la gran cantidad de riesgos que asume impide que una averiguación pormenorizada le sea exigible en cada contrato de seguros que esté presto a concluir".

Igual advertencia realiza Vivante (1952, 260) respecto a la imposibilidad que tiene el asegurador de conocer la existencia de circunstancias influyentes en la apreciación del riesgo, de allí que deba confiar en las declaraciones del asegurable o asegurando, al indicar:

"El asegurador no está, ordinariamente, en condiciones de conocer por sus propios medios todas las circunstancias que puedan contribuir a permitirle formarse un concepto cabal de las cosas y por ende apreciar exactamente el riesgo. De aquí que deba confiar en la declaración del asegurado, que es quien está en mejores condiciones para conocer la naturaleza de la cosa que asegura y los peligros a que la misma se encuentra sometida"

De esta forma la declaración reticente o falsa suministrada por el futuro asegurado, con abstracción de la mala o buena fe con que haya sido emitida, vicia el consentimiento del asegurador, quien al aceptar la propuesta, motiva que quede perfeccionado un contrato sobre un riesgo, materia u objeto distinto del verdadero.

Prueba del contrato de seguros

La aceptación, usualmente, adopta la forma escrita y consiste en la emisión de la póliza y es la expresión impuesta por la práctica como manifestación de la voluntad de la empresa de seguros de perfeccionar el contrato propuesto por el asegurado y entregada al tomador debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible, constituye pues su prueba capital, guía de interpretación y presupone el perfeccionamiento del contrato.

La resonancia social del contrato de seguro, la complejidad técnica ya de por sí inherente al negocio, la dificultad de desentrañar el sentido y alcance de algunas de sus acepciones usuales, el elevado número de condiciones generales y particulares que contiene la póliza que instrumenta el contrato, la prolongación en el tiempo del negocio y el interés de terceros; han aconsejado la conveniencia de adoptar el medio escrito como mecanismo probatorio razonablemente más seguro. Afirmar la admisibilidad de todas las fuentes probatorias, hace difícil la previsión del resultado de la prueba.

Los acuerdos previos a la formación definitiva del contrato de seguro y que obliga a la otra parte siempre y cuando no manifieste la no-aceptación, vienen a constituir una prueba de la existencia del contrato de seguro, antes de la emisión de la póliza, que representa el medio de prueba por excelencia. Constituye la póliza la guía central para determinar responsabilidades y derechos de las partes, razón por la cual la póliza no ha perdido el papel fundamental como medio de prueba.

En cuanto a los medios probatorios legalmente admitidos tenemos, que si bien es cierto que la póliza constituye el documento por excelencia que prueba la existencia del contrato de seguro, tal como se indicó anteriormente, no menos es cierto, que diversas legislaciones admiten todos los medios probatorios posibles, siempre y cuando impere el principio de prueba escrita, circunstancia que será examinada en detalle en el Capítulo III de la presente investigación, correspondiente al análisis de legislación

comparada. Destaca en este sentido, las estipulaciones contenidas en la legislación de países como Colombia y México, que admiten la confesión para probar la existencia del contrato de seguros.

El DFLCS ha ampliado los medios probatorios para la verificación de los contratos de seguro, al no considerar a la póliza como único medio de prueba. Expresamente el mencionado artículo indica:

"Artículo 14. El contrato de seguro y sus modificaciones se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes.

La empresa de seguros está obligada a entregar al tomador, en el momento de la celebración del contrato, la póliza, o al menos, el documento de cobertura provisional, el cuadro recibo o recibo de prima. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales emitidas por la Superintendencia de Seguros no se exija la emisión de la póliza, la empresa de seguros estará obligada a entregar el documento que en estas disposiciones se establezca.

La empresa de seguros debe suministrar la póliza al tomador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrega de la cobertura provisional. La empresa de seguros debe entregar, asimismo, a solicitud y a costa del interesado, duplicados o copias de la póliza. La empresa de seguros deberá dejar constancia de que ha cumplido con esta obligación.

Será prueba del contrato de seguro a falta de entrega de la póliza por parte de la empresa de seguros el recibo de prima, cuadro recibo o cuadro de póliza.

Los terceros interesados en demostrar la existencia de un contrato de seguro, pueden acudir a todos los medios de prueba idóneos previstos en al ley, de acuerdo con la naturaleza del contrato".

Destaca en esta disposición la posibilidad a los terceros interesados en demostrar la existencia de un contrato de seguro, de acudir a todos los

medios de prueba idóneos previstos en la ley, de acuerdo con la naturaleza del contrato, creando de esta forma una ambigüedad al no establecer un parámetro claro para determinar cuál puede ser este medio de prueba idóneo, ni establecer, tal y como lo hacen otras legislaciones, el principio de prueba por escrito.

A pesar de las consideraciones antes señaladas, es indudable que la póliza sigue siendo un documento fundamental del contrato de seguro y el medio de prueba por excelencia que no admite objeción alguna, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley exige, admitiéndose en la gran mayoría de las legislaciones, como documento probatorio fundamental.

Al respecto es propicio señalar lo previsto en el artículo 16 del DFLCS respecto a la póliza de seguro y su contenido:

"La póliza de seguro es el documento escrito en donde constan las condiciones del contrato. Las pólizas de seguros deberán contener como mínimo:

- Razón social, registro de información fiscal (RIF), datos de registro mercantil y dirección de la sede principal de la empresa de seguros, identificación de la persona que actúa en su nombre, el carácter con el que actúa y los datos del documento donde consta su representación.
- 2. Identificación completa del tomador y el carácter en que contrata, los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos.
- 3. La vigencia del contrato, con indicación de la fecha en que se extienda, la hora y día de su iniciación y vencimiento, o el modo de determinarlos.
- 4. La suma asegurada o el modo de precisarla, o el alcance de la

cobertura.

- 5. La prima o el modo de calcularla, la forma y lugar de su pago.
- 6. Señalamiento de los riesgos asumidos.
- 7. Nombre de los intermediarios de seguro en caso de que intervengan en el contrato.
- 8. Las condiciones generales y particulares que acuerden los contratantes.
- 9. Las firmas de la empresa de seguros y del tomador".

Sin embargo, surge una inquietud en cuanto a la enumeración anterior y la obligatoriedad de cumplir con la misma en una forma estricta, so pena de viciar el contrato de seguro. En este aspecto es propicio citar lo indicado por López (1999,108), respecto al contenido del artículo 1047 del Código de Comercio Colombiano, que contiene una enumeración similar a la contenida en el artículo 16 del DFLCS, antes citado

"Los anteriores son los requisitos mínimos que debe reunir una póliza de seguro, pero no debemos confundir esos requisitos formales con los elementos esenciales del contrato de seguro, de modo que si a una póliza le faltara alguno de ellos o inclusive varios, de ninguna manera podría sostenerse apriorísticamente la inexistencia o la invalidez del contrato, pues como bien lo ha dicho nuestra Corte con relación a la carencia de la firma en la póliza por parte del asegurado: "que no hace falta la firma del asegurado en la póliza, lo demuestra el hecho de que, para hacerla valer contra el mismo asegurado, sin esta firma, le bastaría a la parte aseguradora acreditar por cualquier otro medio pertinente que el asegurado ha hecho suya la negociación, como sería el caso de que por parte del último se hubiera dado principio a la ejecución. La inteligencia con que así se manifiesta el sistema legal, es natural consecuencia de la índole misma del negocio de seguros, puesto en manos de vastas empresas, las que solo bajo el imperio de normas que hagan expedita su responsabilidad, podrán atender como corresponde a la creciente necesidad en que están individuos y sociedades, de ampararse de la inmensa variedad de riesgos que gravitan sobre la vida humana"

Ahora bien, suponiendo que la firma que falte sea la del representante de la empresa de seguros, la conclusión sería la misma: si por un medio idóneo puede probarse que aquel suscribió el contrato, mal puede tenerse la omisión como generadora de inexistencia o invalidez del mismo, pues esos aspectos formales de la póliza no afectan los elementos esenciales del contrato y mucho menos ahora con el carácter consensual del mismo.

Finalmente, puede concluirse sin margen de error, que la póliza es el medio de prueba por excelencia del contrato de seguro, teniendo una importancia y relevancia capital que difícilmente puede ser sustituida por otros elementos probatorios.

Antecedentes de la actual regulación del contrato de seguro prevista en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguro

En Venezuela, se comienza a regular el contrato de seguros en el Código de Comercio de 1904, (C.Co.), cuya última reforma data del año 1955.

Específicamente en el artículo 2 del C.Co., se consagra como acto objetivo de comercio a los seguros terrestres, mutuos o a prima, contra las pérdidas y sobre las vidas, siendo definido como un contrato solemne en el artículo 549,

actualmente derogado, en los siguientes términos:

"El seguro se perfecciona y prueba por un documento publico o privado que se llama póliza. La póliza puede ser nominativa, a la orden o al portador. Si se otorgare por documento privado se extenderá por duplicado"

De esta forma se requería para su perfeccionamiento el cumplimiento de ciertas formalidades o solemnidades, que contrastaban no sólo con la postura consensualista que rige el ordenamiento jurídico venezolano, sino también, con la dinámica y evolución de la sociedad, principalmente en las relaciones comerciales internacionales, donde el uso del seguro es de carácter generalizado, contrastando esta excesiva formalidad con la con la dinámica del actual mundo globalizado.

Del mencionado artículo 549, es necesario determinar sí la exigencia de la ley en cuanto a la existencia de la póliza, se extendía tanto para el perfeccionamiento del contrato y sí tal requisito constituía una prueba fehaciente del contrato de seguro considerada como única prueba e insustituible que incluso acarreaba su inexistencia en el caso de que la póliza no existiera o sí por el contrario podía considerarse como prueba fehaciente, pero no única y absoluta para demostrar la existencia del contrato.

Con referencia a lo anterior, Sanojo (1874), citado por Aguiar (1973, 14) indica respecto al perfeccionamiento del contrato, lo siguiente:

"El contrato de seguro es menester reducirlo a escrito, para que se perfeccione, o sea, para que produzca sus efectos jurídicos. En tal sentido, un contrato de seguro no perfeccionado equivale a no existente, no produce consecuencias de orden jurídico y no se perfecciona, la ley comercial trae un dispositivo especial, que sanciona la imperfección jurídica en el campo de los seguros con la inexistencia".

Se observa claramente que la póliza de acuerdo a la anterior regulación, no sólo constituía la prueba única y absoluta para la demostración de la existencia del seguro, teniendo aplicación igualmente lo previsto en el artículo 126 del C.Co que refuerza la exigencia de la ley mercantil cuando requiere que el contrato conste por escrito, no siendo admisible en estos casos otro medio de prueba y a falta de escritura el contrato se tiene como no celebrado, en los siguientes términos:

"Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado.

Si la escritura no es requerida como necesidad de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso".

Esta necesidad de forma, estaba plenamente establecida en el artículo 549 ya citado, al exigir la póliza para el perfeccionamiento del contrato, significando entonces que el mismo no podía probarse ni por testigos, ni por presunciones, ni por el juramento, ni aun por la confesión del deudor.

Dadas las consideraciones que anteceden, no existe duda para afirmar que el contrato de seguro estaba consagrado como un contrato solemne en la norma derogada del Código de Comercio, entendiéndose por contratos solemnes, tal y como lo indica el autor Aguiar (1973, 10), antes citado, como:

"Aquellos en los que además de los requisitos ordinarios para la validez del contrato (consentimiento, objeto y causa), se les exige como requisito excepcional para su nacimiento y vigencia, el cumplimiento de una determinada forma o condición bajo pena de nulidad, que podríamos denominar solemnidad (requisito adsolemnitatem)"

Adicional a la regulación antes citada, en el artículo 550 del C.Co. se establecían una serie de requisitos para el contrato de seguros, agregando luego otros requisitos contenidos en el artículo 581 para el caso de seguros de vida y algunos en particular cuando se trate de seguros agrícolas (artículo 598) y para el transporte terrestre (artículo 602). Cabe mencionar lo previsto en el artículo 550 del C.Co., que expresamente establecía las menciones básicas que debía contener la póliza de seguros, en los siguientes términos:

"La póliza debe contener:

- 1º Los nombres y domicilio del asegurador y asegurado.
- 2º El carácter con que el asegurado contrata el seguro; si es en su propio nombre o por cuenta de otro.
- 3º La designación clara y precisa de la naturaleza y valor de los objetos asegurados y su situación.
- 4º La cantidad asegurada.
- 5° Los riesgos que el asegurador tome sobre sí.
- 6° La época en que principian y en que concluyen los riesgos para el asegurador.
- 7º La prima del seguro y el tiempo, lugar y forma en que ha de ser

pagada.

8º La fecha en que se celebra el contrato con expresión de la hora. 9º Todas las circunstancias que pueden suministrar al asegurador conocimiento exacto y completo de los riesgos y todas las demás

estipulaciones que hicieren las partes.

El asegurado debe tener interés en evitar los riesgos; en caso contrario es nulo."

Posteriormente con la entrada en vigencia del DFLCS, las normas señaladas fueron derogadas, conforme a lo previsto en la Disposición Derogatoria Única del DFLCS, que derogó los artículos comprendidos entre el 548 y 611 ambos inclusive, del Título XVIII, Libro Primero del Código de Comercio.

Concepción actual del contrato de seguro en el decreto con Decreto con fuerza de ley del contrato de seguro

Establece el DFLCS un conjunto de normas de carácter imperativo, por lo tanto de obligatoria aplicación tal y como están previstas, normas que en muchos casos limita la autonomía de la voluntad de las partes, con lo cual el carácter consensual queda bastante restringido.

Antes de efectuar un análisis particular de las principales disposiciones del DFLCS, es necesario indicar que sobre el referido Decreto pesa un Recurso de Nulidad intentado por varias empresas de seguros venezolanas, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, unido a una solicitud

de amparo constitucional, en la cual se pide la suspensión de los efectos del mismo hasta tanto la Sala Constitucional decida o no su procedencia.

Tal recurso tiene como fundamento el hecho que el DFLCS fue dictado por el Presidente de la República en uso de la denominada "Ley Habilitarte", o Ley que Autoriza a Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial Número 37.077, de fecha 14 de noviembre de 2000; cuyo propósito fue el de autorizar al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan en esta Ley, de conformidad con el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Particularmente la facultad conferida al Presidente de la Republica en torno a la actividad aseguradora, fue consagrada en los siguientes términos en la mencionada Ley:

"Artículo 1. Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan en esta Ley, de conformidad con el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en consecuencia: En el ámbito financiero:

...f) Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; llenar los vacíos normativos en materia de supervisión contable, forma de reposición de capital y

asunción de pérdidas de capital, adecuación de capitales mínimos, previsión de sanciones aplicables, establecimiento de responsabilidades de los administradores de las empresas de seguros y reaseguros y sus accionistas, modificación de las garantías previstas y la forma en que deben ser presentadas las reservas.

Se establecerá un régimen de fusión de las empresas de seguro y se redimensionará el mercado asegurador con el fortalecimiento institucional del sector".

Para la fecha de elaboración de la presente investigación el aludido Recurso de Nulidad aun se encuentra pendiente de decisión, habiéndose negado la suspensión de los efectos del DFLCS mediante sentencia de fecha 13 de agosto de 2002, con posterior aclaratoria de fecha 2 octubre de 2002, publicadas en la Gaceta Oficial Número 37565 del 7 de noviembre de 2002, por lo cual sus normas se encuentran en plena aplicación.

Análisis particular de las disposiciones contenidas en el DFLCS

El presente análisis se centrará en las disposiciones vinculadas con el perfeccionamiento del contrato, celebración y prueba; temas centrales de la presente investigación; así como algunas disposiciones que dada su relevancia ameritan ser analizadas.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato de seguro, el artículo 14 del DFLCS, establece que: "El contrato de seguro y sus modificaciones se

perfeccionan con el simple consentimiento de las partes", ratificando claramente el carácter consensual del contrato de seguro.

A la celebración del contrato, le antecede la obligación a cargo del tomador de responder al cuestionario, de acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 22:

"El tomador tiene el deber, antes de la celebración del contrato, de declarar con exactitud a la empresa de seguros, de acuerdo con el cuestionario que ésta le proporcione o los requerimientos que le indique, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo".

Esta disposición ratifica la carga que tiene el futuro asegurado de aportar con exactitud todos los elementos necesarios para conocer la verdadera entidad del riesgo.

Respecto a la documentación obligatoria que debe entregar la empresa de seguro al tomador al momento de la celebración del contrato; establece el artículo 14, segundo y tercer párrafo, lo siguiente:

"La empresa de seguros está obligada a entregar al tomador, en el momento de la celebración del contrato, la póliza, o al menos, el documento de cobertura provisional, el cuadro recibo o recibo de prima. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales emitidas por la Superintendencia de Seguros no se exija la emisión de la póliza, la empresa de seguros estará obligada a entregar el documento que en estas disposiciones se establezca.

La empresa de seguros debe suministrar la póliza al tomador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrega de la cobertura provisional. La empresa de seguros debe entregar, asimismo, a solicitud y a costa del interesado, duplicados o copias de la póliza. La empresa de seguros deberá dejar constancia de que ha cumplido con esta obligación".

Destaca adicional a la obligación de entrega de la documentación citada, la obligatoriedad a cargo de la empresa de seguros de conservar la prueba de la entrega de la póliza, lo que equivale a la exigencia legal de emitir la póliza con el fin de que sea firmado por el tomador del seguro.

Aunada a la obligación antes señalada, también es necesario destacar lo establecido en el artículo 18 del DFLCS, en cuanto a la obligación de firmar los anexos de las pólizas:

"Los anexos de las pólizas que modifiquen sus condiciones para su validez deberán estar firmados por la empresa de seguros y el tomador, y deberán indicar claramente la póliza a la que pertenecen. En caso de discrepancia entre lo indicado en los anexos y en la póliza, prevalecerá lo señalado en el anexo debidamente firmado".

Claramente contradice la esencia de la consensualidad, al pretender condicionar la validez de los anexos que forman parte del contrato de seguro, a una formalidad representada por la firma. Adicional a ello dada la dinámica del contrato de seguros, esta limitación en muchos casos desfavorece al asegurado como requisito para la validez de las

modificaciones que las partes acuerden sobre el contrato. De esta forma se recurre nuevamente a formalidades al contrato de seguros.

En relación con el carácter imperativo de las disposiciones del DFLCS, establece el artículo 2, lo siguiente:

"Las disposiciones contenidas en el presente Decreto Ley son de carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el tomador, el asegurado o el beneficiario".

Con relación a la disposición citada, las normas imperativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni en forma absoluta o relativa, tales normas generalmente por engendrar un contenido de orden público, son de obligatorio cumplimiento.

Considerando la evolución del contrato de seguro y la necesidad de crear mecanismos que puedan dar respuesta al avance del comercio, al establecer el DFLCS que sus disposiciones son imperativas, sin prever excepción alguna, restringe en forma considerable la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

En cuanto a las modificaciones al contrato de seguro, establece el artículo 12 del DFLCS, las pautas a seguir:

"Se reputan aceptadas las solicitudes escritas de prorrogar o modificar un contrato o de rehabilitar un contrato suspendido, si la empresa de seguros no rechaza la solicitud dentro de los diez (10) días hábiles de haberla recibido. Este plazo será de veinte (20) días hábiles cuando la prórroga, modificación o rehabilitación conforme a las condiciones generales del contrato, hagan necesario un reconocimiento médico. El requerimiento de la empresa de seguros de que el asegurado se realice el examen médico, no implica aceptación".

Destaca en esta norma como es permitido al tomador o contratante modificar un contrato que por disposición legal contenida en los artículos 66 y 67 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, requiere de la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros. Adicional a ello, impone el DFLCS una grave consecuencia a la empresa de seguros al no dar respuesta en los plazos indicados, suponiendo una aceptación a modificaciones propuesta al no emitir respuesta a la misma, sanción por demás extrema considerando los volúmenes de solicitudes que puede recibir una empresa de seguros.

CAPITULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA REFERIDA AL PERFECCIONAMIENTO Y PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO

En el presente capítulo se presenta un análisis centrado en el perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguros en la legislación de España, Argentina, Colombia y México, con especial énfasis en determinar la presencia del carácter consensual del seguro en tales legislaciones.

Regulación del contrato de seguros en España

La Ley 50/1980, de 8 de octubre regula en España el contrato de seguro. Dicha ley ha sufrido posteriores modificaciones, algunas de ellas impuestas por el Derecho Comunitario y otras por iniciativa propia del legislador. Destacan dentro de estas modificaciones la de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que introduce un cambio importante respecto al deber del tomador de declarar antes de celebrar el contrato y de acuerdo al cuestionario que le someta el asegurador, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, exonerándole de tal deber cuando el asegurador no le sometiere tal cuestionario o cuando lo hiciere sin estar incluidas en él determinadas circunstancias, aún cuando pudieran influir en la valoración del riesgo. También es relevante la modificación que introdujo la

Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en la cual fueron cambiadas varias de las disposiciones iniciales de la Ley, cambio que según el autor, de gran relevancia en España, Sánchez Calero (2001, 21) "puede valorarse de forma muy negativa", calificando en general las reformas de la ley como no muy afortunadas, salvo la de dejar sin efecto para los seguros por grandes riesgos la disposición contenida en el artículo 2 de la ley que establece el carácter imperativo de sus disposiciones, norma que contempla la posibilidad de considerar como válidas aquellas cláusulas contractuales que sean mas beneficiosas para el asegurado.

En relación con la fase del perfeccionamiento del contrato el autor Sánchez Calero (2002, 143) indica:

"La fase anterior a la formación del contrato va precedida de una serie de actos de los contratantes a los que conviene prestar atención. El asegurador, bien directamente, bien a través de los agentes de seguros, incita al posible tomador del seguro a la celebración del contrato. Por medio de anuncios, prospectos, etc., trata de atraer a la clientela, pero tales manifestaciones de voluntad por parte del asegurador, o sus representantes, no pueden considerarse como propuestas en sentido técnico, sino como una invitación para que se haga una oferta. Cuando surge ésta se superan los tratos preliminares y se inicia la verdadera fase formativa del contrato".

La ley en análisis en el artículo 6 se establece el esquema de perfeccionamiento del contrato de seguros, el cual se inspira en el principio de protección del futuro tomador de seguro al indicar: "La solicitud de seguro

no vinculará al solicitante. La proposición del seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días"... De esta forma el futuro tomador dispone de tiempo suficiente para reflexionar sobre las condiciones definitivas del contrato. Destacan en este aspecto las palabras de Sánchez Calero, al indicar:

"La LCS, en principio, desea que la solicitud del presunto tomador del seguro no sea una verdadera oferta contractual, sino simplemente una invitación al asegurador, al que han de ofrecer todos los datos referentes a la cobertura del riesgo, para que éste pueda hacer una verdadera oferta de contrato, que será irrevocable, al menos durante quince día. Así, la LCS ofrece al futuro tomador del seguro un tiempo mínimo para que pueda estudiar las condiciones del contrato, que el tomador del seguro normalmente se limitará a aceptar adhiriéndose a ellas, o a rechazar, bien de forma definitiva o mediante una solicitud de una nueva oferta"

En consecuencia, el autor citado plantea un supuesto de formación progresiva del contrato, pensando en la tutela del tomador del seguro con el propósito de consentir que, una vez que hubiera manifestado bien al propio asegurador o bien a un intermediario su deseo de asegurarse, esa manifestación de voluntad no puede considerarse como una verdadera oferta, sino como una invitación al asegurador (directamente o a su agente) de recibir una oferta de contrato, que conocida y examinada por él, pudiera aceptar. Igualmente un elemento que ratifica que no pueda considerarse tal manifestación como una verdadera oferta de contrato, es esencial que la misma sea completa, conteniendo todos los elementos esenciales del

contrato de seguros y que se efectúe con la intención de obligarse frente al asegurador.

En los casos de contratos de seguro relativos a los grandes riesgos, respecto de las cuales las disposiciones de la ley en análisis no tiene el carácter imperativo, sino que sus principios son de carácter dispositivo, con frecuencia es el tomador quien hace la oferta del contrato por medio de su corredor, limitándose la respuesta del asegurador a aceptar o no en muchos casos.

La propuesta de seguro se presume que ha de hacerse por escrito, lo que se deduce no simplemente de la irrevocabilidad de la propuesta y del contenido del párrafo final del artículo 8 sobre las posibles diferencias entre el contenido de la póliza y el de la proposición, sino también de que la proposición tiene como antecedente la declaración del riesgo por parte del futuro tomador del seguro, que ha de contestar a su cuestionario, según lo indicado en el artículo 10 de la ley comentada.

En relación con la aceptación como declaración de voluntad del tomador del seguro y dirigida al asegurador dando conformidad a su proposición, tiene como objeto la perfección del contrato y para su eficacia debe reunir los siguientes requisitos:

Coincidir con la oferta en todos sus términos.

- 2. Contener una voluntad definitiva de contratar
- 3. Ser una voluntad recepticia, es decir, dirigida al asegurador
- 4. Puede llevarse a cabo de cualquier forma
- 5. Efectuarse en tiempo oportuno

Respecto a los requisitos citados, y en particular tercero de ellos, señala Sánchez Calero, (2001, 153) la posibilidad de presentarse ciertos inconvenientes cuando como es frecuente la aceptación del tomador del seguro se manifiesta al agente o corredor de seguros, en aquellos casos que el asegurador manifiestan que carecen de poder de representación. Al respecto establece la Ley 9/1992, de 30 de abril, ha atribuido a tales agentes la legitimación pasiva, por lo que ha de entenderse que se cumple con el requisito de la receptividad de la aceptación si el tomador del seguro la transmite al agente. Respecto a los corredores, establece el articulo 21 de la ley en análisis, que las comunicaciones efectuadas por un agente libre o corredor al asegurador en nombre del tomador de seguro surtirán los mismos efectos que si las realizará el propio tomador.

Respecto a la prueba del contrato, establece la ley en análisis en su artículo 5, la necesidad de formalizar el contrato por escrito, así como sus modificaciones y adiciones, estando obligado el asegurador a entregar al tomador la póliza o al menos el documento donde se indica la cobertura

provisional, por ello la importancia de este documento con relación al contrato de seguro como documento fundamental; sin embargo, dado el carácter consensual del contrato esta exigencia ha de interpretarse como un requisito "ad probationem" y nunca como un requisito "ad solemnitatem"; su función por lo tanto es garantizar la prueba de su existencia.

Respecto a la póliza como prueba, puede emitirse en el momento de la conclusión del contrato, tal como lo señala el autor Sánchez Calero (1999,176) o bien en un momento posterior, en este último supuesto sirve para reconocer la existencia del acuerdo entre las partes.

Regulación del contrato de seguros en Argentina

La Ley 17.418, 1967 regula el contrato de seguro en Argentina. En principio cabe destacar que la misma contempla el carácter consensual del contrato, el cual ya ha sido ampliamente analizado, en su artículo 4, el cual dispone:

"El contrato de seguros es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza.

Propuesta

La propuesta del contrato de seguro, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni al asegurador.

La propuesta puede supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales.

Propuesta de prórroga

La propuesta de prórroga del contrato se considera aceptada por

el asegurador si no la rechaza dentro de los quince días de su recepción. Esta disposición no se aplica a los seguros de personas".

Destaca en la referida norma que la propuesta puede exteriorizarse mediante el uso de todos los medios por los cuales puede manifestarse la voluntad, al indicar que podrá efectuarse por cualquier de sus formas, forma que será elegida por tanto por el interesado o por convenio entre las partes.

Igualmente de esta disposición el carácter de la propuesta al indicar que cualquiera que sea su forma no obliga ni al asegurador ni al asegurado, por supuesto que esta podrá ser retirada mientras no haya sido aceptada. Este supuesto puede sufrir dos excepciones, la primera de ellas cuando el oferente exprese su voluntad de no ejercer su derecho a retractarse manteniendo la oferta por un lapso que deberá indicar y la segunda, el oferente puede renunciar a su derecho de revocar la oferta.

La aceptación en términos generales, según lo señalado por Stiglitz (2005, 375) "...debe ser oportuna, emitida por el destinatario de la propuesta o un representante suyo legitimado y referirse a todos y cada uno de los puntos o elementos de la propuesta para que se produzca el perfeccionamiento del contrato".

De acuerdo con la ley en análisis la aceptación en el contrato de seguro se formula usualmente en forma escrita, que se traduce en la entrega de la póliza, según lo indicado en el artículo 11, emitida por el asegurador, que tiene por destinatario al proponente y por efecto la celebración de un contrato definitivo. Si bien la forma de aceptación es indiferente, la póliza es la expresión impuesta por la práctica como manifestación de la voluntad del asegurador de celebrar el contrato de seguro.

Con relación a la prueba del contrato de seguro, establece igualmente el artículo citado que el contrato sólo puede probarse por escrito, admitiendo sin embargo todos los demás medios de prueba cuando exista un principio de prueba por escrito, lo cual representa una sana medida para la prueba del contrato de seguro. Tal disposición de contenido procesal se encuentra inserta en una ley que regula derechos sustanciales, en la que se limita la admisibilidad de los medios de prueba de los contratos previstos en la legislación argentina específicamente en el artículo 1190 del Código Civil; esta norma establece como medios de prueba, los instrumentos públicos, instrumentos particulares firmados o no firmados, confesión de partes, judicial o extrajudicial, juramento judicial, presunciones legales o judiciales, testigos; por su parte el artículo 208 del Código de Comercio establece como medios de prueba los instrumentos públicos, notas de los corredores, y certificaciones extraídas de sus libros, documentos privados, firmados por los

contratantes o algún testigo, a su ruego y en su nombre, correspondencia epistolar y telegráfica, libros de los comerciantes y las facturas aceptadas, confesión de parte y por juramento, testigos.

Al afirmar que el contrato de seguro sólo puede probarse por escrito pero que, sin embargo, todos los demás medios de prueba se admitirían si hay principio de prueba por escrito, el legislador está señalando al juez la fuente probatoria y las condiciones que debe reunir para que sea eficaz la única prueba que pueden suministrar las partes y la única que debe vincular al juez al tiempo de pronunciarse.

Dada la estrecha vinculación que existe entre el carácter consensual del contrato de seguro y su forma probatoria, se concluye que la prueba del contrato de seguro requiere de un medio probatorio escrito para demostrar la existencia del consentimiento y de todo su contenido.

De esta forma puede concluirse que, dado el nivel del medio de prueba requerido por el legislador, el mismo se encuentra acorde con las características del seguro institucionalizado, el cual requiere de un elevado estándar de certeza y claridad en la determinación de las obligaciones de las partes.

Regulación del contrato de seguros en Colombia

El contrato de seguro se encuentra regulado en Colombia en el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, publicado en el Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971, con varias reformas, entre ellas la prevista en la Ley 389 de 1997, publicada en el Diario Oficial N° 43.091, de 24 de julio de 1997, en la cual se modificaron varias disposiciones que regulan el contrato de seguro.

El Código de Comercio colombiano optó por definir el contrato de seguro utilizando para ello un sistema descriptivo mediante el que destaca las principales características. Así, el artículo 1036 señala que "El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva".

La característica de la consensualidad en el contrato de seguro en esa legislación data del año 1997, pues desde que se promulgó el vigente Código de Comercio y hasta julio de 1997, el tratamiento que recibió este contrato fue el de tipificarse como un contrato solemne.

En la exposición de motivos donde se define el contrato como consensual, se indica que se justifica darle el carácter consensual al contrato de seguro puesto que: "si ha habido acuerdo en cuanto a los elementos esenciales (el

interés, el riesgo y la prima), no se ve por qué ese acuerdo no pueda tener vida jurídica".

Con relación a los elementos esenciales del contrato, la identificación del interés asegurado, vigencia y su mecanismo de prueba, destaca lo indicado por López (1999, 23)

"Si los elementos esenciales del contrato de seguro (el asegurador, el asegurado, el beneficiario, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional de asegurador), así como la identificación precisa del interés o de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se ha contratado el seguro, la vigencia del contrato con indicación de fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar una y otra, la naturaleza de los riesgos tomados por la empresa de seguros, deben ser demostrados por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial, en realidad se le está dando al contrato un carácter semiconsensual, o mejor, semisolemne y se está poniendo a las empresas de seguros en la obligación de tener que expedir prácticamente dos pólizas: la formal y la que pudiéramos llamar informal, consistente en la carta de que habla el artículo 876 del proyecto".

Con relación a la formación del contrato, el solicitante o tomador del seguro presenta una propuesta al asegurador, propuesta que puede o no ser aceptada por aquella, y sin que el silencio pueda tomarse como aceptación de ella. Una vez aceptada por la aseguradora la propuesta, queda perfeccionado el contrato de seguro y aquella debe cumplir con la obligación de elaborar la póliza y entregarla al tomador o asegurado. El perfeccionamiento ocurre con la suscripción de la póliza, que es un momento

anterior a la simple elaboración material de ella y que genera la obligación de entregar la póliza, como prueba por excelencia de la celebración del contrato, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición, concepto este último que sí hace referencia al acto material de la elaboración del documento.

El contrato de seguro podrá probarse por escrito o por confesión, sin considerar prudente prever una total libertad probatoria, tal como lo señala López (1999, 36) al citar la ponencia para el segundo debate del senado, de fecha 12 de junio de 1997 al discutir el artículo 3 del proyecto de Ley 389 de 1997, que modificó el artículo 1046 del Código de Comercio, "ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonio o por simples indicios"; textualmente la referida disposición indica:

"Artículo 1046. Prueba del contrato de seguro - póliza. Artículo subrogado por el artículo 3° de la Ley 389 de 1997. El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

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

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

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

Dado que no se permite la prueba libre del contrato de seguro y se limitó la posibilidad de probar el contrato únicamente por medio de documento escrito o por confesión, surge la necesidad de establecer que clase de escritos son los que podrían servir para efectos de demostrar la existencia del contrato de seguro.

Es conveniente sentar como presupuesto que, cuando de demostrar un contrato consensual por medio de prueba escrita se trata, es menester que la misma contenga los elementos esenciales del contrato respectivo; de modo que si se trata de probar la existencia del contrato de seguro es necesario que el escrito, sí es diverso a la póliza, dé cuenta de los elementos esenciales de todo contrato de seguro, es decir, el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación del asegurador y por supuesto la identidad de las partes.

Es necesario destacar que la confesión, cualquiera que sea la modalidad que ella presente, debe llevar la certeza acerca de la existencia de los elementos esenciales de todo contrato de seguro. Esta confesión puede obtenerse como prueba dentro de un proceso, donde se solicite la indemnización pertinente y se busque dentro del mismo establecer la celebración y alcances del contrato por medio de la confesión. Este evento es poco aconsejable

debido a que si carece de prueba documental escrita y no se logra la confesión, la demanda está llamada al fracaso.

Regulación del contrato de seguros en México

En México se dicta la Ley Sobre el Contrato de Seguro en 1935, la cual muestra influencia de las leyes suizas de 1908, la ley francesa de 1930 y del Proyecto Italiano Mossa de 1931.

La legislación mexicana, en su artículo 21 expresa que: "El contrato de seguro, se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta".

De acuerdo a lo indicado por Ruiz (1978, 107), conviene destacar lo establecido en la legislación mexicana; el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, expresamente se refiere a la forma escrita del contrato, tan sólo para fines de prueba y añade lo que es su normal consecuencia: sólo la confesión puede suplirla. Por tanto, el escrito se establece no como requisito para la validez del contrato, sino como regla procesal que limita la libertad del juzgador, para estimar probada la celebración la celebración del contrato; vale destacar, por tanto, lo señalado por el autor citado:

"Por tal razón, el artículo 19 de la L.C.S., expresamente se refiere

a la forma escrita del contrato, tan sólo para fines de prueba y añade lo que es su normal consecuencia: sólo la confesión puede suplirla. El escrito se establece no como requisito para la validez del contrato, sino como regla procesal que limita la libertad del juzgador, para estimar probada la celebración del contrato".

De acuerdo a las consideraciones expuestas, se excluye totalmente en la legislación mexicana, la admisión de la prueba de testigos para la demostración de la existencia del contrato de seguro. Tampoco sería admisible la apreciación de presunciones para demostrar tal existencia.

CAPITULO IV

LA CONTRATACIÓN DE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Comercio Electrónico

Dentro del contexto de la presente investigación, al realizar el análisis de la contratación de seguros haciendo uso de medios electrónicos, es necesario recurrir a un estudio de las regulaciones generales que establece nuestra legislación para cualquier tipo de contratación que implique el intercambio de bienes y servicios por tales medios. A estos fines, se presenta a continuación un esbozo a grandes rasgos, del comercio electrónico y de su regulación, recurriendo en algunos casos al análisis de las disposiciones aplicables en otros países, así como a las leyes modelos que han regulado esta materia.

El comercio electrónico no es un fenómeno reciente; desde hace algún tiempo las empresas vienen realizando operaciones de este tipo a través de los denominados medios tradicionales de comunicación electrónica (teléfono, fax, Telex) y el establecimiento de redes cerradas de comunicación entre sí con el objeto de intercambiar información y facilitar la conclusión de sus contratos. Tal es el caso de la red SWIFT utilizada en el ámbito interbancario, el EDI, que corresponde a las siglas del término anglosajón Electrónica Data Interchange, que permite la transmisión por medios electrónicos de un

conjunto coherente de datos estructurados conforme a normas de mensajes acordados

En sentido amplio se define al comercio electrónico como todo intercambio de datos por medios electrónicos, no solamente referido a las operaciones comerciales electrónicas estrictamente consideradas (la compraventa de bienes o la prestación de servicios), sino que abarca dentro de éstas, las negociaciones previas, las actividades ulteriores relacionadas, y otros servicios no remunerados por su destinatario como aquellos que consisten en ofrecer información en línea. En sentido restringido, el comercio electrónico estaría referido únicamente a la transacción mercantil en particular, es decir, a la venta o prestación de servicios de carácter comercial. No obstante estas dos vertientes, la mayoría de los organismos internacionales y textos legales existentes se orientan hacia el primer sentido antes señalado.

En este orden de ideas, en nuestra legislación, específicamente en el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, se define el comercio electrónico de la siguiente forma:

"Se entiende como comercio electrónico a los efectos de esta Ley, cualquier forma de negocio, transacciones comerciales o intercambio de información con fines comerciales, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación. Los alcances de la presente Ley, son aplicables

únicamente al comercio electrónico entre proveedor y consumidor o usuario y no en transacciones de proveedor a proveedor".

Bajo esta definición legal la mayor parte de las transacciones que comúnmente se denominan comercio electrónico son simples contratos de compraventa o contratos de servicio, los cuales corresponden en su gran mayoría, a contratos tipo regulados por el derecho civil o mercantil; siendo lo relevante del comercio electrónico que él constituye una nueva forma de expresión de la voluntad de las partes para generar obligaciones contractuales.

El comercio electrónico es tan sólo una modalidad mercantil que busca agilizar las relaciones comerciales existentes entre personas que se encuentran distantes y para ello, es necesario que se disminuya la incertidumbre jurídica derivada de la forma como se desarrolla dicha modalidad. Es oportuno indicar lo indicado en la obra Grupo de Estudios en "Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática, GECTI (2005, 2), en relación con el comercio electrónico y la necesaria creación de normas que lo regulen:

"El desarrollo tecnológico ha permitido agilizar y hacer mucho más operante la prestación de los servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles, lo cual ha resaltado la importancia de que se incorporen dentro de la estructura legal de los países, normas que faciliten las condiciones para acceder a canales eficientes de derecho mercantil internacional, con el propósito de contrarrestar los obstáculos encarnados en una deficiente y obsoleta regulación

al respecto".

Destacan en este aspecto los esfuerzos de la Asamblea General de la ONU, en la cual mediante Resolución 51/162 de 1996, se aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), también conocida por sus siglas anglosajonas UNCITRAL (United Nations Commission International Trade Law); cuya principal recomendación es la incorporación de tal Ley Modelo, a los ordenamientos internos de los países como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares y como mecanismo para armonizar legislaciones; a pesar de esto, se han acogido otros tipos de modelos o legislaciones con diferentes perspectivas en los países.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico, referido al ámbito de aplicación, indica que la Ley "... será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de las actividades comerciales" entendiendo esta expresión en forma amplia, de manera que abarque no sólo las cuestiones suscitadas por una relación de índole comercial contractual, sino también las no contractuales.

La propia Comisión aclara su orientación cuando indica que el comercio electrónico abarca una serie de actividades que bien pueden ser onerosas o gratuitas, las cuales van desde la prestación de servicios bancarios esenciales para los pagos electrónicos (dinero electrónico, tarjetas electrónicas, transferencias de fondos, cheques electrónicos), pasando por la petición de bienes hasta su entrega en el domicilio del comprador, la comercialización directa con el consumidor, los servicios post venta y otros negocios tales como compra y venta de acciones o el suministro "on line" de contenidos digitales.

Uno de los aspectos más importantes de la Ley Modelo, fue el reconocimiento legal de los mensajes de datos y de su aptitud para la formación de contratos entre partes, por lo cual es relevante analizar de seguida la regulación legal que sobre este aspecto tiene el ordenamiento jurídico venezolano.

Ley de mensajes de datos y firmas electrónicas

A partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, y reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000, se ha experimentado un intenso desarrollo

legislativo en diversos aspectos; consagrándose dentro de los derechos fundamentales del individuo, el derecho de acceso a la tecnología, a tal efecto, el artículo 108 de la CRBV establece la obligación del Estado de garantizar los servicios de radio, televisión, redes de biblioteca y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información, imponiendo a los centros educativos el deber de incorporar el conocimiento y la aplicación de nuevas tecnologías en los procesos de enseñanza.

En tal ambiente, fue dictado el Decreto ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas (DLMDFE), publicado en Gaceta Oficial N° 37.148, de fecha 28 de febrero de 2001, destacando en su Exposición de Motivos, la importancia de las nuevas tecnologías de información al indicar:

"La particularidad de estas tecnologías de información es que utilizan medios electrónicos y redes nacionales e internacionales adecuadas que constituyen una herramienta ideal para realizar intercambios de todo tipo, incluyendo el comercial a través de la transferencia de informaciones de un computador a otro sin necesidad de utilizar documentos escritos en papel, lo que permite ahorro de tiempo y dinero".

En relación con el intercambio comercial, el DLMDFE no define el comercio electrónico por no ser una ley destinada exclusivamente a regular este ámbito, por cuanto su contenido no se agota en el ámbito comercial. Sin embargo, aporta importantes bases para su desarrollo, por cuanto, tal como se indica en el artículo 1, su objeto es reconocer eficacia y valor jurídico a las

firmas electrónicas, a los mensajes de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación y los certificados electrónicos, aspectos de gran importancia para el adecuado desarrollo del comercio electrónico.

Siendo la principal finalidad de la ley, el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y de las firmas electrónicas, también se regulan aspectos como el reconocimiento del valor y eficacia probatoria de los mensajes de datos, la determinación del momento y el lugar de emisión y recepción, la intervención de los prestadores de servicios de certificación, la emisión de los certificados electrónicos y la creación de la Superintendencia de Servicios de Certificación, siendo este último de gran relevancia para el desarrollo y avance del comercio electrónico y que requiere de un análisis particular en la presente investigación.

Servicios de Certificación Electrónica

El sistema de certificación electrónica, es de gran importancia, por cuanto permite, por una parte, acreditar la autenticidad de las partes intervinientes en una transacción electrónica; y por otra, conocer la hora y fecha del envío

de un documento electrónico, circunstancia por demás importante para determinar el momento de formación del contrato, de una notificación electrónica, o del nacimiento de las obligaciones de las partes, entre otras situaciones de gran relevancia jurídica.

Señala Rico (2003, 193) la presencia de tres componentes básicos en un sistema de certificación electrónica, los cuales permiten otorgar la certificación conforme a los términos indicados de seguida:

- 1. "El uso de la firma electrónica.
- 2. La presencia de un tercero de confianza, el proveedor de servicios de certificación, comúnmente conocido por las siglas PSC.
- 3. La emisión de un documento que respalde esa firma: el certificado electrónico.

La intervención del proveedor de servicios de certificación, (PSC), permite certificar la identidad de las partes y emitir los certificados electrónicos contentivos del par de claves utilizados en la generación de la firma electrónica, también estos entes se encargan de darle una fecha cierta a los documentos enviados a través de Internet, por medio del sistema de sellado de tiempo. Los proveedores de servicios de certificación fomentan el uso y desarrollo del comercio sobre redes de telecomunicación electrónico aportando garantías de seguridad, confidencialidad, autenticidad y no repudio en las comunicaciones electrónicas".

En Venezuela, la figura del proveedor de servicios de certificación es definida en el DLMDFE, en su artículo 2, en forma amplia como la persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades especificadas en tal decreto. La referida norma, no especifica si se trata de una persona física

o jurídica o de carácter público o privado, no obstante de un examen global del texto contenido en el artículo 31 del DLMDFE, puede concluirse que el prestador de servicios de certificación en Venezuela, puede asumir cualquiera de estas formas siempre que cumpla con los requisitos que se exigen para su funcionamiento, los cuales se citan de seguida:

"Podrán ser Proveedores de Servicios de Certificación, las personas, que cumplan y mantengan los siguientes requisitos:

- 1. La capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación. En el caso de organismos públicos, éstos deberán contar con un presupuesto de gastos y de ingresos que permitan el desarrollo de esta actividad.
- 2. La capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer Certificados Electrónicos.
- 3. Garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido y seguro, de los Certificados Electrónicos que proporcione.
- 4. Un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los Certificados Electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos.
- 5. Garantizar que en la emisión de los Certificados Electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación, de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación.
- 6. En caso de personas jurídicas, éstas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen.
- 7. Personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar.
- 8. Las demás que señale el reglamento de este Decreto-Ley. El incumplimiento de cualesquiera de los requisitos anteriores dará lugar a la revocatoria de la acreditación otorgada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, sin perjuicio de las sanciones previstas en este Decreto-Ley".

Corresponde a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, previa verificación de los documentos citados anteriormente, pronunciarse sobre la acreditación del Proveedor de Servicios de Certificación.

Respecto a los Certificados Electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación, debe destacarse lo previsto en el artículo 38 del DLMDFE, que garantiza la validez de las Firmas Electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus Signatarios. Igualmente el Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica así como la integridad del Mensaje de Datos. El Certificado Electrónico no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban.

Es conveniente destacar lo indicado por la autora Rico (2003, 195), en cuanto a las funciones de los proveedores de servicios de certificación (PSC):

"En ningún momento debe confundirse la naturaleza del PSC con la función atribuida a los jueces, registradores o notarios como funcionarios autorizados de dar fe pública a los documentos. Los PSC no confieren fe pública a los documentos por ellos emitidos, su función se limita a certificar un producto de firma electrónica o a acreditar el momento exacto del envío de un documento. Esta situación puede inferirse del propio texto de la LMDFE, el artículo 38 al referirse a los certificados, indica que estos instrumentos no confieren autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorgan

los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban, por lo tanto no puede atribuirse a los certificados, la condición de instrumentos públicos en las condiciones especificadas en el artículo 1357 del Código Civil".

En este sentido, la importancia de recurrir a proveedores de servicios de certificación electrónica nace de la necesidad de dar mayor certeza y confianza a la contratación electrónica, tal como lo indica la autora Chacón (2005, 56):

"Los autores apuntan que el mayor problema de la seguridad en Internet deviene de la confianza que pueden dispensar los usuarios del medio electrónico, respecto de la veracidad de las informaciones transmitidas, de la identidad de las personas con quienes contratan y muy especialmente de la inviolabilidad del contenido de los mensajes de datos enviados. "Un comercio desprestigiado está condenado de antemano al fracaso. Un comercio pujante se basa en la confianza que merece a los operadores económicos y a los consumidores".

La autora antes citada, destaca la necesidad de que la contratación electrónica cumpla en todos sus niveles, por medios jurídicos y tecnológicos, con los siguientes aspectos:

- "1. La autenticidad, fiabilidad, integridad e inalterabilidad de los mensajes de datos enviados a través de Internet, de forma que no haya duda acerca de la identidad del autor, lo que es conocido como imputabilidad del mensaje de datos. Igualmente se refiere a la necesidad de que no haya duda sobre el contenido exacto de dicho mensaje, sin que se susciten errores de transmisión; de forma que A no pueda ser suplantado por B como autor del mensaje X y que B no pueda alterar el contenido inicial del mensaje creado y emitido por A.
- 2. El no rechazo o no repudiación en destino u origen de un mensaje de datos, también llamado irretractabilidad o no repudio de origen, en el cual el emisor una vez enviado el mensaje de

datos, no puede negar el envío, e irretractabilidad o no repudio de destino, en el cual el destinatario no niegue la recepción ni el contenido del mensaje de datos, de forma tal que A no pueda negar ser el autor del mensaje X y B, destinatario del mismo, no pueda negar haber recibido.

- 3. La confidencialidad del mensaje de datos, de forma que el contenido del mensaje X enviado por A a B sólo pueda ser conocido por su emisor y por el destinatario y no por terceros.
- 4. La perdurabilidad del mensaje electrónico, al objeto de que su existencia y contenido pueda ser acreditados en el futuro, en caso de aparición de controversias acerca del mismo" (p. 57).

En consecuencia y dada la nueva realidad mercantil, es imperativo proteger los intereses de las personas, para garantizar el libre mercado, lo cual permite y favorece el progreso económico y en este aspecto es necesario que en nuestro país exista un rápido avance en el funcionamiento de los proveedores de servicios de certificación, los cuales aún se encuentran en una fase muy incipiente, tomando en cuenta que el DLMDFE ya cuenta con varios años desde la fecha de su publicación. En el contexto del comercio electrónico, tiene gran importancia la utilización de la certificación electrónica otorgada por los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica, puesto que en el desenvolvimiento del comercio electrónico tales certificadores permiten identificar al firmante electrónico.

Contratos electrónicos y su formación.

La autora Rico (2003, 104) define el contrato electrónico como aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de una interpretación futura del acuerdo. El contenido de un contrato perfeccionado desde Internet no tiene por qué presentar especiales diferencias frente al concluido mediante otro medio de comunicación, o aquél cuyo nacimiento se produce por el intercambio de voluntades entre partes físicamente presentes.

Ahora bien, debe considerarse aquellos casos excepcionales en los cuales es requerido el cumplimiento de ciertos requisitos de forma y en materia mercantil tal previsión se encuentra establecida en el artículo 126 del Código de Comercio, al establecer:

"Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado. Si la escritura no es requerida como necesidad de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso"

En consecuencia, es necesario tener presente esta norma en el caso de contratación por medios electrónicos en los que pudiera no disponerse de la

prueba inmediata y por escrito de la operación mercantil efectuada. Sin embargo, al analizar en particular las disposiciones que rigen el contrato de seguro, impera el principio de consensualidad, habiendo quedado atrás el régimen de solemnidad que regía este contrato, por lo que puede concluirse sin lugar dudas que el contrato de seguros puede celebrarse válidamente mediante el uso de medios electrónicos.

No todos los contratos electrónicos son objeto de caracterización uniforme; la diferencia radica en el medio electrónico de comunicación utilizado para transmitir las manifestaciones de voluntad de las partes, así la contratación electrónica efectuada mediante el uso del teléfono, se considera una contratación entre presentes, aun cuando las partes no se encuentren "físicamente" presentes en el mismo lugar. Esta calificación tiene su razón de ser en la inmediatez del diálogo que ofrece la comunicación telefónica, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español, Sala Civil en fecha 3 de enero de 1948, Repertorio Jurídico Aranzadi, cuando al referirse al momento del perfeccionamiento del contrato indica "... no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquél momento..."

Si se trata de un contrato celebrado a través de la Web, en principio podría pensarse que se trata de un contrato celebrado entre presentes debido a la

interactividad que ofrece este sistema de comunicación, donde las operaciones son ejecutadas en tiempo real, de manera que una vez que el aceptante pulsa el botón de aceptación del contenido de la oferta contractual, el contrato se perfecciona en forma instantánea según las reglas de la oferta y aceptación que rigen la formación del contrato, no obstante esta situación, la solución podría variar dependiendo del caso concreto.

Ante la dificultad de subsumir una determinada tipología contractual dentro de la clasificación tradicional que diferencia la contratación entre presentes de la contratación entre ausentes, la doctrina alude a una nueva clasificación, refiriéndose en este caso, a la contratación en forma instantánea y a la contratación en forma sucesiva, que tiene lugar cuando el contrato se forma de manera progresiva, siendo fundamental distinguir entre ambos tipos de contratación, el intervalo de tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación, si éste es apreciable, el contrato podrá calificarse como de formación sucesiva; por el contrato, si hay coincidencia entre estos momentos, corresponderá a un contrato de formación instantánea.

En los casos de contratación a través de la Web, la determinación del intervalo de tiempo apreciable es un tanto difícil, pues las ofertas se encuentran de manera permanente en la red. Si la aceptación se produce de forma coincidente con los términos de la oferta, existe una comunicación

instantánea y coincidente, dando lugar a una contratación instantánea. Si el aceptante modifica los términos de la oferta, se configura una contraoferta en lugar de una aceptación, entrando en juego las reglas que rigen la formación sucesiva de los contratos.

El principal problema que se presenta en los contratos electrónicos de formación sucesiva, está relacionado con la determinación del momento y el lugar del perfeccionamiento del contrato, circunstancia esencial para determinar a su vez, la legislación y jurisdicción aplicable a las relaciones de él surgidas. El estudio del perfeccionamiento del contrato adquiere una especial importancia, pues es a partir de este momento que las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales. De acuerdo con los principios establecidos en el Código Civil, los contratos se forman cuando se presta el consentimiento de las partes, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación. En la contratación entre presentes, de formación instantánea, el momento de la oferta y la aceptación por lo general coinciden por lo que no se presentan problemas para determinar el momento de formación del contrato. En los contratos celebrados vía Internet, a través del sistema www o del correo electrónico, debe analizarse las reglas de formación sucesiva de los contratos, cuando las emisiones de voluntad contentivas de la oferta y la aceptación no tengan lugar de modo simultáneo.

La celebración del contrato a través de medios electrónicos, encuentra su fuente y reconocimiento jurídico en el texto del DLMDFE, específicamente, en su artículo 15 el cual establece: "En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realicen por medio de un mensaje de datos". Este artículo es la expresión del principio de equivalencia funcional, según el cual, los mismos efectos que surte la manifestación de voluntad instrumentada a través de un documento en papel, son generados mediante la declaración que se emita por medio de un mensaje de datos.

De acuerdo con el citado artículo, todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por medios electrónicos, siempre que cumpla con los requisitos de validez, obligando no sólo a lo pactado sino también a las consecuencias que de él se derivan.

Respecto a la oferta en Internet, Menéndez (2005, 53), señala:

"Las ofertas en Internet deben tener detalladas —en mayor o menor grado, pero siempre de forma completa— las características de los productos y servicios con la indicación de sus precios, como cualquier otra oferta; asimismo, recogerán de forma clara y visible los datos de identificación del prestador del servicio, normalmente titular de la página Web, así como las condiciones generales de contratación si las hubiere. Finalmente el sujeto interesado en adquirir el producto o servicio tendrá solamente que seguir los pasos que la propia página le indica para concluir el contrato".

Reviste gran importancia en la contratación celebrada vía Internet, que la oferta sea completa, dado que en la mayoría de los casos, el destinatario de la oferta se limita a pulsar un clic, sobre un icono de la página Web para emitir su aceptación, sin posibilidad de modificación de las cláusulas contenidas en la oferta. Igualmente debe ser precisa y cumplir con todos los elementos esenciales del tipo de contrato que desea llevar a cabo y finalmente debe tener un plazo de duración. Es importante que los oferentes establezcan un período de validez de la oferta con el objeto de otorgarle firmeza, evitando de esta manera modificaciones de carácter unilateral a las condiciones incluidas en la página Web o bien en el correo electrónico.

Continuando con el autor citado, Menéndez (2005, 331), respecto a las ofertas en Internet, destaca la importancia de las condiciones generales de contratación que deben estar presentes en este tipo de ofertas:

"La oferta comunicada mediante el simple acceso a una Web comercial suele venir acompañada, en el momento en que el interesado decide aceptarla, de un conjunto de condiciones generales de las que, teniendo en cuenta la normativa al uso, deberá ser informado fehacientemente o deberá haberlas aceptado expresamente para que resulten eficaces. Las condiciones generales de la contratación representan el instrumento por excelencia de estandarización de las relaciones contractuales, que reflejan cómo la producción en serie tiene su reflejo en la contratación igualmente en serie. Pero desde la perspectiva actual, se puede además resaltar el hecho que con el uso de las nuevas técnicas telemáticas dicha estandarización y masificación adquiere tintes aún más nítidos. Una consecuencia evidente de la estandarización de los intercambios contractuales es la ausencia de una fase de tratos previos entre las partes

durante la formación del contrato"

Al igual que la oferta y a tenor de los establecido en el artículo 15 de la LMDFE, la aceptación por medio electrónicos se considera perfectamente admisible. Una vez que la aceptación tiene lugar, se produce el consentimiento, en este caso se habla del otorgamiento del consentimiento por medios electrónicos, sujeto a las causales de nulidad del derecho tradicional: error, dolo y violencia. La aceptación también debe reunir unas condiciones que determinan su validez:

- 1. Debe dirigirse al oferente
- Ser oportuna, es decir, la misma ha de producirse dentro del plazo de validez de la oferta
- 3. Debe coincidir con los términos contenidos en la oferta contractual, si al aceptar el contrato electrónico se envía un e-mail con modificaciones a la oferta original, no se considera que exista aceptación en términos legales sino una contraoferta.

El mayor inconveniente que se presenta en los contratos electrónicos que incorporan condiciones generales, como lo es el contrato de seguro, estriba en la dificultad de probar el asentimiento bajo conocimiento expreso del usuario, sobre la aceptación de tales cláusulas. En el contexto del comercio electrónico con consumidores, estos contratos están ajustados al

cumplimiento de la normativa protectora contenida en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU), la cual exige, en el artículo 33, la redacción en términos claros, visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor.

En cuanto a la protección de los consumidores, es propicio destacar, lo indicado por Adriana Arango Rueda, en la obra Grupo de Estudios en "Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática, GECTI (2005, 47), respecto a las reglas mínimas a ser consideradas en la contratación por Internet:

"La naturaleza jurídica del contrato por Internet es generalmente adhesión y se considera válido, pues para formarlo se requiere la aceptación del vinculado, quien en caso de no estar de acuerdo podrá rechazarlo. Sin embargo, para evitar cláusulas abusivas y arbitrarias en los contratos de adhesión, pueden tomarse como referencia las siguientes reglas mínimas para su celebración, tomadas del Proyecto del Estatuto del Consumidor, Proyecto de Ley 115/00 de Colombia:

- (i) Prohibición de hacer ofertas al público que impliquen una aceptación tácita de productos no requeridos.
- (ii) El establecimiento de requisitos esenciales, tales como informar suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre los efectos y alcance de las condiciones generales, entre otras.
- (iii) La ineficacia o anulabilidad de las cláusulas prohibidas por la ley o calificadas como abusivas, tales como modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones, prever una prórroga de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, o aquellas que desconozcan normas generales para servicios con menoscabo de los intereses del consumidor y que se encuentran regulados legalmente".

En consecuencia, el mecanismo de emisión de pólizas por Internet, amerita una mayor previsión por parte de los aseguradores, ya que adicional a las normas imperativas que regulan el contrato de seguros, debe abstenerse de incurrir en conductas que pudieran considerarse en detrimento de los consumidores; sin embargo, ello no obsta para que este vía sea utilizada como mecanismo para la contratación de seguros.

Determinación del momento del perfeccionamiento del contrato

Para determinar el momento y lugar de formación del contrato, la doctrina ha formulado cuatro teorías:

- La teoría de la emisión, la cual considera perfeccionado el contrato en el momento de la emisión de la aceptación sin que sea requerido que ésta llegue a conocimiento del oferente.
- La teoría del conocimiento, la cual requiere para el perfeccionamiento del contrato que la aceptación sea recibida por el oferente y además conocida por él.
- La teoría de la expedición, la cual exige que el aceptante, además de emitir la aceptación, la envíe al oferente sin requerir que éste conozca su contenido.
- 4. La teoría de la recepción, la cual considera suficiente que el oferente reciba la aceptación, aunque no haya llegado materialmente a conocerla.

El ordenamiento jurídico venezolano acoge la teoría del conocimiento en combinación con la teoría de la recepción. El artículo 1137 del Código Civil, establece que el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, presumiéndose ésta conocida desde el instante en que llega a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin culpa, en imposibilidad de conocerla.

Entre los principales problemas que han surgido desde los orígenes de la contratación en Internet, y en general en la contratación electrónica, está el de la determinación de la normativa que rige el contrato, así como el fuero jurisdiccional competente para resolver un hipotético litigio entre las partes contratantes.

El artículo 11 del DLMDFE establece como regla supletoria, que a falta de designación de un sistema de información de parte del destinatario, el mensaje se tendrá por recibido cuando ingrese en un sistema de información regularmente utilizado por él, estableciendo una presunción de carácter iuris tantum, susceptible de ser desvirtuada por el propio destinatario. El DLMDFE establece en el artículo 13, la posibilidad de condicionar la recepción del mensaje de datos a un acuse de recibo emitido por el destinatario.

Para facilitar la determinación del momento en que el mensaje entra en el sistema de información del destinatario, también puede recurrirse, tal como fue indicado anteriormente, a un proveedor de servicios de certificación a objeto de que certifique el momento exacto del envío y de la recepción del mensaje. Las reglas contenidas en el DLMDFE, específicamente en el artículo 14, no establecen la necesidad de intervención de un tercero, considerándose cumplido este requisito del acuse de recibo, mediante cualquier comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos o todo acto del destinatario que resulte suficiente a efectos de evidenciar al emisor que ha recibido el mensaje.

El documento electrónico, concepto y uso como medio de prueba

El documento electrónico vendría a ser cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los documentos generados por lo medios electrónicos tradicionales, siendo estos principalmente el teléfono, el fax, la televisión, los sistemas electrónicos de pago, por ejemplo el sistema EDI (Electronic Data Interchange) e Internet. Al respecto indica la autora Rico (2003, 79) lo siguiente:

"Al trasladar el concepto tradicional del acto jurídico al mundo electrónico, los actos jurídicos electrónicos no serían más que una manifestación de voluntad instrumentada a través de medios electrónicos, contenidos en un soporte distinto del papel (en algunos casos intangible) donde el signatario expresa su

conformidad de manera diferente a la forma tradicional, mediante la sustitución de su firma autógrafa por una firma electrónica u otros medios alternativos de autenticación, hablándose en este sentido de documentos y contratos electrónicos".

En los tiempos modernos y aun antes de la aparición de Internet, la idea del documento unido al soporte de papel se ha ido dejando un poco de lado, dando cabida a otro tipo de soportes documentales. En este sentido ha avanzado la jurisprudencia de países como España que otorgan valor probatorio a otros documentos contenidos en soportes distintos del papel, en tal sentido, el autor Álvarez Cienfuegos, citado por Rico (2003, 80) indica: "El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación".

De esta forma, también serán documentos, como soportes de hechos, los emitidos, contenidos y transmitidos a través de medios electrónicos, las fotografías, las películas, las videocintas y las grabaciones; así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en sentencia de 30 de noviembre de 1981, relativa a la calificación de una grabación en cinta magnetofónica al indicar:

"...si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un escrito, o sea, objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos permanentes del lenguaje y que la inmensa mayoría de los documentos que se aportan al proceso

son escritos, ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa connotación, puedan hacer prueba fidedigna como aquéllos y que, por analogía puedan equipararse a los mismos..."

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico da cabida al documento electrónico al equiparar el "escrito" a un mensaje de datos, entendiendo por éste la información transmitida por medios electrónicos, en este mismo sentido se orienta la LMDFE de Venezuela al indicar, en su artículo 4,

"Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte el artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas".

Conforme a esta disposición, el documento electrónico también es un documento escrito, independientemente del lenguaje que se utilice para su escritura. Dada la remisión de la citada norma a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, es aplicable el artículo 429 que regula, entre otros aspectos, el valor de las copias fotostáticas, el cual expresamente dispone:

"Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte. La parte que quiera servirse de la copia impugnada, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el Juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere".

Ahora bien, es de importancia capital determinar la posibilidad de exigir judicialmente llegado el caso, el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de un contrato preexistente y celebrado haciendo uso de los medios electrónicos ya mencionados anteriormente, así como recurrir a los mensajes de datos como medio de prueba, entendidos estos como cualquier información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, (artículo 2 DLMDFE).

En este contexto de prueba del contrato, representa un considerable avance la normativa específica sobre la firma electrónica, de igual modo que lo constituye a los efectos de identificar de forma fiable a las partes intervinientes en los contratos concluidos en Internet, según lo dispone el artículo 16 del DLMDFE; al indicar:

"La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos:

- 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad.
- 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
- 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto".

El régimen legal que establece la LSMDFE para la validez y eficacia probatoria de un mensaje de datos acompañado por una firma electrónica está constituido por la presencia de diferentes elementos a saber: mensaje de datos, firma electrónica, certificado electrónico, proveedor de servicios de certificación y Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónico. Todo mensaje electrónico tiene valor probatorio; el mayor o menor valor probatorio dependerá de la presencia de uno o mas de los elementos señalados. El Juez no puede rechazar el valor probatorio de un documento por el solo hecho de que este se encuentre en formato electrónico.

Aun cuando se han destacado innumerables ventajas que ofrece el comercio electrónico y la contratación por medios electrónicos, es necesario destacar

el problema asociado con la contratación por medios electrónicos relacionado con la identificación de los contratantes, por cuanto debe existir, en toda contratación, el conocimiento de las identidades de los sujetos participantes en ella. De este hecho dependerá la constancia de la existencia de capacidad contractual de las partes, de su seriedad en la contratación, de sus datos en caso de reclamación o de controversia judicial. La identificación de las partes en ambientes electrónicos puede lograrse con el uso de las claves asociadas a las operaciones a efectuarse, login asociado a una clave o password para la realización de diversos tipos de operaciones; acceso a secciones privadas de sitios Web con el ingreso de una clave, de esta forma se otorga un mayor grado de certeza de la persona que realiza tales transacciones en medios electrónicos.

En relación con los inconvenientes o problemas que pueden presentarse en la contratación por vía informática del seguro, ha señalado Sánchez Calero (2001, 157) lo siguiente:

"Problema de interés creciente es el de la contratación del seguro por vía informática tanto dentro del mercado nacional, como internacional y, de manera particular, en el ámbito de la Unión Europea en aplicación del principio de libre prestación de servicios. Esa contratación debe estar inspirada en el principio esencial llamado de la "equivalencia funcional" que implica que los actos jurídicos realizados por medios electrónicos cumplen una función equivalente a la instrumentación a la que puede realizarse por otro medio todo acto jurídico, sin que exista una discriminación con relación a las declaraciones de voluntad efectuadas mediante otra forma. Tratándose de un contrato consensual en el que la

forma escrita se requiere como prueba no sólo de su perfección (prueba que sin embargo puede alcanzarse por otros medios), sino de modo especial para conocer su régimen jurídico dada la importancia que en el contrato de seguro tienen las cláusulas pactadas (sean condiciones general o particulares) ha de entenderse, que si bien la información que ha de ofrecer el asegurador con carácter previo a la conclusión del contrato, e incluso que la oferta y su aceptación se pueden realizar por medios simplemente informáticos, se mantiene la obligación del asegurador de entregar al tomador del seguro un documento escrito en el que se recojan los términos del contrato. Documento que debe contener las declaraciones de voluntad de las partes y cuyo valor se ve facilitado por la llamada "firma electrónica o sistema electrónico de autenticación"

Finalmente puede concluirse que todos los aspectos mencionados en el presente capítulo respecto a la contratación por medios electrónicos, son aplicables al contrato de seguro; sin embargo tomando en consideración el carácter imperativo de las normas del DFLCS, debe garantizarse que estas normas tengan un pleno cumplimiento bajo esta forma de contratación y que de la misma se generen las pruebas válidas y necesarias para las partes contratantes, que otorguen garantía de cumplimiento de la otra parte de las obligaciones asumidas. En este sentido es de gran importancia el uso de los servicios de certificación para otorgar suficiente seguridad jurídica y garantizar que el contrato de seguros celebrado por medios electrónicos tenga el valor de plena prueba.

En consecuencia, puede afirmarse que el contrato de seguros que se perfeccione electrónicamente mediante un mensaje de datos que contenga la manifestación de voluntad del propuesto asegurado, mensaje de datos asociado una firma electrónica, en el que participe como tercera parte de buena fe un proveedor de servicios de certificación acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, hará plena prueba en juicio. Igualmente la obligación subsiguiente de entrega de la póliza o del documento de cobertura provisional o del cuadro recibo o recibo de prima, contenida en el artículo 14 del DFLCS puede ser cumplido mediante el envío un mensaje de datos del asegurador al tomador o asegurado con tal información.

CONCLUSIONES

El contrato de seguro es consensual, requiere para su conclusión sólo el consentimiento de las partes, sin que para su perfeccionamiento sea necesario el cumplimiento de formalidad alguna. Sin embargo; tal carácter se encuentra limitado por diversas disposiciones contenidas en el DFLCS, cuyas normas tienen un carácter imperativo, por lo cual las partes no pueden establecer regulaciones contractuales fuera de los parámetros establecidos en el referido Decreto.

La prueba fundamental del contrato de seguro, es por excelencia la póliza, por cuanto en ella se indica sin lugar a duda los aspectos relevantes y determinantes del contrato celebrado; tales como vigencia, alcance y extensión de las obligaciones que asumen las partes, las condiciones generales y particulares; por lo cual es necesario para la adecuada relación de las partes, la emisión de la misma por un medio escrito, siendo este el mecanismo probatorio más seguro para las partes.

La prueba del contrato de seguro debe estar necesariamente vinculada al principio de prueba por escrito, dada la especialidad del contrato y de las disposiciones que lo integran; de esta forma se otorga mayor seguridad a las partes contratantes en cuanto al medio idóneo para demostrar las

obligaciones que asumen en el contrato de seguro, siendo este principio, un factor común en las legislaciones de otros países.

En cuanto a la contratación de seguros por medios electrónicos, las normas que lo regulan deben tener como objetivo dar certeza al contrato que se celebre por estos medios, la tecnología reta permanentemente a legisladores y leyes existentes. Es necesario contar con una apropiada legislación para crear certeza y confianza en los usuarios del comercio electrónico y asegurar la validez, legalidad y exigibilidad de los contratos realizados en Internet. Adicionalmente, se deben establecer los principios y normas claras, relacionadas con la formación de contratos; se debe reconocer la validez de las firmas digitales o de otros sistemas que permitan determinar la identidad de las partes que actúan a través de Internet, y garantizar una debida protección a los consumidores.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Acedo, M y Acedo C. (1999). *Temas sobre derecho de seguros.* Caracas: Editorial jurídica venezolana.
- Aguiar, A. (1973). El contrato de seguro, Derogatorio del principio de la consensualidad contractual. Caracas, Ensayo.
- Bonfante, P. (1976). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A.
- Chacón, N. (2005). La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad comercial. Caracas: Universidad Central de Venezuela
- Halperin, I. (1946). *El contrato de seguro.* Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- Halperin, I. (1986). **Seguros.** Buenos Aires: Editorial De Palma, Segunda Edición.
- Iglesias, J. (1985). *Derecho Romano*, Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- López, H. (1999). *Comentarios al Contrato de Seguro* (3ra. Ed.). Santafe de Bogotá: Dupre Editores.
- Lara, L. (1999). *Comercio electrónico, Las fronteras de la ley*. Caracas: Cámara Venezolana de Comercio Electrónico.
- Mármol, H. (1999). *Fundamentos del seguro terrestre* (4ta. Ed.). Caracas: Ediciones Liber.
- Menéndez, J. (2005). *El contrato vía Internet.* Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Montoya, M. (1973). *De las obligaciones en el Derecho Romano.* Bogotá: Editorial TEMIS Librería.
- Morles, A. (2004). *Curso de derecho mercantil* (tomo IV). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Ordóñez, A. (2004). Las obligaciones y cargas de las partes en el

- contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros N° 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina, G. y Ospina A. (1960). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Puig, J. (1973). *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A.
- Rangel, J. (2001). *Visión y revisión del contrato de seguro* (tomo I). Caracas: Editorial Jurídica Ávila, S.R.L.
- Rico, M. (2003). *Comercio electrónico Internet y Derecho*. Caracas: Legis Editores, C.A.
- Ruiz, L. (1978). *El contrato de seguro.* México: Editorial Porrua, S.A.
- Sánchez, F. (1999). Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (Segunda Edición). Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- Soler, A. (1970). *El nuevo contrato de seguro* (Reimp. Inalterada). Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Southerland, J. (1988) *Temas de derecho mercantil II, Primera Parte, Seguros.* San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira.
- Stiglitz, R. (2004). *Derecho de seguros* (4ta. Ed.) (tomo I, II y III). Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Uribe, R. (1982). **De las obligaciones y de los contratos en general.**Bogotá: Editorial TEMIS Librería.
- Vivante, C. (1935). *Del contrato de seguro, de la prenda, del deposito en los almacenes generales* (vol. 1, trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediar, Soc. Anón., Editores.
- Vivante, C. (1952). *Derecho Comercial* (T. 14, Vol. 1 "Del contrato de seguro"). Buenos Aires: Ediar, Editores.
- Comercio electrónico. (2005). Universidad de los Andes, Bogotá: Legis Editores.

- Guía Práctica de Seguros. (2004). Caracas: Legis Editores.
- Cogido de Comercio, Gaceta Nº 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.
- Decreto con fuerza de ley del contrato de seguros, (DFLCS, 2001). Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario de fecha 12 de Noviembre de 2001.
- Ley de contrato de seguros, Ley 50/1980, de Octubre, España.
- Ley de empresas de seguros y reaseguros. Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2001.
- Ley de protección al consumidor y al usuario. Gaceta Oficial N° 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004.