



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL**

**EFFECTOS DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES DEL CONTRATO DE
REASEGURO**

Presentado por
Diego López Padrón

Presentado para Optar al Título de
Especialista en Derecho Mercantil

Asesor
Dr. Julio Sánchez - Vegas

Caracas, 3 de Diciembre de 2014

UCAB Universidad Católica
ANDRÉS BELLO
UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente, hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el abogado DIEGO ALBERTO LÓPEZ PADRÓN, titular de la cédula de identidad N° V 15.487.269, para optar al título de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título definitivo es “Efectos de las Cláusulas Excepcionales del Contrato de Reaseguro”; y manifiesto 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 (_____) (____) del mes de (____) de 2014.

Dr. Julio Sánchez – Vegas
C.I. V- ()

DEDICATORIA

... A Dios todo poderoso por bendecir mi
sendero personal y profesional.

... A la Virgen del Carmen, quien me
protege y guía sigilosamente
bajo su manto.

... A mi padre Roberto López Mendoza,
quien desde mi niñez es ejemplo de
honestidad, perseverancia y dedicación.

... A mi madre, quien con amor infinito
ha tomado incansablemente las riendas de
nuestro hogar. Orgulloso de ser tu hijo.

.. A mi esposa, compañera y eterna
consejera, por siempre llenarme de amor
y motivarme a ser cada día mejor
persona y profesional.

... Al Dr. Julio Sánchez - Vegas, por
apoyarme desinteresadamente con su
sapiencia y vasta experiencia en este
importante trabajo.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL**

**EFFECTOS DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES DEL CONTRATO DE
REASEGURO**

Autor: López Padrón, Diego Alberto
Asesor: Dr. Sánchez – Vegas, Julio
Fecha: 3 de Diciembre de 2014

RESUMEN

Con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) y la Ley de la Actividad Aseguradora (2010) se profundizó la regulación del contrato de reaseguro en Venezuela, el cual prácticamente no se encontraba normado. Algunos artículos contenidos en los referidos cuerpos normativos permiten inferir que en función del principio de la autonomía de la voluntad de las partes se pueden crear relaciones excepcionales entre el asegurado, la aseguradora y el reasegurador, las cuales estaban tradicionalmente negadas. El presente trabajo identifica los efectos de las cláusulas excepcionales del contrato de reaseguro en las relaciones entre el asegurado, la aseguradora y el reasegurador, haciendo especial énfasis, en la acción directa del asegurado contra el reasegurador y en el posible litisconsorcio pasivo facultativo entre la aseguradora y el reasegurador durante el proceso judicial intentado por el asegurado. Los objetivos de la investigación se centran en identificar los presupuestos generales del contrato de reaseguro, sus caracteres y elementos esenciales, las obligaciones de las partes, los tipos de reaseguro e identificar los tipos de cláusulas excepcionales, entre otros aspectos de interés que permitirán dar respuestas a todas las interrogantes de la investigación. El presente trabajo se desarrollará a través de una investigación de tipo documental y nivel descriptivo. La importancia del trabajo será evaluar los efectos que las cláusulas excepcionales del reaseguro tienen sobre las relaciones tradicionales del asegurado, la aseguradora y el reasegurador.

Palabras clave: reaseguro, reasegurador, reasegurado, asegurado, aseguradora.

Índice General

APROBACIÓN DEL ASESOR	i
DEDICATORIA	ii
RESUMEN	iii
Introducción	1
I. Presupuestos Generales del Contrato de Reaseguro	4
A. Evolución Histórica del Reaseguro	4
B. Concepto del Contrato de Reaseguro	7
C. Principios Generales del Contrato de Reaseguro	11
a. Autonomía de los contratos de seguro originario y de reaseguro.	11
b. Independencia del seguro frente al reaseguro.	14
c. Dependencia del reaseguro respecto del seguro principal.	16
d. La comunidad de la suerte.	17
e. El reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del seguro.	17
f. Buena fe.	18
g. El reaseguro se celebra entre profesionales.	19
h. El reaseguro se aplica a todas las ramas del seguro.	20
D. Su Distinción de Figura Afín	20
a. El coaseguro.	20
E. Importancia del Contrato de Reaseguro	22
F. Naturaleza Jurídica.	23
II. Caracteres y Elementos Fundamentales del Contrato de Reaseguro	28
A. Caracteres del Contrato	28
a. Consensual.	28
b. Contrato celebrado entre profesionales.	28
c. Paritario.	29
d. Bilateral.	29
e. Oneroso.	31
f. Aleatorio.	31
g. De tracto sucesivo.	32
h. De buena fe.	32
i. De carácter internacional.	33
B. Elementos Esenciales del Contrato	33
a. Objeto.	34
b. Consentimiento.	35
i. Aspectos inherentes a la perfección del contrato.	36
ii. Contenido de la propuesta del contrato de reaseguro.	37
iii. Vicios del consentimiento.	39
c. Causa.	43
i. Causa del contrato y causa de la obligación.	43

ii. <i>El Riesgo y el siniestro.</i>	44
iii. <i>El riesgo asegurado y el riesgo reasegurado.</i>	45
iv. <i>Momento en que el reasegurado asume el riesgo.</i>	46
v. <i>El interés (re) asegurado.</i>	47
vi. <i>Valor del interés reasegurado.</i>	48
vii. <i>Suma asegurada</i>	48
viii. <i>Supuestos especiales.</i>	49
III. Obligaciones de las Partes del Contrato de Reaseguro	53
A. Obligaciones de la Asegurada - Reasegurada	54
a. Describir el riesgo.	54
b. El pago de la prima.	55
c. Exhibición de documentos.	57
d. Prohibición de agravar el riesgo.	57
B. Obligaciones del Reasegurador	59
a. El pago de la indemnización.	59
IV. Los Tipos de Reaseguros	63
A. El Reaseguro Facultativo o Simple	63
a. Ventajas e inconvenientes del reaseguro facultativo.	64
B. El Reaseguro por Tratado u Obligatorio	66
a. Clases de tratados de reaseguro.	67
i. <i>Por razón de su obligatoriedad.</i>	68
ii. <i>Por razón de su contenido.</i>	69
C. Comentarios Adicionales	72
V. Los Tipos de Cláusulas Excepcionales en el Contrato de Reaseguro	74
A. Cláusulas de Cooperación y de Control (Cooperation and Control Clauses)	75
a. Cláusulas que establecen un deber de información en torno a las modificaciones que conciernen al seguro originario.	75
b. Cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro.	76
c. Cláusulas referentes al pago de la prestación asegurada.	76
B. Cláusula Cut Thourgh	77
C. Cláusula de Insolvencia (Insolvency Clauses)	78
D. Cláusulas de Pago Simultáneo (Simultaneous Clauses)	78
E. Cláusulas que Establecen la Prevalencia Absoluta de los Términos o Condiciones del Reaseguro Frente al Clausulado del Contrato de Seguros.	79
VI. El Litisconsorcio Pasivo Facultativo	80
A. Definición	80
B. Caracteres Relevantes	82
C. Tipos	83
a. Garantía propia e impropia.	83
b. Garantía formal o simple.	84
D. Tesis Respecto del Seguro y el Reaseguro	85
E. Jurisprudencia Venezolana	89

Conclusiones	91
Referencias	94

Introducción

El reaseguro es un contrato esencialmente de carácter internacional, históricamente reglado conforme al principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

La importancia del referido contrato radica en su carácter instrumental para garantizar la estabilidad financiera de las aseguradoras ante siniestros onerosos.

Es importante destacar, que el contrato de reaseguro se no se encontraba prácticamente regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, toda vez que solo existían algunas referencias en el Código de Comercio (1955) y en algunas leyes del sector asegurador.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) y la Ley de la Actividad Aseguradora (2010), se ahondó en la regulación del contrato de reaseguro en Venezuela.

Prueba de ello, es que el referido Decreto estableció como deben probarse los contratos automáticos y facultativos, estipuló el régimen de compensación entre el reasegurador y la aseguradora ante la liquidación administrativa de ésta última, así como definió los privilegios de los asegurados ante la liquidación administrativa de las empresas de seguro.

Por su parte, la Ley de la Actividad Aseguradora (2010) estipuló el procedimiento de autorización de la cuantía de las retenciones del reaseguro, definió las sanciones ante la falta de información y/o cesión de los riesgos en los contratos de reaseguro y retrocesión; y estableció que los reaseguros debían contener las condiciones mínimas establecidas en la Ley, su Reglamento o en las normas prudenciales que dictara la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, entre otros aspectos.

La regulación prevista en los textos normativos indicados supra, ha permitido que se incorporen válidamente en los contratos de reaseguro una serie de cláusulas excepcionales que flexibilizan las relaciones tradicionales entre las partes contratantes e incluso crean vínculos directos entre el asegurado y el reasegurador, reconociéndose algunas prácticas del mercado.

Al respecto, cabe destacar que en dichas cláusulas las partes pueden convenir que el asegurado exija directamente al reasegurador la indemnización relacionada con el siniestro de la cosa asegurada, se puede condicionar la indemnización al asegurado por parte de la aseguradora al pago del reasegurador, se puede estipular que el reasegurador tenga la discrecionalidad de designar a los ajustadores del reclamo y participar activamente en el análisis y liquidación del siniestro, entre otras cláusulas que hacen nacer relaciones entre el asegurado, la aseguradora y el reasegurador.

Ante este nuevo escenario, es conveniente evaluar la factibilidad de la acción directa de cumplimiento ejercida por el asegurado contra el reasegurador y el litisconsorcio pasivo facultativo entre la aseguradora y el reasegurador durante el proceso judicial intentado por el asegurado, aun cuando estos supuestos hubieren sido tradicionalmente negados en la historia de la institución en Venezuela.

Algunos sectores tradiciones habían venido sosteniendo que el asegurado carecía de acciones contra el reasegurador, en vista del principio de autonomía o independencia entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro, entendiéndose que el sustrato de los elementos personales y esenciales de ambas figuras son disímiles.

Al respecto, se ha entendido que las partes del contrato de seguro son el tomador (que puede ser o no el mismo asegurado) y la aseguradora, cuyo objeto y obligación de la empresa será amparar los riesgos a los que está expuesto el objeto

asegurado, en atención a las condiciones generales, a las condiciones particulares y a los anexos de la póliza.

Mientras que las partes del contrato de reaseguro son la aseguradora – reasegurada y el reasegurador, cuyo nexo se fundamenta en la obligación de la reaseguradora de indemnizar a la empresa de seguros ante la eventual disminución patrimonial.

Pese a la concepción tradicional de la institución vinculada a sus partes, sus obligaciones y principios fundamentales, se ha observado otras corrientes que sustentan que bajo ciertos presupuestos es perfectamente viable que el asegurado ejerza una acción directa contra el reasegurador o se permita un litisconsorcio pasivo facultativo entre la aseguradora y el reasegurador en el juicio intentado por el asegurado.

En razón de lo precedentemente expuesto, el presente trabajo establecerá los efectos de las cláusulas excepcionales del contrato de reaseguro, haciendo especial énfasis, en la acción directa del asegurado contra el reasegurador y en el litisconsorcio pasivo facultativo de la aseguradora y el reasegurador.

Al efecto, la investigación se desarrollará en torno a siete capítulos a saber: presupuestos generales del contrato de reaseguro; caracteres y elementos fundamentales del contrato de reaseguro; obligaciones de las partes del contrato; clases de contratos de reaseguro; tipos de cláusulas excepcionales del contrato de reaseguro; el litisconsorcio pasivo facultativo y las conclusiones.

Finalmente, la investigación de los efectos de las cláusulas excepcionales del contrato de reaseguro se desarrollará bajo el marco descriptivo y documental, razón por la cual se traducirá en una investigación analítica conceptual que requerirá una amplia revisión de fuentes legales y bibliográficas.

Capítulo I

Presupuestos Generales del Contrato de Reaseguro

A. Evolución Histórica del Reaseguro

Se desconoce con exactitud cuando nació el contrato de reaseguro en la historia.

Autores como Broseta (1961) y Baumeister (2003) consideran que el reaseguro es una institución tan antigua como el seguro mismo.

En cuanto al ligamen existente entre el reaseguro y los orígenes del seguro, Golding (1976) afirma:

La idea del reaseguro está vinculada en el mismo instinto humano que dio a luz el seguro – el deseo de que la pérdida de un individuo fuese compartida entre muchos – y así como esto conduce a que un miembro del público se asegure con un asegurador directo, así el asegurador se inclina a reasegurar parte de sus riesgos con un reasegurador (p.12)

Pese a la indeterminación temporal de los orígenes del reaseguro, no cabe duda que su nacimiento y evolución histórica son consecuencia directa de las operaciones de seguro a lo largo del tiempo. En función de ello, vale destacar que existen referencias aisladas que seguros rudimentarios pudieron haber sido practicados desde el nacimiento de la civilización misma.

En cuanto al ejemplo registrado más antiguo del reaseguro, existe consenso entre los expertos tanto patrios como foráneos que se relaciona con el transporte marítimo de un cargamento en 1370.

Se infiere de Chang y Negrón (2011), Golding (1976) y el Servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguro (1978) que las primeras referencias de la institución se remontan a la Génova (Italia) de 1370, en la cual se celebró un seguro para amparar los riesgos de un cargamento, cuyo riesgo, en la parte más peligrosa fue reasegurado por la aseguradora.

Sin ánimos de contradecir lo anterior, algunos autores extranjeros han sugerido evaluar cautelosamente la naturaleza de algunas crónicas del reaseguro reseñadas en la historia, toda vez que la institución pudo haber sido sigilosamente confundida.

Al respecto, el mismo Golding (1976) manifestó:

Al revisar los viejos registros del reaseguro se debe tener cuidado en distinguir entre los reaseguros en sí, es decir una transacción que pudiese ser iniciada únicamente por el asegurador, y en el caso de un asegurado que asegura su propiedad nuevamente porque el asegurador original hubiese sido declarado en quiebra. Hubo muchas confusiones en la idea sobre este particular, especialmente en los primeros días del seguro Marítimo, tanto así que cuando el reaseguro Marítimo fue considerado ilegal en una ley de 1746, se hizo una excepción si el asegurador original llegase a ser considerado insolvente, o en quiebra, o bien muriese. Pero, claro está, esa excepción únicamente permitió que el asegurado pudiese tomar un nuevo seguro, ya que el primer seguro no tenía valor. Así que el efecto de la Ley fue prohibir la práctica del reaseguro usando la palabra en su propio sentido, pero no el prohibir el asegurar nuevamente bajo las circunstancias mencionadas (p. 13).

Ahora bien, es importante destacar que luego de la referencia citada en el año de 1370, el reaseguro marítimo evolucionó mayormente en los países del continente europeo, a excepción de Inglaterra, por considerarse ilegal desde el año 1746 hasta 1864.

Por otra parte, resulta aún más complicado determinar el nacimiento del reaseguro en otras modalidades del seguro.

En función a este aspecto, Chang y Negrón (2011) afirman:

Se dice que el reaseguro terrestre tardó muchísimo más en aparecer y se citan como primeros contratos de reaseguro los de incendio, en el Siglo XIX. Algunos autores indican que el documento más antiguo está signado en Nueva York por el Eagle Fire Insurance Company, quien reaseguró a la Unión Insurance Company en 1813. Asimismo se dice que el primer reaseguro de vida aparece en Inglaterra en 1884 (p. 248).

En función de las consideraciones precedentemente expuestas, es oportuno mencionar que el reaseguro se practicó originariamente de manera facultativa, en vista de que solo se solicitaban amparar determinados riesgos individualmente considerados, así como los reaseguradores estilaron evaluar casuísticamente cada una de las proposiciones que les hubieren efectuado.

Al respecto el servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguros (1978) indicó que “el reaseguro se practicaba sobre una base facultativa únicamente. Con el desarrollo industrial y comercial del siglo XIX el seguro tomó un auge que hizo necesario buscar formas más flexibles de cobertura” (p.34).

Estas formas más flexibles de cobertura y su potencial impacto en el mercado, se encontró según Golding (1976) en el reaseguro por contrato definido como:

... El medio por el cual un asegurador directo puede obtener de su reasegurador una cobertura obligatoria, permitiéndole, por lo tanto, aceptar su negocio en una forma amplia y con más seguridad. Desde entonces y durante todo el siglo diecinueve, el uso del contrato se desarrolló constantemente, aunque no en una forma que llegase a sustituir de inmediato el método facultativo, porque aun hasta 1900 muchas oficinas tramitaban una gran parte de sus reaseguros de acuerdo a este método, especialmente en los ramos de Incendio y Diversos (p.14).

Consecuentemente, el reaseguro por contrato constituye actualmente una de sus variantes más importante y efectivas dentro del mercado, materializándose como un instrumento eficiente de división de los riesgos de mayor cuantía asumidos por las aseguradoras, en aras de garantizar su estabilidad económica ante la ocurrencia de siniestros onerosos amparados por las pólizas contratadas con sus asegurados.

Por último, la demanda sistemática y progresiva de cobertura y la competencia entre las aseguradoras que prestaban originariamente los reaseguros, forzó el nacimiento - relativamente reciente - de empresas especializadas, tales como la Colonia de Reaseguro fundada en 1846, la Suiza de Reaseguro en 1863, la Mercantile and General de 1917, entre algunas otras.

B. Concepto del Contrato de Reaseguro

Existen muchos conceptos de la institución del reaseguro, los cuales han sido esbozados tanto por autores nacionales como foráneos, mayormente influenciados por las disposiciones de sus ordenamientos jurídicos o por la posición que ellos tengan respecto de su naturaleza o elementos estructurales.

Es por ello, que algunos autores como Baumeister (2003) han manifestado la dificultad de un concepto unitario del reaseguro.

Ahora bien, en primer lugar cabe reseñar que en España la Ley 50/1980 sobre el Contrato de Seguro consagra:

Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro.

Del concepto antes indicado, se infiere que para el ordenamiento jurídico español, el reaseguro es un contrato de seguro que tiene por objeto amparar el riesgo asociado a una disminución patrimonial del asegurador como consecuencia del nacimiento de su obligación de indemnizar a sus Clientes, todo ello relacionado con los contratos de seguros suscritos con ellos.

En Venezuela, la situación es diferente a la del ordenamiento jurídico español. El contrato de reaseguro prácticamente no se ha encontrado normado en nuestra legislación, de hecho, en el Código de Comercio (1955) y en algunas leyes del sector asegurador anteriores a las hoy vigentes, solo se apreciaban referencias incidentales de la institución.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) y la Ley de la Actividad Aseguradora (2010), se ahondó someramente en la regulación del referido contrato en Venezuela.

Prueba de ello, es que el nombrado Decreto estableció como deben probarse los contratos automáticos y facultativos, estipuló el régimen de compensación entre el reasegurador y la aseguradora ante la liquidación administrativa de ésta última, así

como definió los privilegios de los asegurados ante la liquidación administrativa de las empresas de seguro.

Por su parte, la Ley de la Actividad Aseguradora (2010) estipuló el procedimiento de autorización de la cuantía de las retenciones del reaseguro, definió las sanciones ante la falta de información y/o cesión de los riesgos en los contratos de reaseguro y retrocesión; y estableció que los reaseguros debían contener las condiciones mínimas establecidas en la Ley, su Reglamento o en las normas prudenciales que dictara la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

No obstante todo lo anterior, la legislación Venezolana no provee una regulación detallada del reaseguro, inclusive, no presenta siquiera el concepto, elementos estructurales y/o caracteres de ésta institución.

En este sentido, se infiere que la intención del legislador es reconocer el carácter internacional del contrato de reaseguro, permitiendo que su regulación se efectúe conforme al principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes y la costumbre mercantil.

Pese a todo lo anterior, vale resaltar algunos de los conceptos que importantes autores han esbozado respecto del contrato de reaseguro. Al efecto, encontraremos que Baumeister (2003) siguiendo la tesis española esgrimió que el reaseguro es:

Un “seguro” que se superpone a otro u otros seguros y mediante el que, la cedente protege su patrimonio del daño que supone el nacimiento en el mismo, de una deuda como consecuencia de tener que indemnizar siniestros producidos en riesgos que tiene asegurados (p. 155).

En este mismo orden de ideas, Chang y Negrón (2011) afirman que el reaseguro es:

El contrato por el que el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites del contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación asumida por éste como asegurador en un contrato de seguro (p. 248).

Por su parte, Broseta (1961) afirma que el reaseguro “es el seguro contra el nacimiento de una deuda que soporta el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior a él” (p.44).

Nótese que los conceptos anteriormente transcritos coinciden en que el reaseguro es (i) una especie de contrato de seguro, (ii) cuyo riesgo asumido por el reasegurador se encuentra materializado en la posibilidad de una disminución patrimonial de la aseguradora en vista de las indemnizaciones que deba honrar a sus asegurados por las pólizas de seguros suscritas con ellos.

La tesis contraria a la antes comentada, afirma que el reaseguro es un contrato distinto al seguro, al cual no se le deben aplicar las normas de éste último. Adicionalmente a ello, estima que el objeto del contrato bajo análisis versa sobre la cesión al reasegurador - dentro de ciertos límites -, de parte de los riesgos asumidos por el asegurador al contratar pólizas con sus Clientes.

Bajo esta óptica, Firgau (1997) considera al reaseguro como:

Un contrato en virtud del cual un asegurador mediante el pago de una prima, cede a un reasegurador en forma individual o global, una parte de los riesgos que ha asumido bajo relaciones contractuales de seguro directo y que por sí solo no puede soportar (p.14).

Asimismo, Picard y Besson (1973) manifestaron en cuanto al reaseguro lo siguiente “Es un contrato por el cual el asegurador se descarga sobre otra persona, de todo o parte de los riesgos por él asumidos” (p. 422).

Respecto de los dos conceptos antes citados se puede apreciar que (i) los autores no reputaron al reaseguro como un seguro, (ii) el objeto de ese contrato está representado por la cesión que hace el asegurador de todo o parte de los riesgos que ha asumido con ocasión a las pólizas de seguros celebradas con sus asegurados.

Por último, es importante destacar que en caso de preferir la tesis de que el reaseguro es un contrato de seguro especial, se debería entender que el reasegurador a cambio de una prima determinada, se obliga a indemnizar a la aseguradora cuando ésta última sufra una disminución patrimonial como consecuencia de las obligaciones que hubiere asumido en las pólizas celebradas con sus asegurados. En caso de elegir la segunda tesis, se deberá entender que el reaseguro es un contrato distinto y peculiar, no sujeto a las normas del contrato de seguro, cuyo objeto - previo pago de la prima respectiva – es permitir a la aseguradora cederle al reasegurador los riesgos asumidos en los contratos de seguros. Al respecto, ante la materialización de esos riesgos (siniestro), el reasegurador debe pagar a la aseguradora el importe de la indemnización correspondiente, con arreglo a lo estipulado en el contrato de reaseguro.

C. Principios Generales del Contrato de Reaseguro

a. Autonomía de los contratos de seguro originario y de reaseguro.

Al estudiar la institución del reaseguro se debe iniciar por delimitar las relaciones existentes entre el contrato de seguro originario y el contrato de reaseguro, en aras de conocer la eventual independencia entre ellos.

Al respecto, vale mencionar que el solo hecho de que el reaseguro suponga la celebración de un contrato de reaseguro anterior a él, puede hacer pensar erróneamente que no existe autonomía entre ambos contratos.

En este sentido, Broseta (1961) afirma que:

“Los dos contratos son autónomos entre sí por su nacimiento y por sus elementos esenciales, que es independiente el seguro respecto al reaseguro y subordinado éste respecto a aquel en su funcionamiento interno y termina afirmando siguiendo a Uría que “la relación entre ambos contratos no destruye su autonomía” (p.19).

De la opinión antes expuesta por Broseta (1961) se evidencia que la potencial autonomía entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro nace al evaluar el momento de nacimiento de cada uno de ellos y sus elementos esenciales. Es por ello, que Broseta (1961) reconoce la interdependencia y la subordinación del contrato de reaseguro respecto del contrato de seguro originario.

En cuanto al momento de nacimiento y los elementos esenciales de estos contratos se debe mencionar que la celebración del contrato de seguro es anterior a la suscripción del contrato de reaseguro. Por su parte, el seguro es un contrato en virtud del cual una empresa de seguro, a cambio de una prima asume las consecuencias de riesgos ajenos, a tenor de lo previsto en el artículo 5 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001). Adicionalmente a ello, el artículo 7 del referido Decreto establece como partes del contrato de seguro al tomador de la póliza y a la empresa aseguradora.

En cambio, el reaseguro nace como una medida tomada por las aseguradoras ante la eventual disminución patrimonial causada a consecuencia de la materialización de cualesquiera de los riesgos asumidos en sus contratos de seguros

pactados con los asegurados. Es por ello, que acuden ante un reasegurador para ceder ese riesgo de disminución patrimonial.

En este sentido, el reaseguro se materializa como:

El contrato por el que el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites del contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación asumida por éste como asegurador en un contrato de seguro (Chang y Negrón, 2011, p. 248).

De las nociones precedentemente expuestas, se aprecia (1) que las partes del contrato de seguro son el tomador y la aseguradora, mientras que en el reaseguro es la aseguradora (cedente) y el reasegurador (cedido) y (2) el objeto del seguro es amparar unos riesgos ajenos y previamente determinados, a cambio de una prima, y en el reaseguro, el objeto es amparar el potencial riesgo de disminución patrimonial de una aseguradora.

Por su parte, es resulta oportuno resaltar que el principio in comento se encuentra reconocido en la legislación patria en el artículo 124 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001), de la siguiente manera:

Artículo 124

Los contratos celebrados entre empresas de seguros y empresas de reaseguros se rigen por el derecho común y no están sometidos a las disposiciones sobre el contrato de seguro.

Del artículo antes transcrito, vale aclarar que la remisión del reaseguro al derecho común no debe entenderse que el reaseguro es un contrato distinto al de los seguros. Por el contrario, hacer mención al reaseguro en dicho Decreto constituye su reconocimiento como un tipo especial de seguro, mas sin embargo, no se le aplica las

normas ahí contenidas partiendo del presupuesto que ninguna de las personas que forman parte del contrato (reaseguro), vale decir las aseguradoras y los reaseguradores, pueden entenderse como débiles jurídicos.

En función de todos lo precedentemente narrado, es menester concluir que la autonomía del contrato de seguro y del contrato de reaseguro, no pretende soslayar la visión de subordinación existente entre ambas instituciones, ni menoscaba la posibilidad de las partes integrantes de esos acuerdos puedan normar relaciones excepcionales entre esos dos contratos.

b. Independencia del seguro frente al reaseguro.

El contrato de reaseguro es independiente al contrato de seguro. De hecho, en ocasiones los asegurados desconocen que su aseguradora celebró un contrato de reaseguro para amparar la disminución patrimonial de la compañía ante la ocurrencia de un siniestro.

Estas afirmaciones persiguen únicamente aclarar que las desventuras que potencialmente afecten al contrato de reaseguro no podrán hacerse extensivas al contrato de seguro celebrado entre una aseguradora y sus asegurados. Es decir, la nulidad del contrato de reaseguro, la quiebra del reasegurador, entre otras vicisitudes, no impactarán directamente al contrato de seguro.

No obstante lo anterior, cabe señalar que excepcionalmente las partes del contrato de reaseguro pueden reducir de común acuerdo el grado de independencia de ese convenio respecto del contrato de seguro.

Al respecto, Broseta (1961) señala lo siguiente:

Cuando se incluye una cláusula por la que el reasegurador se obliga a pagar la indemnización directamente al asegurado originario según los límites y estipulaciones fijados en el reaseguro. Cuando se estipula expresamente esta cláusula alterando el contenido normal de la relación entre el asegurado y el reasegurador, y cuando su existencia se haya comunicado al asegurado del seguro principal, éste podrá dirigirse al reasegurador para exigirle, si se ha producido el siniestro, el pago de la indemnización; con lo que aparentemente se rompe o quiebra la postulada independencia del seguro frente al reaseguro (p.21).

En este orden de ideas, se reconoce que bajo la visión de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, se puede reducir la independencia existente entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro sin atentar contra la naturaleza de ambas figuras. Ahora bien, para que este tipo de acuerdos surtan efectos, el tomador, la aseguradora y el reasegurador debe documentar sus acuerdos por escrito y garantizar que todos conozcan la información.

Por último, se considera que la cláusula mediante la cual el reasegurador se compromete a indemnizar al asegurado no es el único tipo de acuerdo que puede relajar el principio de independencia de los contrato de seguro y el contrato de reaseguro, tal y como observaremos durante el desarrollo del presente trabajo.

c. Dependencia del reaseguro respecto del seguro principal.

Tal y como se ha señalado precedentemente, existe subordinación entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro. Con esa afirmación, se persigue esclarecer que el contrato de reaseguro depende del nacimiento de un contrato de seguro previo, sin que esto atente contra los principios de autonomía e independencia antes expuestos.

En este sentido, Broseta (1961) ha indicado:

El seguro originario es presupuesto del reaseguro, porque sin él no podría existir. Y ello es así, puesto que el reaseguro se estipula porque en el patrimonio del asegurador un seguro anteriormente contratado ha creado la posibilidad del nacimiento de una deuda representada por la indemnización que, en su caso, se verá obligado a pagar al asegurado originario. La obligación del reasegurador frente al asegurador – reasegurado no se concibe pues sin la existencia de la obligación de éste frente al asegurado (p.23)

De las consideraciones antes citadas, se aprecia la tendencia de que el reaseguro supone el nacimiento previo de un contrato de seguro, es su esencia. Se requiere que una aseguradora celebre un contrato de seguro con un asegurado para que eventualmente pueda nacer en su patrimonio una deuda, como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro debidamente cubierto por el contrato de seguro; riesgo éste, que la compañía de seguro cede al reasegurador mediante la celebración de un contrato de reaseguro.

d. La comunidad de la suerte.

La estrecha dependencia entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro se puede observar en el principio de la comunidad de la suerte.

Básicamente, este principio se traduce habitualmente en una cláusula de estilo en los contratos de reaseguro tendientes a establecer que el reaseguro corre la suerte del seguro en el riesgo que le hubiese sido cedido.

Este importante principio rector del reaseguro, se encuentra establecido en el artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001), a saber:

A menos que se prevea expresamente en el contrato de seguro, el contrato de reaseguro sólo crea relaciones entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros, pero éste sigue la suerte del primero en el riesgo que le hubiese sido cedido, de acuerdo con lo que a tal efecto prevea el contrato de reaseguro.

El reconocimiento expreso del principio en la Ley, representa un avance en la regulación del reaseguro en Venezuela, el cual se extiende a propugnar en su primera parte, la posibilidad de que las partes - sin desnaturalizar el contrato de reaseguro - puedan crear relaciones excepcionales entre el asegurado y el reasegurador.

e. El reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del seguro.

Este principio al igual que el de la comunidad de la suerte, se materializan en la práctica en los contratos de reaseguro como cláusulas de estilo, que generalmente indican “según las condiciones y cláusulas originales del contrato de seguro”.

No obstante lo anterior, es perfectamente válido y posible que el reasegurador manifieste su deseo de excluir o limitar algunos riesgos amparados por la aseguradora en el contrato de seguro celebrado con el asegurado.

f. Buena fe.

Uno de los principios rectores del contrato de seguro a nivel mundial es la buena fe.

Ese principio es recogido en los artículos 4 y 6 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001), a saber:

Artículo 4. “Cuando sea necesario interpretar el contrato de seguro se utilizarán los principios siguientes:

1. Se presumirá que el contrato de seguro ha sido celebrado de buena fe...”.

Artículo 6. “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de buena fe y de ejecución sucesiva”.

Adicionalmente a ello, el artículo 1160 del Código Civil (1982) prevé:

Artículo 1161. Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”.

Por su parte, nuestra propia legislación reprocha la ausencia de buena fe en la contratación del seguro con la nulidad del contrato, según lo previsto en el artículo 23

del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) en los siguientes términos:

Artículo 23. Las falsedades y reticencias de mala fe por parte del tomador, del asegurado o del beneficiario, debidamente probadas, serán causa de nulidad absoluta del contrato, si son de tal naturaleza que la empresa de seguros de haberlo conocido, no hubiese contratado o lo hubiese hecho en otras condiciones.

Para concluir, se infiere de Broseta (1961) que el dogma de buena fe se extiende al contrato de reaseguro, indicando además, que comprende no solo la fase contractual sino todas las relaciones y el cumplimiento de las obligaciones principales y accesorias que surgen del reaseguro.

g. El reaseguro se celebra entre profesionales.

El reaseguro es un contrato celebrado mundialmente entre aseguradoras y reaseguradores, las cuales son personas jurídicas con conocimiento técnico, legal, económico - financiero, entre otros, que les hace posible llevar adelante este tipo de negocios.

Esta característica del reaseguro ha motivado a muchas legislaciones a sustraerlo del régimen imperativo de protección creado para el seguro.

Se infiere de Broseta (1961) que se ha excluido de la aplicación de normas imperativas de los contratos de seguro a los contratos de reaseguro, en vista de que éste último se contrata entre profesionales que actúan en pie de igualdad, sin que esto desnaturalice el carácter de seguro que tiene la institución del reaseguro.

h. El reaseguro se aplica a todas las ramas del seguro.

Este principio no ha sido objeto de discusión en la doctrina contemporánea. Se considera que cualquiera de las ramas del seguro es susceptible de ser reasegurada. Solo basta que una aseguradora celebre una póliza, a cambio de una prima, a fin de amparar unos riesgos ajenos que eventualmente se transformen en un siniestro.

D. Su Distinción de Figura Afín

a. El coaseguro.

Según el Diccionario Mapfre de Seguros (1992), el coaseguro es “Se da este nombre a la concurrencia de dos o más entidades aseguradoras en la cobertura de un mismo riesgo” (p.78).

Por su parte, el artículo 66 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) establece respecto del coaseguro lo siguiente:

Artículo 66

“Cuando el mismo seguro o el seguro del riesgo relativo a la misma cosa se hubiese repartido entre varias empresas de seguros en cuotas determinadas, cada empresa de seguros estará obligada a pagar la correspondiente indemnización, solamente en proporción a su respectiva cuota, aun cuando se trate de un solo contrato, suscrito por todas las empresas de seguros.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un mandato a favor de una o varias empresas de seguros para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al tomador o al

asegurado en nombre del resto de las empresas de seguros, se entenderá que durante toda la vigencia del coaseguro las empresas de seguros delegadas están legitimadas para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al tomador, al asegurado o al beneficiario”.

De la información antes transcrita, subyace que la función técnica del coaseguro tiene la misma finalidad que la del reaseguro: la división de los riesgos para que una aseguradora no tenga que afrontar por si sola el pago de siniestros onerosos, poniendo en riesgo su estabilidad económica financiera.

Pese a lo anterior, existen diferencias muy claras entre el reaseguro y el coaseguro. En primer lugar, en el coaseguro dos o más empresas aseguradoras, a cambio de una prima, corren con los riesgos de un asegurado. Esto quiere decir, que el coaseguro supone la existencia de pluralidad de compañías de seguros, las cuales son responsables del pago al asegurado de la cuota parte que les corresponda ante la ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza.

En el reaseguro, una aseguradora cedió al reasegurador el riesgo de disminución patrimonial al que pudiere estar expuesto a consecuencia del pago de un siniestro asociado a las pólizas contratadas con sus asegurados. Ahora bien, el asegurado al contratar la póliza no pretendía distribuir su riesgo entre varias compañías, de hecho, su intención era cederle sus riesgos únicamente a una aseguradora, quien posteriormente reaseguro sus riesgos.

Por otro lado, el coaseguro supone varias aseguradoras amparando un mismo riesgo en determinadas proporciones, mientras que el reaseguro puede existir con un solo asegurador.

Adicionalmente a ello, el coaseguro se encuentra regulado por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) mientras que el reaseguro se rige por el derecho común y no está sometido a las disposiciones sobre el contrato de seguro, toda vez que las partes intervinientes actúan en un plano de igualdad y son profesionales en la materia.

E. Importancia del Contrato de Reaseguro

A lo largo de la historia, el contrato de reaseguro ha fungido como un instrumento de división de los riesgos de mayor cuantía asumidos por las aseguradoras, el cual tiene por finalidad garantizar su estabilidad económica ante la ocurrencia de siniestros onerosos amparados por las pólizas contratadas con sus asegurados.

Sin duda, el contrato de reaseguro ha potenciado el desarrollo de la actividad aseguradora, en vista de que permite a las aseguradoras acrecentar los riesgos de gran cuantía económica que desean soportar.

Para Baumeister (2003) puede resumirse la importancia del reaseguro destacando que:

Ello ha hecho posible ampliar el número de riesgos contratados sin peligro alguno para los aseguradores (aumento de la capacidad contractual de la aseguradora), además ha estimulado el crecimiento de otras ramas del seguro y la expansión de las ya existentes extra sede de las aseguradoras, facilitando el análisis de nuevos riesgos, cálculos y reglas técnicas (p. 163).

Al igual que Baumeister (2003), se infiere de Broseta (1961) que la importancia del reaseguro no radica únicamente en su carácter de herramienta de

atomización o división de los riesgos, sino que también ha coadyuvado activamente en la evolución del mercado asegurador, pues permite ampliar la cartera de negocios a los que se exponen las aseguradoras.

Adicionalmente a lo antes expuesto, se ha reconocido a lo largo de la historia la función de financiación o crédito que el reaseguro representa para el sector asegurador. Esta afirmación deviene el hecho, que las aseguradoras deben contar con un capital (reservas técnicas) para afrontar los diversos compromisos a las que están sujetas. Ahora bien, tomando en cuenta que parte de sus riesgos se encuentran reasegurados, las empresas de seguros pueden asumir grandes riesgos con capitales menores de los que necesitarían técnicamente de no existir el reaseguro como contrato.

En consecuencia, la importancia del reaseguro se traduce en (1) su carácter de herramienta de división o atomización de los riesgos de las aseguradoras, (2) estimula la diversificación de las ramas del seguro y (3) constituye un mecanismo de financiamiento de las operaciones de seguro, la cual indirectamente propende a que este tipo de empresas analicen nuevos riesgos, variantes de negocios, reglas técnicas, entre otros aspectos.

F. Naturaleza Jurídica

Se ha discutido ampliamente sobre la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro y en tal sentido se aprecia como en la mayoría de las definiciones examinadas anteriormente, se inclinan a identificar su naturaleza con la del seguro, en el entendido de que es un contrato de seguro especial, aun cuando existen otras teorías que sostienen que el contrato de reaseguro es un convenio de naturaleza diversa, peculiar y diferente al contrato de seguro.

Entre algunas de las teorías que han negado la naturaleza asegurativa del reaseguro se encontrarán la del contrato de fianza o garantía, en la que se pensaba que la aseguradora ante el potencial reclamo del asegurado, buscaba por medio del reaseguro un fiador de su deuda. No obstante, el reaseguro no se podía asimilar al contrato de fianza porque para ello necesariamente se establecería entre el asegurado, el asegurador y el reasegurador la misma relación que ese contrato establece para el acreedor, deudor principal y el fiador, las cuales son evidentemente distintas a las relaciones que subyacen del reaseguro (Broseta, 1961).

Por otra parte, se desarrolló la tesis que propugnaba que el reaseguro se asimilaba al contrato de mandato, en el entendido que el reasegurador confería un mandato a la aseguradora – reasegurada en virtud del cual éste actúa en nombre propio, pero por cuenta de aquel. Sin embargo, esta tesis tampoco pudo ser admitida, en vista de que la obligación de gestión de riesgo que soporta la aseguradora - reasegurada no nace de un contrato de mandato celebrado entre él y el reasegurador, sino que nace con ocasión a la celebración del seguro originario del que se nutre el reaseguro. Mucho menos puede afirmarse que aseguradora – reasegurada actúa por cuenta del reasegurador, sino que por el contrario lo hace en su nombre y por su cuenta en sus relaciones con el asegurado con quien les une el contrato de seguro (Broseta, 1961).

En este mismo orden de ideas, se infiere de Mendoza (2000) que el reaseguro no tiene naturaleza asegurativa, en vista de que las leyes establecen una normativa diferente para ellos, o en algunos casos, ciertas legislaciones sustraen al reaseguro del campo de aplicación de las leyes referidas al contrato de seguro.

En cambio, autores como Baumeister (2003) sostienen que el reaseguro potencialmente tiene naturaleza asegurativa, en los siguientes términos:

De aceptarse la tesis ahora admitida por la Ley Española, diríamos entonces que el reaseguro, simplemente, es un seguro que se superpone a otro u otros seguros y mediante el que, la cedente protege su patrimonio del daño que supone el nacimiento en el mismo, de una deuda como consecuencia de tener que indemnizar siniestros producidos en riesgos que tiene asegurados (p. 155).

En este sentido, la doctrina moderna, e incluso los ordenamientos jurídicos en los que se excluye la aplicación de las leyes de seguros al contrato de reaseguro, reconocen que este contrato es un tipo más de los de naturaleza asegurativa.

Al respecto, Broseta (1961) afirma:

Es evidente que el contrato de reaseguro posee los elementos del contrato de seguro (interés, riesgo, suma asegurada, prima), los mismos elementos personales (un asegurado y un asegurador), la misma causa (eliminación de un daño eventual que soporta un interés del asegurado a cambio de una prima), que adopta las mismas formas propias a cualquier otro seguro, porque incluso cuando se contrata en forma general o por tratados el contrato de reaseguro se limita a utilizar la póliza general o flotante que puede aplicarse indistintamente a varios tipos de seguros y muy especialmente a los contratados sobre riesgos marítimos, y, además, que tradicionalmente le son aplicables los mismos principios generales propios y exclusivos del contrato de seguro.

Esta sólida tesis fundamenta la naturaleza asegurativa del reaseguro en que este contrato posee los mismos elementos estructurales, personales y causales del contrato de seguro, es decir, encontraremos que el reaseguro es celebrado entre dos personas cuyo rol son asimilables a los del asegurador tradicional y su tomador -

asegurado, con el objeto de amparar limitadamente (suma asegurada) un riesgo de la aseguradora – reasegurada, que no es más que el nacimiento de una deuda en su patrimonio a consecuencia de un reclamo presentado por uno de sus asegurados, todo ello a cambio de una prima.

En adición a lo antes expuesto, se infiere de la magistral exposición de Broseta (1961) que el reaseguro es un seguro de daños en vista de su función; pues la aseguradora – reasegurada tiende a protegerse buscando una cobertura contra el riesgo que en su patrimonio crea la posibilidad de verse obligada a pagar a su asegurado la indemnización establecida en el seguro originario.

En el caso concreto de Venezuela, ni la Ley de la Actividad Aseguradora (2011) ni el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) proveen información relativa a la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro.

Nada más se observa en el artículo 124 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que los contratos celebrados entre empresas de seguros y empresas de reaseguros se rigen por el derecho común y no están sometidos a las disposiciones sobre el contrato de seguro, es decir, excluye al reaseguro de su ámbito de aplicación.

No obstante lo anterior, se considera que la tesis propuesta por Broseta (1961) referida a la naturaleza asegurativa del reaseguro podría aplicar perfectamente en Venezuela, visto que ese contrato tiene los mismos elementos que los del seguro, tal y como se desarrolló precedentemente.

Finalmente, vale resaltar que la exclusión a la que se contrae el artículo 124 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) no debe entenderse como una negación de la naturaleza asegurativa del reaseguro, pues su remisión al derecho común obedece a que ninguna de las partes contratantes es débil

jurídica en la relación, razón por la cual el legislador les otorga la posibilidad plena de regirse bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

Capítulo II

Caracteres y Elementos Fundamentales del Contrato de Reaseguro

A. Caracteres del Contrato

a. Consensual.

Para Maduro y Pittier (2013) los contratos consensuales son:

Aquellos que se perfeccionan solo consensu, por el consentimiento. En el derecho moderno, caracterizado por la supremacía del principio consensualista, los contratos consensuales constituyen la regla general, entre ellos todos los contratos innominados. La excepción son los contratos reales y los contratos solemnes (p. 549).

Además se infiere de los autores antes mencionados que los contratos consensuales se distinguen de los contratos reales, en que éstos últimos requieren - además del consentimiento legítimamente manifestado por las partes - la entrega de una cosa, mientras que los contratos solemnes requieren para su perfeccionamiento del cumplimiento de una “formalidad ad substantiam” o “formalidad ad solemnitatem”, distinta a la entrega de la cosa, como elemento esencial para su nacimiento.

b. Contrato celebrado entre profesionales.

Tal y como se abordó precedentemente en este trabajo, el reaseguro es un contrato celebrado mundialmente entre aseguradoras y reaseguradores, las cuales son personas jurídicas cuyos equipos que las componen gozan de conocimiento técnico,

legal, económico - financiero, entre otros, que les hace posible llevar adelante este tipo de negocios.

c. Paritario.

Para Maduro y Pittier (2013) los contratos paritarios son:

Aquellos contratos producto de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna de ellas puede en la práctica imponerle a la otra estipulaciones del contrato (p.569).

El concepto antes transcrito se asocia directamente con la institución del reaseguro, en vista de que las partes integrantes del contrato se encuentran representadas por sociedades con múltiples conocimientos en la materia, lo cual les permite discutir sus condiciones en un plano de igualdad.

Esto no contradice el hecho que se encontrará en muchos contratos de reaseguro cláusulas de estilo destinadas a regular parte de las relaciones entre la aseguradora y el reasegurador, pues siempre se dejará a discreción de las partes negociar según su libre albedrío las condiciones del contrato de reaseguro.

d. Bilateral.

El reaseguro es un contrato bilateral, en vista de que genera obligaciones para ambas partes. La aseguradora - reasegurada se obliga a pagar la prima

correspondiente y el reasegurador se compromete a indemnizar ante la disminución patrimonial del primero de ellos.

Adicionalmente a ello, vale mencionar que la obligación de la aseguradora - reasegurada es exigible desde que se perfecciona el contrato de reaseguro con el simple intercambio de voluntades de las partes, mientras la obligación del reasegurador nace con la materialización del riesgo amparado, es decir, ante la ocurrencia del siniestro.

En este sentido, los artículos 1167 y 1168 del Código Civil (1982) son aplicables al reaseguro:

Artículo 1.167. “En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”.

Artículo 1.168. “En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones”.

No obstante lo anterior, es menester afirmar que la aseguradora - reasegurada no podrá oponer la exceptio non adimpleti contractus, mientras el reasegurador no hubiere indemnizado, toda vez que el siniestro supone un hecho futuro e incierto del cual no dependen la voluntad de las partes contratantes.

Por el contrario, el reasegurador podrá oponer perfectamente la excepción de inejecución y la condición resolutoria tácita cuando la aseguradora - reasegurada no hubiere pagado la prima oportunamente y hubiere sobrevenido un siniestro amparado por el reaseguro.

e. Oneroso.

El reaseguro es un contrato oneroso por esencia para las partes contratantes. De hecho, la aseguradora - reasegurada tiene la expectativa plausible de obtener del reasegurador una indemnización ante la materialización del riesgo amparado por el contrato. Por su parte, el reasegurador espera tan pronto se perfeccione el reaseguro, que la aseguradora - reasegurada pague la prima correspondiente.

f. Aleatorio.

Para Maduro y Pittier (2013) en los contratos aleatorios “las prestaciones de una o alguna de las partes dependen de un hecho casual, denominado también “álea” y por lo tanto varían en su existencia o extensión si el hecho se produce o no” (p.547).

Adicionalmente a ello, el artículo 1136 el Código Civil (1982) los define como: “El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual”.

De las nociones antes expuestas se puede deducir que en este tipo de contratos las prestaciones de las partes se encuentran supeditadas a la materialización de un hecho casual previsto en el contrato.

En este orden de ideas, se infiere de Maduro y Pittier (2013) que uno de los casos más representativos de un contrato aleatorio se encuentra en el seguro, pues la prestación de las partes variará según se ocurra el riesgo amparado por la póliza o no. Siendo el contrato de reaseguro un tipo de contrato de seguro, estas nociones se aplican perfectamente a él.

g. De tracto sucesivo.

Los profesores Maduro y Pittier (2013) afirman respecto de este aspecto lo siguiente:

Los contratos de tracto sucesivo están caracterizados porque la prestación de una de las partes, por lo menos, no se realiza en una unidad de tiempo, sino que requiere necesariamente el transcurso del tiempo en períodos más o menos largos para su cumplimiento (p. 557).

El contrato de reaseguro supone el nacimiento de un vínculo continuo entre las partes por un período relativamente largo, en el cual el reasegurador, a cambio de una prima pagada por la aseguradora - reasegurada, ampara durante la vigencia del contrato, los riesgos asociados a la disminución patrimonial derivada del pago de un siniestro, relacionado con una póliza de seguro celebrada entre la aseguradora y sus asegurados.

h. De buena fe.

El principio de buena fe es uno de los más importante y mundialmente aceptados en materia de contratos generales.

Tanto el seguro como el de reaseguro suponen que las partes involucradas actúan sujetas a la máxima buena fe, es decir, no basta con que las partes se abstengan de rendir declaraciones erróneas o inexactas al momento de la celebración del contrato, sino que durante la vigencia del contrato deberán siempre mantenerse recíprocamente informadas de cualesquiera datos de interés.

Este principio se aprecia más claramente en los reaseguros facultativos, en donde los riesgos se someten casuísticamente a la consideración del reasegurador, razón por la cual la aseguradora - reasegurada debe declarar con exactitud todas las circunstancias por ella conocidas que puedan incidir directa o indirectamente en la valoración del riesgo.

Por el contrario, en el reaseguro por tratado no es posible para la aseguradora - reasegura dar información pormenorizada de los riesgos que asume el reasegurador, pues atentaría contra la noción misma de este tipo de reaseguro. Sin embargo, la máxima buena fe debe mantenerse durante la vigencia de todo el contrato de reaseguro, lo cual incluye toda y cada una de las cesiones efectuadas.

i. Carácter internacional.

Se mencionó en la introducción del presente trabajo, que el reaseguro es un contrato esencialmente de carácter internacional, históricamente reglado conforme al principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

En efecto, importantes empresas aseguradoras estilan ceder algunos de sus riesgos que sobrepasan sus límites técnicos de conservación a otras empresas del mercado internacional a través del reaseguro. Es decir, estas operaciones son frecuentemente llevadas a cabos por sociedades mercantiles cuyos asientos puedan estar en cualquiera de los continentes del planeta.

B. Elementos Esenciales del Contrato

Los contratos en general constan de los siguientes requisitos: consentimiento, objeto y causa. Estos requisitos han sido pacíficamente esbozados tanto por nuestros tratadistas patrios como por la doctrina tradicional, tanto francesa como italiana.

Por su parte, el artículo 1.141 del Código Civil (1982) establece que el consentimiento, el objeto y la causa son las condiciones requeridas para la existencia de todo contrato. Adicionalmente a ello, el artículo 1142 ejusdem, consagra que los contratos deben ser celebrados por personas capaces, cuyo consentimiento se hubiere manifestado de manera libre y sin ningún tipo de vicios.

Seguidamente, se abordará sucintamente los tres requisitos de existencia del contrato, haciendo especial atención a las particularidades del contrato de reaseguro, en los siguientes términos:

a. Objeto.

Preliminarmente, es conveniente esbozar algunas consideraciones relacionada con la noción general del objeto de los contratos en general.

Para Maduro y Pittier (2013) se entiende por objeto del contrato “la prestación y por ésta, la actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en obsequio o beneficio de su acreedor” (p. 687).

Adicionalmente a ello, es menester afirmar que el objeto de todo contrato debe cubrir los siguientes extremos: a. el objeto del contrato debe ser posible; en aras de que el deudor pueda cumplirla en atención a las estipulaciones del contrato; b. el objeto debe representar un interés para el acreedor, el cual en líneas generales está estimado en dinero; C. el objeto debe ser determinado o determinable, pues de lo contrario sería ilusoria la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato; y finalmente, d. el objeto debe ser lícito, es decir, no debe contradecir el ordenamiento jurídico positivo, el orden público ni las costumbres locales.

Haciendo especial referencia al reaseguro, se infiere de Broseta (1961) que el objeto de ese contrato está integrado por las obligaciones de las dos partes que lo

estipulan a saber: a. La obligación de pagar la prima por parte del reasegurado y b. La indemnización que pagará el reasegurador al reasegurado ante la ocurrencia del siniestro.

Las obligaciones antes indicadas constituyen a todas luces el objeto del contrato de reaseguro. Como bien se sabe, el reasegurador a cambio de una prima, asume determinados riesgos de la aseguradora. En este sentido, la prima es la contraprestación, que en función del riesgo, debe la aseguradora - reasegurada pagar al reasegurador con ocasión a la celebración del contrato de reaseguro.

Pero a su vez, el reasegurador tiene por obligación indemnizar a la aseguradora - reasegurada ante la disminución patrimonial que hubiere sufrido como consecuencia del pago de un reclamo interpuesto por algunos de sus asegurados relacionado con sus pólizas de seguros.

En consecuencia, la prima y el riesgo – indemnización son las respectivas obligaciones del reasegurador y de la aseguradora - reasegurada.

b. Consentimiento.

El contrato de reaseguro es un contrato consensual, es decir, se perfecciona por el intercambio de las voluntades legítimamente manifestadas de las partes que lo componen. Dicha aseveración supone que el perfeccionamiento del reaseguro no esté supeditado a la celebración o firma de un contrato formal, pues el reaseguro además puede ser demostrado por cualquier medio de prueba.

Por su parte, es importante reiterar que el contrato de reaseguro se caracteriza por ser un acuerdo entre profesionales, lo cual requiere que las sociedades mercantiles que pretendan formar parte de él, cumplan con todos los requisitos y aprobaciones necesarias por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

i. Aspectos inherentes a la perfección del contrato.

Siguiendo la opinión de Broseta (1961), el perfeccionamiento de un contrato de reaseguro facultativo no reviste mayores complicaciones. En efecto, la aseguradora que pretenden ceder algunos de sus riesgos deberá presentar al reasegurador una propuesta contractual específica y determinada, la cual en principio no será modificada en el futuro.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los reaseguros por tratado vislumbra algunas dudas, toda vez que durante la oferta inicial de aseguradora que pretende reasegurarse no se conocen pormenorizadamente las circunstancias de cada uno de los seguros que reasegurarán en un futuro, ya que quizás ni siquiera existan en la cartera de la aseguradora.

No obstante lo anterior, Mendoza (2000) afirma respecto del perfeccionamiento del contrato de reaseguro por tratado:

Que el contrato es único y se perfecciona cuando las partes prestan su consentimiento sobre los elementos esenciales de cada uno de los riesgos que se reaseguren en el tratado. Una vez que el tratado de reaseguro se perfecciona, el asegurador, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad, incluirá en el tratado cada uno de los riesgos que asume, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad.

En este mismo orden de ideas, Broseta (1961) sostiene: “en todo caso, sea el reaseguro simple o estipulado por tratado, existe un único contrato que exige un único consentimiento, que se obtiene en el tratado cuando se estipula y no cuando se le aplican los simples riesgos” (p. 115).

En definitiva, el contrato de reaseguro es un contrato consensual, que se perfecciona por el intercambio de voluntades legítimamente manifestadas, aun

cuando en los contratos tipo tratado se incorporen en el futuro algunos riesgos que no se encontraban desde el inicio de la relación entre el aseguradora – reasegurada y el reasegurador, todo ello derivado de la propia esencia del tratado.

ii. Contenido de la propuesta del contrato de reaseguro.

La oferta o propuesta de reaseguro debe contener toda la información necesaria para que el reasegurador pueda evaluar con exactitud el riesgo que potencialmente asumirá al celebrar el contrato de reaseguro.

En función de la premisa antes expuesta, la propuesta de reaseguro constituye uno de los elementos mediante el cual el reasegurador evalúa la conveniencia o no de asumir el riesgo que desea cederle la aseguradora.

Generalmente, la información que se debe proveer al reasegurador son: 1. Bases técnicas, situación económica y funcionamiento de la empresa del asegurador que pretende reasegurarse, y 2. Datos de los seguros que se pretenden reasegurar, tanto en los reaseguros simples como tratados.

En cuanto a las bases técnicas, situación económica y funcionamiento de la empresa de la aseguradora que pretende reasegurarse, son de gran importancia para el reasegurador, pues verificará el margen de seriedad y solvencia de la empresas de seguros respecto de la gestión de los riesgos, contratación de sus pólizas de seguros, manejo de los reclamos, entre otros aspectos de interés, que consolidan la confianza entre el reasegurador y la aseguradora.

Respecto de los datos de los seguros que se pretenden reasegurar en los reaseguros facultativos, se infiere de Broseta (1961) la importancia de los siguientes:

a. Nombre del asegurado, b. Riesgo asegurado y circunstancias que sirvan para individualizarle, c. Interés asegurado, d. Suma Asegurada, e. Duración, f. Prima del seguro, g. Indicación de las condiciones generales del seguro y h. cualquier circunstancia que el asegurado haya comunicado al asegurador que pueda influir en la estimación del riesgo reasegurado (p. 116).

En los reaseguros por tratados, la aseguradora – reasegurada solo comunicará al reasegurador al momento de la celebración del contrato los datos de los seguros que ya hubiere celebrado. Sin embargo, su obligación se extenderá a proveer al reasegurador todos los datos que permitan individualizar los seguros que contratare con posterioridad a la celebración del reaseguro.

En este orden de ideas, nuevamente Broseta (1961) sugiere que los datos que debe proveer la aseguradora – reasegurada después de la celebración del reaseguro son los siguientes:

a. El riesgo o riesgos y el tipo o tipos de los seguros que se reaseguren, b. Si se trata de seguros directos o reaseguros (en este caso el tratado constituirá una retrocesión), c. Los datos y circunstancias que permiten individualizar los elementos esenciales del contrato de reaseguro: 1. Si se trata de un reaseguro simple o de un tratado de reaseguro general, 2. Si el reaseguro es facultativo u obligatorio, 3. Si el reaseguro es total o parcial, 4. Suma asegurada o procedimiento para determinarla (tanto por ciento, cuota, excedente, etc), 5. Prima del reaseguro o sistemas para calcularlos, 6. La parte de la suma asegurada que el reasegurado se compromete a retener, en su caso, y la posibilidad de estipular nuevos reaseguros sobre ella, 7. El pacto de cuenta corriente en el caso de que quiera regularse por el pago de las

obligaciones recíprocas que surgen para las partes por las primas e indemnizaciones. (p. 117).

Ahora bien, las nociones conceptuales antes referidas buscan suplir la ausencia de una regulación vigente en el derecho venezolano. Me refiero a vigente, únicamente a título meramente ilustrativo, porque los artículos 123 y 124 del Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1995) establecían los requisitos mínimos que los contratos de reaseguro (tanto facultativos como obligatorios) debían contener.

Por último, encontraremos de manera muy tangencial en el artículo 74 de la Ley de la Actividad Aseguradora (2010) que los contratos de reaseguros deben contener como mínimo las condiciones establecidas en esta Ley, su Reglamento y las normas prudenciales que dicte la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

iii. Vicios del consentimiento.

El perfeccionamiento del reaseguro no es únicamente una consecuencia de la configuración de los elementos esenciales del contrato - consentimiento, objeto y causa -, ni que hubiere sido celebrado por personas con capacidad para ello, sino también es indispensable que el consentimiento otorgado por las partes sea válido.

Para Maduro y Pittier (2013) el consentimiento válido implica:

Que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes estén exentas de irregularidades, anormalidades o vicios que invaliden el consentimiento otorgado por ellas. El estudio de las causas, motivos o circunstancias capaces de anular el consentimiento otorgado por las partes contratantes ha sido objeto de largo y profundo estudio por la

doctrina, que para ello ha estructurado la teoría de los vicios del consentimiento (p. 624).

Partiendo de la premisa que el contrato de reaseguro es un contrato consensual, le es perfectamente aplicable la teoría general de los vicios del consentimiento.

Recordemos, que el artículo 124 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) establece que los contratos celebrados entre empresas de seguros y empresas de reaseguros se rigen por el derecho común y no están sometidos a las disposiciones sobre el contrato de seguro.

Habiendo efectuado esa aclaratoria, es importante destacar que el artículo 1.142 del Código Civil (1982) establece la nulidad del contrato por vicios del consentimiento, en los siguientes términos: “El contrato puede ser anulado..., 2° por vicios del consentimiento”.

Seguidamente, el artículo 1.146 ejusdem, complementa y desarrolla el artículo 1.142 al establecer: “Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato”.

De los artículos antes citados, se infiere claramente que los vicios del consentimiento en nuestra legislación se refieren al error, al dolo y la violencia, los cuales pueden aplicarse al reaseguro.

Sin ánimos de desarrollar exhaustivamente en estos aspectos, vale la pena recordar que el error consiste en una desatinada apreciación de la realidad o como afirma Maduro y Pittier (2013) “en creer falso lo verdadero o verdadero lo falso” (p. 628).

Desde una visión técnica legal, no toda equivocación tiene consecuencias sobre la eficacia del contrato; es indispensable que reúna los requisitos que la ley, la doctrina o la jurisprudencia tratan de establecer.

Al respecto, siguiendo a Maduro y Pittier (2013) los requisitos esenciales del error son los siguientes: “1° el error debe ser espontáneo, 2° debe ser excusable, 3° Debe ser esencial, 4° Puede ser unilateral o común a ambas partes, 5° Debe ser reconocible por ambas partes”.

De los autores citados, se infiere que una vez verificados los requisitos antes indicados en una relación contractual, los efectos podrían ser los siguientes: a. La nulidad relativa del contrato, a petición de la parte que incurre en el error; b. La posibilidad de subsanar el error, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1.159 del Código Civil; y c. responsabilidad civil de quien alega el error.

Respecto del reaseguro el error supone que algunas de las partes, bien sea el reasegurador o la aseguradora - reasegurada hubieren celebrado el contrato tomando en consideración algunos elementos que no guardan relación con la identidad del riesgo que se pretendía ceder o reasegurar, lo cual se puede potencialmente traducir en algunos de los efectos referidos supra.

El segundo de los vicios del consentimiento es el dolo, entendido por la doctrina como el error provocado por las maquinaciones o actuaciones intencionales de una de las partes o de un tercero a fin de lograr que la otra parte decida contratar.

Por su parte, Maduro y Pittier (2013) define al dolo como:

La conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la misión de su declaración de voluntad (p. 646).

El fundamento legal de este vicio del consentimiento, se encuentra en el artículo 1.154 del Código Civil (1982) en los siguientes términos:

El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado.

En este orden de ideas, se deduce de Maduro y Pittier (2013) que los requisitos del dolo son: 1° Una conducta intencional, 2° El dolo debe ser causante, 3° El dolo debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con conocimiento.

Verificado el dolo en la relación contractual, sus efectos se traducen en: a. La anulabilidad del contrato, b. En la potencial responsabilidad civil de su autor – siempre que se demuestre que se configuró en un hecho ilícito - , o c. En una acción por daños y perjuicios en los casos de que el dolo devino de la actuación de un tercero.

El dolo en el contrato de reaseguro se puede apreciar cuando la aseguradora omite intencionalmente declarar con sinceridad todos los elementos que circundan el riesgo que pretende ceder, en aras de que el reasegurador celebre el contrato.

Por último, el tercer vicio del consentimiento es la violencia, la cual se encuentra enunciada en el artículo 1.146 del Código Civil (1982), a saber: “Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato”.

Para Maduro y Pittier (2013) la violencia es “toda coacción de tipo físico o de tipo moral destinada a obtener el consentimiento de una persona a fin de que celebre un determinado contrato” (p. 256).

Adicionalmente a ello, se infiere de los mismos autores patrios que las condiciones de la violencia como vicio del consentimiento se reducen a: 1° La violencia debe ser determinante, 2° La violencia debe ser injusta, es decir, debe violar el ordenamiento jurídico vigente.

Siguiendo el orden propuesto, los efectos el dolo como vicio del consentimiento serán: a. la anulabilidad del contrato a petición de la víctima de ella y, b. la acción de responsabilidad civil extracontractual.

Para concluir estos aspectos, se ratifica que la escasa legislación nacional referida al reaseguro no contempló supuestos complementarios de vicios del consentimiento, razón por la cual de conformidad con el artículo 124 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, debemos sujetarnos a las teóricas clásicas del derecho común.

C. Causa.

i. Causa del contrato y causa de la obligación.

La evaluación de la causa del contrato de reaseguro, requiere que se distinga entre la causa del contrato y la causa de la obligación.

Al respecto, Mendoza (2000) expone lo siguiente:

No existe inconveniente en afirmar que la causa de las obligaciones asumidas en el contrato, estriba en el cumplimiento de la obligación de la otra parte. De modo que la causa de la obligación del reasegurador será el pago de la prima y, por parte del reasegurado, la causa será la cobertura del riesgo. Es este el sentido que tiene el vocablo del artículo 1.141 del Código Civil.

Cuando hablamos de la causa del contrato o motivo, queremos significar el propósito que llevó o indujo a cada una de las partes a contratar. Este motivo para el reasegurador representa hacer un negocio lucrativo, realizar su actividad mercantil, etc. Para el reasegurado será precaver su patrimonio de los efectos dañosos de un riesgo que por no formar parte de un grupo homogéneo, pudiera arruinar su cartera, o causar daños irreversibles a la empresa.

Del comentario antes transcritos, se aprecia que someramente que la causa de las obligaciones se traduce en las prestaciones de cada una de las partes en el contrato de reaseguro (La aseguradora - reasegurada debe pagar la prima y el reasegurador deberá eventualmente pagar el siniestro amparado por el contrato), mientras que la causa del contrato se asimila a todo aquello que indujo a las partes a celebrar el reaseguro. En el caso de las empresas reaseguradoras, será el deseo de llevar adelante esa actividad mercantil, mientras que la aseguradora – reasegurada lo que persigue es ser amparado en un determinado riesgo.

ii. El riesgo y el siniestro.

Se define al riesgo como el suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad de la aseguradora - reasegurada o del reasegurador, y cuya materialización da origen a la obligación de la empresa de reaseguros.

Mientras que el siniestro es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la obligación de indemnizar por parte de la empresa de reaseguros; entendiéndose como acontecimiento futuro e incierto la posibilidad de que la aseguradora - reasegurada sufra una disminución patrimonial a consecuencia del pago de un reclamo a sus asegurados.

iii. Riesgo asegurado y riesgo reasegurado.

Para Mendoza (2000) “el contrato de reaseguro supone la existencia de un contrato de seguro y los dos son contratos autónomos y diferentes; por ende, el riesgo asegurado y el reasegurado son distintos, aunque pudiera parecer lo contrario” (p.29).

Durante el capítulo referente a los principios generales del reaseguro, se mencionó que tanto el contrato de seguro como el de reaseguro son autónomos entre sí por su nacimiento y elementos esenciales, lo cual nos permite comprender con mayor facilidad las diferencias entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado.

En este sentido, es conveniente reproducir un ejemplo empleado por Broseta (1961) para diferenciarlos:

Pensemos en un contrato de seguro contra incendios cuyo asegurador se reasegura para resarcirse de la indemnización que pagará a su asegurado si se produce el siniestro. Los dos contratos poseen un riesgo distinto, porque el del seguro consistirá en la posibilidad de que se produzca un daño al asegurado si se realiza el incendio, mientras que el riesgo del reaseguro será la posibilidad de que disminuya al patrimonio del asegurador – reasegurado por la indemnización que pagará al asegurado si el siniestro se produce; disminución patrimonial que constituye el riesgo reasegurado que es lo que se cede al reasegurador (p.98).

Del ejemplo anterior se esclarece fácilmente la diferencia entre el riesgo del contrato de seguro y el contrato de reaseguro. El riesgo del último de ellos, siempre estará constituido por la disminución patrimonial de la aseguradora - reasegurada a consecuencia del pago de una indemnización a sus asegurados, mientras que el riesgo del seguro estará representado por el hecho futuro e incierto estipulado en el contrato

y en la Ley (ejemplo: incendio, robo, daños maliciosos, daños catastróficos, contaminación ambiental, entre otros).

iv. Momento en el que el reasegurador asume el riesgo.

Cuando el reaseguro es simple, el reasegurador asumirá el riesgo desde el momento en que se perfecciona el contrato.

Cuando el reaseguro se estipula mediante tratado se deben evaluar otras peculiaridades, en vista de que esta modalidad supone que el reasegurador amparará unos riesgos de manera sobrevenida al perfeccionamiento del contrato.

Al respecto, nace la siguiente inquietud: ¿Cuándo asumiría el riesgo el reasegurador?

Broseta (1961) ingeniosamente da respuesta a esta interrogante:

La solución es distinta según que el tratado sea facultativo para el reasegurador u obligatorio para las dos partes, pues en el primero cada vez que el asegurador – reasegurado estipula un seguro y nace para él un riesgo reasegurable, para reasegararlo necesitara comunicar al reasegurador que tal riesgo ha nacido y que lo aplica al tratado. Si en un plazo prudencial el reasegurador no contesta se entiende en la práctica que ha asumido el riesgo.

La solución es distinta para el tratado de reaseguro obligatorio para los dos partes, pues el reasegurador lo asumirá en el mismo momento en que nace en el patrimonio del reasegurado y antes que se le comunique por el asegurador que ha contraído un nuevo riesgo aplicable al tratado, porque dada la naturaleza obligatoria para ambas

partes del tratado tal comunicación es una mera declaración de ciencia o conocimiento pero no de voluntad.

Las observaciones transcritas de Broseta (1961) permiten inferir que el elemento medular para identificar el momento en que el reasegurador asume un riesgo es distinguiendo el tipo de reaseguro celebrado por las partes.

Nótese que en el reaseguro simple el riesgo es asumido inmediatamente por el reasegurador al perfeccionarse el contrato. En cambio, en el tratado el reasegurador podrá asumir el riesgo en dos momentos distintos: 1. Si el tratado es facultativo para el reasegurador, lo asumirá al aceptar expresa o tácitamente la propuesta de la aseguradora, y 2. En el caso de que el tratado sea obligatorio para ambas partes, el reasegurador asumirá el riesgo desde que la aseguradora - reasegurada hubiere contratado la póliza con uno de sus asegurados.

v. *El interés (re) asegurado.*

Para Le Boulenger (1968) el interés asegurado es “una relación económica entre una persona y una cosa, en virtud de la cual, de dañarse o destruirse la cosa, la persona sufriría una pérdida o lesión económica” (p.37).

En este sentido, es menester afirmar que el interés asegurado no se relaciona únicamente con el derecho de propiedad de una persona sobre una cosa, sino se extiende a cualquier relación económica entre una persona y un bien, situación ésta que se nota con mayor claridad en los contratos de seguro. (Ejemplo: Seguros locativos)

En cuanto al interés reasegurado, Broseta (1961) afirma que “el asegurador busca protegerse contra la deuda que nacerá en su patrimonio representado por la obligación de indemnizar a su asegurado” (p. 102).

En definitiva, el interés reasegurado se entenderá como la posible aparición de una deuda en el patrimonio de la aseguradora - reasegurada, como consecuencia de la obligación principal asumida en una póliza de seguros.

vi. *Valor del interés reasegurado.*

Corresponde a la parte del patrimonio de la aseguradora - reasegurada que eventualmente tendrá que desembolsar para indemnizar a su asegurado si ocurriere el siniestro amparado por la póliza de seguros.

En el reaseguro facultativo el valor del interés reasegurado estará expresado por la cuota parte de la suma asegurada cedida al reasegurador. Mientras tanto, en el reaseguro por tratado el valor del interés asegurado será el importe total de las sumas cedidas bajo esta modalidad.

vii. *Suma reasegurada.*

Es el límite máximo por el cual el reasegurador deberá responder a la aseguradora - reasegurada ante el nacimiento de una deuda en su patrimonio, a consecuencia del pago de un siniestro asociado a las pólizas celebradas con sus asegurados.

En el reaseguro puede faltar la mención expresa de la suma asegurada. Al respecto, Mendoza (2000) plantea:

Que esto ocurre por ejemplo, en los tratados de Excedentes de Pérdidas (Excess of Loss) y en los de Excedente de Siniestralidad (Stop Loss), en donde el reasegurador se compromete a indemnizar al reasegurado los siniestros que soporte, siempre que excedan de una

suma asegurada determinada (reaseguros no proporcionales). Sin embargo, en los contratos de reaseguro “proporcionales”, la suma reasegurada se fija en base a la suma asegurada.

Como complemento a todo lo anterior, Broseta (1961) indica:

En los reaseguros se fija normalmente la suma asegurada sobre seguro principal al establecer entre ellos que se reasegura una cantidad determinada de ésta (reaseguro de suma), o toda la suma asegurada (reaseguro total), o una cuota o tanto por ciento de ella (reaseguro de cuota), o el excedente del pleno del asegurador (reaseguro de excedente) que se determina según unas tablas o tarifas que se adjuntan al contrato de reaseguro, o una determinada cuota del excedente (reaseguro mixto de cuota y excedente).

Por último, más allá de cómo se calcula la suma asegurada dependiendo del contrato de reaseguro celebrado, pudimos observar que una de las diferencias entre esta institución y el seguro es la posibilidad de no establecer una suma reasegurada definida. En el caso del seguro, el artículo 16 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) establece que las pólizas deberán contener - entre otros datos - la suma asegurada, o el modo de calcularla o la extensión de la cobertura.

viii. Supuestos especiales.

En el reaseguro, al igual que en los seguros de daños, puede haber identidad entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada, a fin de que en el supuesto negado que ocurra el siniestro - disminución patrimonial del reasegurado a consecuencia del pago de un reclamo asociado a una póliza de seguros - el asegurador reasegurado pueda ser debidamente indemnizado. Lo que no pudiese ocurrir es que la

suma asegurada sea superior al valor del interés asegurado, pues en lugar de una indemnización se verificará como un beneficio, lo cual trasgrediría la esencia tanto del seguro como del reaseguro.

En este orden de ideas, la relación existente entre el valor del interés reasegurado y la suma reasegurada pudiere plantear los siguientes supuestos:

1. Reaseguro total.

Es aquel cuya suma reasegurada ampara íntegramente el valor del interés reasegurado. El reaseguro total presupone que la aseguradora - reasegurada desee amparar el valor íntegro del interés que amparo en el seguro principal celebrado con uno de sus asegurados.

Para Broseta (1961) el reaseguro total es:

Uno de los supuestos que es el más normal o al menos el más deseable en los seguros de daños es, sin embargo, el menos normal y el reaseguro cuya ilicitud más discusiones ha provocado, porque el reaseguro según sus supuestos técnicos debe tender a repartir, dividir o atomizar los riesgos, pero no a cederlos íntegramente (p. 108).

Finalmente aun cuando el reaseguro constituya un mecanismo para que las aseguradoras puedan ceder algunos riesgos, se considera perfectamente viable que en determinadas ocasiones decidan por motivos técnicos, actuariales, o de cualquier otra índole, ceder íntegramente un riesgo, respetando la legislación venezolana.

2. El infrareaseguro.

Es uno de los supuestos más corrientes en el reaseguro. La suma asegurada es menor al valor del interés reasegurado, en vista de que la aseguradora - reasegurada decidió ceder una cuota parte del riesgo asumido.

Al respecto, en caso de que ocurra el siniestro, la aseguradora - reasegurada tendrá derecho a reclamar el límite máximo de la suma reasegurada y no el importe total de los daños sufridos.

3. El sobrereaseguro.

Es un supuesto poco frecuente en el reaseguro. El sobrereaseguro, supone que la suma reasegurada sea superior al valor del interés reasegurado.

Se considera que el sobrereaseguro es atípico, tomando en cuenta que la suma reasegurada debe guardar relación con el valor de la suma asegurada pactada en el contrato de seguro principal. Sin embargo, en el caso de que ocurriera un siniestro, el reasegurador podría gestionar la reducción de la suma reasegurada, con el objeto de indemnizar el daño que efectivamente sufrió el asegurado - reasegurado, en atención al principio indemnizatorio.

4. La pluralidad de reaseguros.

Al igual que en el contrato de seguro, existe la posibilidad de que se ampare el mismo objeto por los mismos riesgos, durante el mismo tiempo detentando el interés asegurable con dos personas distintas. Por su puesto, en el caso del reaseguro esto ocurrirá con dos o más reaseguradores.

5. *El correaseguro.*

Es cuando un asegurador desea ceder un riesgo a dos o más empresas de reaseguro, razón por la cual cada una de ellas quedará obligada a la cuota parte que hubieren establecido en los contratos de reaseguro.

Si ocurre el siniestro, la responsabilidad de los reasegurados se extenderá en la misma proporción en la que fue distribuido entre ellas el riesgo.

Capítulo III

Obligaciones de la Partes del Contrato de Reaseguro

Tal y como se ha expuesto precedentemente, entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro existen muchas similitudes relacionadas con su estructura, principios rectores, derechos y obligaciones de las partes, etc.

Sin embargo, el propio Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) sustrae al reaseguro de su ámbito de aplicación y lo remite al derecho común.

Como bien se sabe, la remisión del reaseguro al derecho común es una práctica común en algunas legislaciones alrededor del mundo, que reconocen que esas disposiciones especialísimas que persiguen proteger al débil jurídico de la relación (tomador, asegurados y/o beneficiarios) no tienen razón en de ser en el reaseguro, en vista de que es un contrato celebrado entre profesionales y caracterizado por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Pese a ello, se considera que muchos de los derechos y obligaciones de las partes del seguro establecidos en ese Decreto son perfectamente aplicables al contrato de reaseguro. De hecho, la realidad de esas operaciones así lo revelan.

En este capítulo, se persigue determinar las obligaciones de la aseguradora - reasegurada y del reasegurador, apoyándose en buena medida en tratadistas foráneos, ante la ausencia de una regulación especial y exclusiva para esta institución.

A. Obligaciones de la Aseguradora - Reasegurada

Las obligaciones más importantes de la aseguradora - reasegurada son las siguientes:

a. Describir el riesgo.

Durante el capítulo referido a los elementos estructurales del contrato de reaseguro, se abordó en el “Consentimiento” lo referente al contenido de la propuesta del contrato de este tipo de contratos.

En esa oportunidad se indicó que la oferta o propuesta de reaseguro debía contener toda la información necesaria para que el reasegurador pudiera evaluar con exactitud el riesgo que potencialmente asumirá al celebrar el contrato.

En esa oportunidad, se añadió que la propuesta de reaseguro debía estar acompañada de las bases técnicas, situación económica y funcionamiento de la empresa de la aseguradora que pretende reasegurarse, así como de los datos de los seguros que se pretenden reasegurar, tanto en los reaseguros simples como por tratados.

Posteriormente, siguiendo a Broseta (1961) se precisaron cuáles son los datos adicionales que debía aportar el asegurador para poder reasegurar un riesgo, dependiendo si el reaseguro era facultativo o por tratado.

En este orden de ideas, vale ratificar que todas esas nociones conceptuales persiguen suplir la ausencia de una regulación vigente en el derecho venezolano.

No obstante todo lo anterior, es importante reseñar que el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) establece en su artículo 20 que el el tomador, el

asegurado o el beneficiario, según el caso, deberá llenar la solicitud del seguro y declarar con sinceridad todas las circunstancias necesarias para identificar el bien o personas aseguradas y apreciar la extensión de los riesgos; y en el artículo 22 prevé que 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.

Es decir, siendo el seguro un contrato caracterizado por la más amplia buena fe, el legislador le exige al tomador o al asegurado que declare con sinceridad todas las circunstancias necesarias para identificar el objeto asegurado, así como aquellas que puedan influir en la valoración del riesgo por el asegurador.

Para el legislador esta obligación representa tal importancia; que en caso de que el tomador y/o el asegurado incurrieren en falsedades y reticencias de mala fe, debidamente probadas, serán causa de nulidad absoluta del contrato, si son de tal naturaleza que la empresa de seguros de haberlo conocido, no hubiese contratado o lo hubiese hecho en otras condiciones.

Finalmente, independientemente de la aplicabilidad o no el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro al reaseguro, la aseguradora que pretende reasegurar un riesgo tiene la obligación connatural de describir sincera y detalladamente el riesgo reasegurable, en atención al principio de buena fe.

b. El pago de la prima.

El pago de la prima por parte de la aseguradora - reasegurada constituye una de sus obligaciones básicas por excelencia en el reaseguro.

En este sentido, Stiglitz (1998) afirma:

Que la obligación principal a cargo del asegurador / reasegurado, consiste en el pago de la prima. Cuando el contrato de reaseguro se halle instrumentado en “tratados” el pago de la prima se configura mediante la remesa en cuenta corriente (p. 316).

Asimismo, Mendoza (2000) considera que el pago de la prima “constituye la obligación principal de la aseguradora - reasegurada, la cual nace en relación sinalagmática con la obligación de cubrir el riesgo e indemnizar que soporta el reasegurador” (p.43).

Ahora bien, vale la pena preguntarse: ¿Cuándo debe pagarse la prima?

Al respecto, se infiere de Broseta (1961) que todo dependerá si se trata de un reaseguro facultativo o por tratado. En el primero de ellos, el reasegurador asume uno o varios riesgos ya determinados, razón por la cual la aseguradora - reasegurada está obligado a pagar la prima desde el momento en que se perfecciona el contrato. En el supuesto negado que el reasegurador no recibiere el importe de la prima y sobreviniere un siniestro, es factible que oponga la *exemptio non adimpleti contractus*.

Cuando el reaseguro se estipula por tratados, Broseta (1961) afirma que:

El reasegurado estará igualmente obligado a pagar la prima de cada simple relación de reaseguro que nazca de él, lo que se realiza normalmente mediante el abono y adeudo de las remesas correspondientes en la cuenta corriente que han estipulado tanto uno como el otro; pero, en este caso, el reasegurador estará obligado a indemnizar, es decir, a realizar las remesas correspondientes por la cuantía de la indemnización en la cuenta al reasegurado tan pronto se realice el siniestro, independientemente de que no se le haya pagado aún el saldo de la cuenta corriente (p.156)

Como vemos de todo lo expuesto, el pago de la prima se materializa como la contraprestación que, en función del riesgo, debe pagar oportunamente la aseguradora - reasegurada en virtud de la celebración del contrato, so pena de que el reasegurador pueda oponerle la exceptio non adimpleti contractus.

c. Exhibición de documentos.

Esta es una obligación típica de la aseguradora - reasegurada que ha cedido sus riesgos al reasegurador mediante tratado. Es por ello, que el reasegurador podrá examinar los documentos y registros de los seguros asumidos por la aseguradora - reasegurada, las primas y las sumas aseguradas asociadas a las pólizas que guardan relación con los riesgos cedidos, y en definitiva, acceder a cualquier información que pueda influir en la valoración del riesgo.

Adicionalmente a ello, el reasegurador podrá examinar el pago de los siniestros de la aseguradora - reasegurada, pues servirán de base para determinar la indemnización objeto del reaseguro.

En todos estos casos, la aseguradora - reasegurada está en la obligación de exhibir la documentación requerida por el reasegurador, todo ello de acuerdo al principio de control que poseen los reaseguradores.

d. Prohibición de agravar el riesgo.

Respecto a esta obligación, Broseta (1961) afirma:

La prohibición responde a un principio general vigente en el derecho de seguros, por el que el asegurado no debe aumentar unilateralmente el riesgo sin el consentimiento de su asegurador y en perjuicio suyo.

Así lo exige un imperativo propio de todo contrato de seguro de que el riesgo asegurado sea durante toda su duración el mismo que el momento de su estipulación (p. 170).

Este principio se observan en la regulación venezolana de seguros en el artículo 32 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, a saber:

Artículo 32. El tomador, el asegurado o el beneficiario deberán, durante la vigencia del contrato, comunicar a la empresa de seguros todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por ésta en el momento de la celebración del contrato, no lo habría celebrado o lo habría hecho en otras condiciones. Tal notificación deberá hacerla dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que hubiera tenido conocimiento...”.

Como principio general del seguro es perfectamente aplicable al reaseguro. Nótese, que en este tipo de contratos esta prohibición adquiere un contenido especial frente a la de los asegurados en los demás tipos de seguros contra daños, porque mientras en éstos el asegurado se encuentra en contacto directo con la cosa, lo cual hace posible que se pueda agravar el riesgo; en el reaseguro el riesgo reasegurado depende del riesgo del seguro principal, motivo por el cual la posibilidad de agravación por parte del reasegurador es más restringida.

En vista de que el riesgo reasegurado depende del riesgo referido al contrato de seguro principal, resulta factible que la aseguradora - reasegurada agrave el riesgo siempre que modifique las condiciones contractuales del seguro, lo que consecuentemente incidiría sobre las obligaciones del reasegurador.

En función de ello, puede concluirse que el supuesto anterior es aplicable a la prohibición de que la aseguradora - reasegurada agrave el riesgo, salvo que las modificaciones de las condiciones del seguro principal que afecten el riesgo reasegurado cuenten con la aprobación del reasegurador.

Por último, dentro de las obligaciones complementarias de la aseguradora - reasegurada respecto al siniestro encontraremos que debe notificar el reclamo dentro de los plazos establecidos en el contrato de reaseguro, debe aminorar el siniestro procurando que el asegurado del seguro principal no exagere los daños sufridos, así como (la aseguradora - reasegurada) debe velar porque la liquidación del reclamo asociado a la póliza contratada con su asegurado se efectúe de manera justa, a fin de evitar que alguna distorsión impacte consecuentemente en el reasegurador.

B. Obligaciones del Reasegurador

a. El pago de la indemnización.

Stiglitz (1998) afirma que:

La obligación principal del reasegurador consiste en el pago de la indemnización acordada con el cedente. A los fines de la determinación de la entidad del resarcimiento, indirectamente habrá de considerarse la liquidación del daño en el seguro primario o directo, todo ello sin perjuicio del derecho del reasegurador de indagar en punto la regularidad de aquella (p.315).

En este mismo orden de ideas, Broseta (1961) opina que “como en todo contrato de seguro, la obligación principal del reasegurador se concreta en indemnizar

al reasegurado los daños que en su patrimonio produce la obligación de indemnizar a su asegurado” (p.180).

Es evidente que la obligación del reasegurador es asimilable a la de la aseguradora frente a sus asegurados.

En este sentido, el artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) establece como una de las obligaciones de las empresas de seguros pagar la suma asegurada o la indemnización que corresponda en caso de siniestro en los plazos establecidos en ese Decreto Ley o rechazar, mediante escrito debidamente motivado, la cobertura del siniestro. Por su parte, el artículo 38 ejusdem expresa que se entiende por indemnización la suma que debe pagar la empresa de seguros en caso de que ocurra el siniestro, y finalmente el artículo 41 de ese mismo Decreto plantea el derecho de las aseguradoras de gestionar investigaciones y peritajes para establecer la existencia del hecho.

De los artículos antes citados se aprecia que el pago de la indemnización constituye la obligación por excelencia de las empresas de seguros, las cuales a su vez, disponen del derecho de investigación y peritaje para establecer la ocurrencia del siniestro. Si observamos nuevamente, el planteamiento de Stiglitz (1998) podemos inferir que la obligación del pago de la indemnización del reasegurador se encuentra en los mismos términos que la del seguro.

Sin embargo, resulta conveniente aclarar la siguiente interrogante: ¿Cuál es el momento en que se hace exigible la obligación del reasegurador? Para ello acudiremos nuevamente al maestro Broseta (1961) quien afirma categóricamente que “el reasegurador estará obligado a indemnizar a su reasegurado cuando se hace líquida y exigible la obligación de éste frente a su asegurado, o sea en el mismo momento en que el asegurado puede exigir a su asegurador - reasegurado el pago de la indemnización” (p. 181).

En consecuencia, es oportuno aclarar que la obligación del reasegurador no nace con el pago de la indemnización de la aseguradora - reasegurada a su cliente, sin que pueda alegarse contra esta afirmación que el reaseguro es un contrato de indemnización que repara el daño efectivamente producido a la aseguradora – reasegurada configurado como el pago al asegurado, toda vez que el simple nacimiento de la deuda en el patrimonio del asegurador constituye el daño indemnizable resguardado por la naturaleza de este tipo de contratos, entendidos como un seguro en contra del nacimiento de la deuda.

Pese a ello, es perfectamente viable que las partes del contrato de reaseguro bajo el principio de la autonomía de la voluntad, pacten que el pago de la indemnización se encuentre supeditado al pago del reclamo por parte de la aseguradora - reasegurada a su cliente. Sin embargo esta estipulación constituiría una excepción a la generalidad esbozada previamente.

Por otro lado, es prudente preguntarse: ¿Podrá el reasegurador impugnar el pago del reclamo que le presenta la aseguradora – reasegurada? La respuesta es afirmativa, pues tal y como observamos anteriormente en el presente trabajo, el reasegurador posee el derecho de verificar la procedencia o no de la liquidación de acuerdo a las condiciones generales y particulares de la póliza, así como la aseguradora - reasegurada tiene la obligación de exhibir los documentos requeridos por el reasegurador. En función de ello, si el reasegurador verifica que el pago de la aseguradora - reasegurada adolece de vicios, podrá eventualmente abstenerse de pagar la indemnización o limitarla a una cantidad de menor, dependiendo de los argumentos de la impugnación.

Siguiendo adelante, en caso de que el reasegurador deba pagar la indemnización, la siguiente interrogante sería: ¿Cómo se calcula la cuantía de la indemnización del reasegurador?

Se deduce de Broseta (1961) que si el reaseguro es total, es decir, existe identidad entre la suma asegurada y el valor del interés reasegurado, la prestación del reasegurador a la aseguradora - reasegurada será igual a la que éste debe realizar a su asegurado. Si por el contrario, el reaseguro es parcial, es decir, la suma asegurada es menor al valor del interés reasegurado la prestación del reasegurador se calculará por la aplicación de la regla proporcional. Si el reaseguro no es de sumas, sino de excedentes de daños sin limitación la prestación del reasegurador será igual a la parte de la indemnización del asegurador que supere la suma límite estipulada en el reaseguro; por último, si es un reaseguro de excedente de daños con una cifra límite, pagará el excedente en cuanto no supere la cifra establecida.

Por otra parte, es importante mencionar que en virtud del principio indemnizatorio, la aseguradora - reasegurada debe descontar de la indemnización que le pagará el reasegurador el importe equivalente a lo que hubiere obtenido de terceras personas por el ejercicio de los derechos de subrogación y/o salvamento.

Finalmente, en cuanto a la forma de pago de la indemnización, se debe reseñar que las relaciones económicas que nacen de todo tratado se canalizan mediante un contrato de cuenta corriente que se incorpora al reaseguro. En consecuencia, las deudas a título de indemnización son objeto de una remesa que el reasegurador abonará al asegurador reasegurado en las cuentas correspondientes; créditos que se entenderán pagados en el momento de la liquidación del saldo, todo ello de conformidad con la estructura y la naturaleza de la cuenta corriente mercantil. Sin embargo, en atención al principio de autonomía de la voluntad, las partes del reaseguro pueden pactar cualquier otra modalidad aislada para el pago de las indemnizaciones.

Capítulo IV

Los Tipos de Reaseguros

El contrato de reaseguro independientemente de la modalidad adoptada posee la misma naturaleza jurídica, elementos estructurales y responde a la misma causa.

Sin embargo, la doctrina tradicional reconoce que existen dos formas esenciales de este tipo de contrato: el reaseguro facultativo o simple o el reaseguro por tratado u obligatorio.

A. El Reaseguro Facultativo o Simple

Para el Diccionario Mapfre de Seguros (1992) el reaseguro facultativo es:

Aquel en que la compañía de cedente no se compromete a ceder ni la compañía reaseguradora se compromete a aceptar determinada clase de riesgos, sino que éstos han de ser comunicados individualmente, estableciéndose para cada caso en concreto las condiciones que han de regular la cesión y la aceptación (p.315).

En este mismo orden ideas, Golding (1976) afirma que el reaseguro facultativo se trata:

De un método en el cual cada parte en la transacción tiene absoluta libertad de elegir para arreglar el reaseguro: la compañía cedente puede ofrecerlo a un reasegurador de su preferencia, mientras que el reasegurador tiene completo derecho de aplicar a su criterio y sin trabas ya sea para aceptar o declinar cualquier riesgo que le sea ofrecido. Consecuentemente, cada riesgo que va a ser reasegurado

tiene que ser tratado separadamente y cada contrato de reaseguro facultativo forma un contrato de reaseguro completo en sí mismo (p.51).

De los conceptos anteriormente transcritos, se infiere que en el reaseguro facultativo tanto la aseguradora - reasegurada como el reasegurador gozan de amplísima libertad para llevar a cabo el contrato. Es decir, la aseguradora - reasegurada tiene el derecho de escoger, sin limitaciones, a quien le cederá determinados riesgos, mientras que el reasegurador eventualmente, podrá aceptar o no la oferta de reaseguro.

a. Ventajas e inconvenientes del reaseguro facultativo.

El Servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguros (1978) reconoce que para el reasegurador, el reaseguro facultativo tiene las siguientes ventajas:

- Apreciación individual del riesgo, con la posibilidad de aceptar o de rechazar y, por lo tanto, de seleccionar una cartera que corresponda más exactamente a su política de suscripción.
- Posibilidad de ejercer ciertas influencias sobre la suscripción de la cedente, al solicitar que se aporten mejoras en los riesgos ofrecidos o advirtiéndole sobre coberturas que en otras partes han producido pérdidas.
- Posibilidad de obtener tasas de primas adecuadas, bien sea pidiendo un aumento de la tasa, o reduciendo la comisión de reaseguro o fijando sencillamente una prima de riesgo (prima neta de gastos)
- Posición más favorable para determinar exactamente los compromisos asumidos y los cúmulos eventuales.

- Conocer los métodos de suscripción y de selección de sus clientes.

La cedente, por su lado, aumenta sus límites de suscripción sin desequilibrar los contratos automáticos y encuentra muchas veces un mercado para riesgos que le parecen indeseables o de carácter especulativo (p. 61).

En mi opinión, las ventajas del contrato de reaseguro facultativo se concentran en la amplísima libertad que tienen las partes para gestionar la cesión de determinados riesgos. Esto se traduce, en que el reasegurador puede mantener una cartera depurada y selecta de riesgo a asumir, mientras que la aseguradora - reasegurada podría optar por esta modalidad con quien y cuando lo estime conveniente.

En cuanto a los inconvenientes de este tipo de reaseguro, el propio Servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguros (1978) reconoce las siguientes:

- El retraso ocasionado en la emisión de una póliza puede crear problemas con los agentes y clientes.
- La gestión administrativa se hace más costosa.
- El asegurador pierde eventualmente parte de su libertad para fijar las condiciones del seguro y hasta, en algunos casos, para liquidar los siniestros (“Claims Cooperation Clause”: Una cláusula requerida por los reaseguradores cuando desean participar en la tramitación de liquidación de los siniestros)
- La política no puede ser modificada sin el acuerdo previo del reasegurador.
- Cuando el negocio es colocado en una compañía competidora, pueden surgir ciertas tensiones (competencia desleal).

- En algunos ramos, como en el seguro marítimo, pueden producirse confusiones al hacer la oferta facultativa, debidas a un diferente interpretación de la terminología utilizada.
- En los casos de difícil colocación, la cedente no cubre los gastos.

De los inconvenientes de celebrar el reaseguro bajo colocación facultativa, es menester resaltar que en ocasiones la aseguradora - reasegurada puede reducir o hasta perder su libertad para fijar condiciones del seguro o para liquidar sus siniestros, a consecuencia de la incorporación de algunas cláusulas excepcionales que evaluaremos más adelante. En este sentido, dependiendo de la extensión y alcance de los derechos que tendrá el reasegurador en el manejo de las operaciones de la aseguradora - reasegurada respecto del riesgo reasegurado, se puede flexibilizar las relaciones tradicionales entre las partes, dando cabida a la interacción entre el asegurado y el reasegurador.

Recordemos, que las partes bajo el principio de la autonomía de la voluntad, pueden modificar su régimen convencional de derechos, obligaciones y relaciones en el contrato, induciendo la relación excepcional entre el asegurado y el reasegurador, todo ello por interpretación en contrario del artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) que establece que a menos que se prevea expresamente en el contrato de seguro, el contrato de reaseguro sólo crea relaciones entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros.

B. El Reaseguro por Tratado u Obligatorio

El Diccionario Mapfre de Seguros (1992) define el reaseguro por tratado u obligatorio como:

Aquel en el que la entidad cedente se compromete a ceder y el reasegurador se compromete a aceptar determinados riesgos, siempre que se cumplan las diferentes condiciones preestablecidas de un contrato suscrito entre ambas partes, denominado el tratado de reaseguro (p.315).

En este mismo orden de ideas, el Servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguros (1978) afirma que “mediante el reaseguro obligatorio (o automático), la cedente, por una parte, se compromete a ceder una participación determinada de sus negocios en un ramo y el reasegurador, por parte, se obliga a aceptarla” (p.62).

Se infiere de las definiciones transcritas, que en el contrato de reaseguro por tratado, las partes persiguen fundamentalmente dinamizar las operaciones de cesión de riesgos, en razón del volumen y la naturaleza de sus operaciones. Es por ello, que la aseguradora - reasegurada se compromete a ceder determinados riesgos y el reasegurador se compromete a aceptarlos, siempre que se cumplan los extremos previamente estipulados en el tratado.

No obstante lo anterior, recordemos que el reasegurador tiene amplísimos derechos de revisión y supervisión de documentos y otras informaciones de interés para la evaluación de los riesgos asumidos durante la vigencia del tratado, todo ello en función del principio indemnizatorio.

a. Clases de tratados de reaseguro.

En función de los principios referidos a que los reaseguros se celebran entre profesionales que gozan de plena autonomía de la voluntad, encontraremos diferentes combinaciones y modalidades del tratado, los cuales si bien responden a la misma finalidad, que es ceder el riesgo potencial de la disminución patrimonial de la

aseguradora - reasegurada al reasegurador; se pueden clasificar de la siguiente manera:

i. Por razón de su obligatoriedad.

1. Tratado obligatorio.

Presuponen que el asegurador - reasegurado ve reasegurados automáticamente todos los seguros que estipula previstos en el tratado, de forma que el reasegurador asume el riesgo reasegurado al mismo tiempo que nace en el patrimonio de aquel (Broseta, 1961, 147).

2. Tratado obligatorio para el reasegurado y facultativos para el reasegurador.

El reasegurado está obligado a reasegurar todos los seguros de las características previstas en el tratado, porque ya ha prestado su consentimiento en este sentido al estipular el tratado. Por ello está obligado a comunicar al reasegurador las características específicas de cada seguro en forma suficiente para que el reasegurador obtenga una exacta representación del riesgo reasegurado y pueda consecuentemente aceptar o no aplicarlo al tratado y en consecuencia reasegurarlos o no. Normalmente el reasegurador debe contestar si acepta o rechaza a fin de que el reasegurado pueda en este caso dirigirse a otro reasegurador. Si no se comunica la aceptación en el plazo previsto el reasegurado entiende aceptado el reaseguro. (Broseta, 1961, 147).

3. Tratado facultativo para el reasegurado y obligatorios para el reasegurador.

Presuponen la facultad del reasegurado de aplicar o no los seguros individualizados en el tratado. En caso de aplicación mediante comunicación al reasegurador, éste está obligado a reasegurarlos, es decir, a indemnizar en caso de siniestro sin que sea necesaria respuesta alguna del reasegurador porque ya ha manifestado su voluntad de asumirlos al estipular el tratado. (Broseta, 1961, 148).

ii. Por razón de su contenido.

Dependerá si el reasegurador participa respecto de la aseguradora - reasegurada en los riesgos aceptados por ésta o en los siniestros efectivamente producidos. En consecuencia se pueden sub clasificar en reaseguro de riesgos y reaseguros de siniestros.

1. Reaseguros de riesgo, conocidos también como reaseguros proporcionales existen los siguientes.

a. Reaseguro cuota - parte.

Es aquel en que el reasegurador participa en una proporción fija en todos los riesgos que sean asumidos por la cedente en determinado ramo o modalidad de seguro. (Diccionario Mapfre de Seguros, 1992, 315).

Si por ejemplo existe un reaseguro cuota parte al 25% en el ramo de líneas de ingeniería, esto se traduce en que todas las pólizas celebradas por la aseguradora - reasegurada en dicho ramo, el reasegurado le corresponderá un 25% de las primas, así

como el 25% del importe de los siniestros que afecten a tales pólizas, a título de indemnización a la aseguradora - reasegurada.

Este tipo de tratados es muy interesante para las aseguradoras que poseen una masa de riesgos pequeña en la que no hay formación de excedentes. Asimismo, el reaseguro cuota - parte es atractivo para el reasegurador, pues la aseguradora - reasegurada participa activamente el pago de una proporción de reclamo (retención), el primero de ellos no podrá ser víctima de anti selección alguna.

b. Tratado de excedente.

Es aquel en que el reasegurador participa en una proporción variable en todos los riesgos que sean asumidos por la cedente en terminado ramo o modalidad del seguro. Esta variabilidad depende de la tabla de plenos y de la capacidad del contrato. (Diccionario Mapfre de Seguros, 1992, 316).

Normalmente, la aseguradora - reasegurada establece sus plenos en el momento de estipular el contrato mediante unas tablas que adjunta.

Por su parte, es un contrato muy atractivo para los reaseguradores, en vista de que reasegurarán el excedente del pleno de la aseguradora - reasegurada que podría poner en peligro su estabilidad económica - financiera, quien cederá lo que no que no pueda retener y no lo que no le convenga.

2. *Entre los reaseguros de siniestros, conocidos también como reaseguros no proporcionales existen los siguientes:*

a. *Tratado de exceso de pérdida.*

Es aquel en el que el reasegurador, con relación a determinado ramo o modalidad de seguro, participa en los siniestros de la cedente cuyo importe exceda de una determinada cuantía preestablecida a tal efecto. (Diccionario Mapfre de Seguros, 1992, 316).

Un ejemplo de este tipo de reaseguros se aprecia cuando la aseguradora - reasegurada conviene con el reasegurador un tratado en exceso por ejemplo de \$ 3.000.000,00. Esto quiero decir, que el reasegurador pagará a título de indemnización a la aseguradora - reasegurada la porción que en exceso de esa cantidad se reclame debidamente con ocasión a un siniestro amparado por una póliza emitida por el último de ellos. En caso de que el reclamo (asociado al cliente del asegurador) no supere el exceso definido por las partes del reaseguro, la aseguradora - reasegurada no tendrá derecho a indemnización.

Se considera que este tipo de coberturas es esencial en caso de desastres naturales o convulsiones humanas, como motines o conmociones civiles.

b. *Tratado de exceso de siniestralidad.*

Es aquel en que la cedente fija el porcentaje máximo de siniestralidad global que está dispuesta a soportar en determinado ramo o modalidad de seguro, corriendo a cargo del reasegurador el exceso que se produzca. (Diccionario Mapfre de Seguros, 1992, 316).

Un ejemplo de este tipo de reaseguro consiste cuando la aseguradora - reasegurada fija como límite (porcentaje) máximo de siniestralidad para el ramo de incendio el 60%. Esto se traducirá en que al final del ejercicio anual el reasegurador estará en la obligación de indemnizar el importe equivalente que exceda a la siniestralidad conjunta de ese ramo. Es decir, si la aseguradora - reasegurada recaudó a lo largo de ese ejercicio \$ 1.000.000,00 y el pago de los siniestros fue de \$ 700.000,00, el reasegurador deberá de indemnizar el exceso del 60% de la siniestralidad, es decir, \$ 100.000,00.

Este tipo de reaseguros se ofrecen exclusivamente a aseguradoras prestigiosas y de primera calidad, en vista de que se requerirá de una excelente política de selección de riesgos y el cabal manejo de la liquidación de los reclamos. De lo contrario, esta modalidad de reasegurado traería consigo pérdidas exorbitantes para los reaseguradores.

C. Comentarios Adicionales

La Ley de la Actividad Aseguradora (2010) establece en su artículo 74, que las empresas de seguros y de reaseguros constituidas y autorizadas para operar en la República podrán reasegurar en régimen automático o facultativo la totalidad o parte de los riesgos asumidos.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro prevé en su artículo 126, que las cesiones al contrato automático y los reaseguros facultativos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley.

Del contenido de las Leyes antes mencionadas, se aprecia que mencionan únicamente dos géneros de reaseguros, los automáticos y los facultativos; y no se refiere al reaseguro obligatorio.

Al respecto, Morles (2013) afirma:

Que el legislador entendió incluir los reaseguros obligatorios en la especie de reaseguros automáticos, invirtiendo la categoría de género y especie, porque el género es el de los reaseguros obligatorios, género que tiene las especies de reaseguros obligatorios proporcionales (los verdaderos reaseguros automáticos) y reaseguros obligatorios no proporcionales, aunque se ha de reconocer también los reaseguros obligatorios se les llama reaseguros automáticos y, probablemente ese fue el sentido que quiso darle el legislador a la expresión reaseguro automático. La división bipartita entre reaseguros facultativos y obligatorios es frecuentemente utilizada en la doctrina nacional y extranjera” (p.189).

Ahora bien, al abordar las clases de reaseguro en el presente trabajo, se decidió acoger la división bipartita tradicional del contrato de reaseguro empleada por la doctrina nacional y extranjera, como punto de partida para desarrollar las subdivisiones de este tipo de contratos.

En cuanto a la omisión por parte del legislador de los reaseguros automáticos, se comparte la opinión de Morles referida a que el legislador en lugar de emplear el término obligatorio utilizó el automático, aun cuando ambos representan la misma categoría para un sector importante de la doctrina.

Capítulo V

Los Tipos de Cláusulas Excepcionales en el Contrato de Reaseguro

A los efectos del presente trabajo, se entienden por cláusulas de excepción aquellas que permiten el nacimiento de relaciones no convencionales entre el asegurado, la aseguradora - reasegurada y el reasegurador; relaciones éstas que se pudieran extender eventualmente al ejercicio de un litisconsorcio pasivo facultativo o una acción directa, dependiendo de la clase de reaseguro y del contenido de sus cláusulas.

Sin duda, cuando el legislador venezolano incluyó en el artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) la expresión “a menos que se prevea expresamente en el contrato de seguro”, permitió el nacimiento de una relación directa entre el asegurado y el reasegurador, lo cual constituye un reconocimiento expreso de las prácticas del mercado.

Sin embargo, este reconocimiento de algunas prácticas del mercado se contrapone a la tendencia tradicional referida a que no existe relación directa entre el asegurado y el reasegurador (Ejemplo de ello, el ordenamiento jurídico colombiano).

No obstante, la postura tradicional que rechaza alguna relación entre el asegurado y el reasegurador, Berrizbeitia (2002) considera:

A pesar de la incomunicación originaria que se deriva de la autonomía entre el contrato de seguros y el contrato de reaseguros, puede darse una conexión negocial - por vía de excepción - en ciertas estipulaciones de carácter contractual. Tal distorsión se manifiesta en cláusulas que han modificado esa autonomía, por medio de la cual se admite, en distintos grados una especie de conexión entre un contrato de seguro y un contrato de reaseguro (p.166).

Ahora bien, no debe haber dudas en cuanto a la conexión entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro, pues a todas luces existe. El aspecto a evaluar oportunamente radicará sobre el impacto que potencialmente tendrán estas cláusulas excepcionales en las relaciones judiciales entre el asegurado, la aseguradora - reasegurada y el reasegurador.

Ahora bien, las cláusulas excepcionales del contrato de reaseguro son las siguientes:

A. Cláusulas de Cooperación y de Control (Cooperation and Control Clauses)

a. Cláusulas que establecen un deber de información en torno a las modificaciones que conciernen al seguro originario.

Aunque este tipo de cláusulas derivan de otros principios generales del reaseguro (la buena fe y su consecuente obligación de informar sobre modificaciones de riesgo), que incluso se han incorporado como normas de derecho positivo en algunas legislaciones, su alcance se amplió hasta el punto de constituir verdaderas limitaciones en el manejo de la gestión autónoma del riesgo. Cuando estas estipulaciones alcanzan al seguro directo, retransmitiendo la obligación de informar tanto al asegurador como al reasegurador, la conexión negocial entre los dos contratos se hace más evidente. Cuando se limitan a indicarle a la compañía de seguros, cada vez más estrictamente, acerca de cómo debe cumplir ciertas obligaciones o qué conductas debe asumir en situaciones descritas, aunque quebrante el principio de autonomía, se deja poco margen a la conexión entre asegurado y reasegurador. (Berrizbeitia, 2002, 166).

En la actualidad, esta cláusula excepcional se está haciendo cada vez más frecuente, en vista de que el reasegurador debe estar en pleno conocimiento de las

condiciones que rodean el seguro originario, en aras de poder estimar adecuadamente el riesgo reasegurado.

b. Cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro.

Es cada vez más frecuente, especialmente en riesgos de colocación facultativa, la incorporación de cláusulas en las pólizas de seguro que establecen la potestad del reasegurador, cuando no la clara obligatoriedad, de practicar el ajuste. Se llega incluso a escoger de antemano a las empresas ajustadoras. Aunque existen diferentes modalidades de estos pactos, los reaseguradores se reservan, en esencia, el control sobre el ajuste de pérdidas (Berrizbeitia, 2002, 166).

Como consecuencia de este tipo de cláusula excepcional, el reasegurador tiene un rol protagónico en el ajuste o liquidación del reclamo asociado a la póliza originaria celebrada entre la aseguradora - reasegurada y su asegurado.

Generalmente la intromisión del reasegurador en el ajuste o el manejo del reclamo nacen en los reaseguros facultativos, ya que el reasegurador tiene el deseo de aminorar hasta donde fuere posible las consecuencias del siniestro, a través de un ajuste de pérdidas oportuno y proactivo, seguido de una liquidación ajustada a las condiciones generales y particulares de la póliza originaria.

c. Cláusulas referentes al pago de la prestación asegurada.

Las más extremas de las condiciones, ya que son estipulaciones que le conceden al reasegurador la toma de la decisión final sobre el pago de un siniestro. Muchas veces vienen combinadas con alguna de las cláusulas anteriores. (Berrizbeitia, 2002, 166).

Se considera una cláusula extrema, en razón de que el pago de la indemnización al asegurado de la aseguradora - reasegurada se encuentra supeditado a la aprobación del reasegurador. Éste último, tendrá el derecho de evaluar exhaustivamente el ajuste de pérdidas y analizar el reclamo conforme a las Condiciones que rigen la póliza originaria, a fin de pronunciarse al final en cuanto a la procedencia del pago o no.

Esta cláusula le concede al reasegurador una atribución que por naturaleza le corresponde únicamente a la aseguradora - reasegurada, quien es la que potencialmente afecta la esfera jurídico patrimonial del asegurado, en vista de la relación contractual que tienen.

B. Cláusula Cut Thourgh

El objetivo es concederle al asegurado o beneficiario de la póliza de seguro el derecho de exigir el pago directamente al reasegurador (Barroso, 2012).

Tal y como se mencionó precedentemente en el trabajo de investigación, en líneas generales el pago del reclamo al asegurado es una obligación connatural a la aseguradora - reasegurada. Es por ello, que en principio el asegurado no tiene en cualidad para reclamarle al reasegurador.

Con la inclusión de esta cláusula, el asegurado tiene el derecho de reclamarle directamente al reasegurador el importe de la indemnización relacionado con su reclamo.

Es importante destacar, que esta cláusula, al igual que el resto de las indicadas supra, debe incluirse tanto en la póliza celebrada entre el asegurado y la aseguradora como en el contrato de reaseguro suscrito entre el reasegurador y la aseguradora - reasegurada.

C. Cláusula de Insolvencia (Insolvency Clauses)

Frente a la insolvencia o dificultades financieras del asegurador, se le permite al asegurado dirigirse directamente al reasegurador sin necesidad de accionar contra la aseguradora - reasegurada. Estas cláusulas deben incluirse en las condiciones que rigen la póliza de seguros con el asegurado (Berrizbeitia, 2002, 167).

El objetivo de esta cláusula es muy similar a la de cut through, con la salvedad de que el ejercicio de una reclamación por parte del asegurado al reasegurador supone que la aseguradora - reasegurada se encuentre en estado de insolvencia o atravesando dificultades económico - financieras. En este escenario, el reasegurador estará en la obligación de satisfacer las pretensiones del asegurado, previo análisis del reclamo.

Es importante destacar, que generalmente las cláusulas cut through y de insolvencia (Insolvency Clauses) se encuentran acompañadas de cualesquiera de las otras cláusulas excepcionales expuestas.

D. Cláusulas de Pago Simultáneo (Simultaneous Clauses)

En este tipo de convención, la asegurador condiciona el pago del siniestro a su asegurado al cobro que efectúe ante su reasegurador. Cuando se estipulan, se incluyen necesariamente en la póliza de seguro (Berrizbeitia, 2002, 167).

Es una cláusula excepcional porque subvierte el esquema tradicional de obligaciones de la aseguradora - reasegurada, que es el pago del reclamo.

Generalmente, este pago se efectúa con independencia al pago de la indemnización por parte del reasegurador a la aseguradora - reasegurada.

Sin embargo, esta cláusula es perfectamente válida de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, mas sin embargo, se sugiere que sea incluida - al igual que las demás - en el texto de las condiciones del seguro originario y en el contrato de reaseguro, a objeto de que todas las partes se encuentren enteradas de ella.

E. Cláusulas que Establecen la Prevalencia Absoluta de los Términos o Condiciones del Reaseguro Frente al Clausulado del Contrato de Seguros.

Esta cláusula tiene por finalidad que las relaciones derivadas del reaseguro sean únicamente regladas por las estipulaciones previstas en ese contrato. En consecuencia, las partes acordarán en función del principio de la autonomía de la voluntad la prevalencia absoluta de las condiciones del reaseguro frente al clausulado del seguro originario.

Capítulo VI

El Litisconsorcio Pasivo Facultativo

Habida cuenta que se ha desarrollado diversos aspectos de interés del contrato de reaseguro, en especial, sus principios, modalidades y tipos de cláusulas excepcionales, es menester, comenzar a delinear las potenciales consecuencias a de esas cláusulas excepcionales incorporadas tanto en el contrato de seguro como en el contrato de reaseguro.

Al respecto, se evaluará oportunamente las repercusiones de la conexión negocial derivada de las cláusulas excepcionales entre el seguro originario y el reaseguro, lo cual conduce a examinar la institución del litisconsorcio pasivo facultativo o cita de saneamiento o de garantía, contenida en el ordinal 5° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil (1986).

A. Definición

Rengel-Romberg (1999) afirma que el litisconsorcio pasivo facultativo es:

Una institución mediante la cual, dentro del ámbito de un proceso pendiente puede realizarse también el derecho que afirma una parte del mismo o ambas, a ser saneados garantizadas por un sujeto extraño y distintos de los que integran la relación procesal (p. 198).

Por su parte, Loreto (1970) aborda detalladamente el tema, opinando que es:

Una institución específicamente procesal y, por tanto, instrumental, que se propone conseguir el resultado práctico de que dentro del ámbito de un proceso pendiente “llamado por la doctrina principal o de molestia”, puede realizarse también el derecho que afirma una

parte del mismo o ambas a ser saneados o garantizados por un sujeto extraño y distinto de los que integran la relación procesal.

Frente al derecho al saneamiento o a la garantía afirmado por el pretensor, se halla la obligación del tercero a realizar la prestación que corresponda al contenido de ese derecho, hallándose condicionado en su relación por la existencia y los resultados del proceso pendiente en cuanto se acojan o rechacen las pretensiones de uno u otro litigante en el proceso principal.

El resultado definitivo de éste vendrá pues, a determinar y a fijar el deber concreto que tiene o no, el tercero de indemnizar al vencido el perjuicio económico que se deriva de la pérdida de la causa.

Ese derecho y la obligación correlativa tienen su raíz en una relación jurídica material preexistente entre el pretensor y el tercero, esto es una relación de garantía.

Conviene al garantido y a la causa pública de la justicia, que en un mismo proceso se debata y decida esa relación, insertado en el juicio principal una nueva causa de las cuales serán parte el garantido y el garante.

En tal supuesto, viene a insertarse en el seno mismo juicio principal una nueva relación procesal llamada juicio subordinado o de garantía y también impropriamente accesorio, a fin de que se tramiten en un *simultaneus processus* y decidan en una misma sentencia (p. 495).

De las definiciones antes transcritas, se infiere que el aspecto medular del litisconsorcio pasivo facultativo se concentra en el hecho de que en un proceso pendiente, una de las partes o ambas, soliciten que se satisfagan sus derechos por una distinta a la que compone el juicio.

Oportunamente, se evaluará la factibilidad de un litisconsorcio pasivo facultativo entre el reasegurador y la aseguradora - reasegurado durante el juicio interpuesto contra el último de ellos por el asegurado, o incluso, el ejercicio de una acción directa contra el reasegurador por parte del asegurado.

B. Caracteres Relevantes

Se infiere de Rengel-Romberg (1999) que el litisconsorcio pasivo facultativo se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Este tipo de intervención se entiende forzada, porque se origina a instancia de parte;
2. La pretensión de la partes o de las partes contra el tercero es accesoria al juicio principal;
3. El litisconsorcio pasivo facultativo se hace valer en nuestro sistema legal - judicial por la vía incidental y;
4. La cita hace valer el derecho de la parte que cita a ser saneado o garantizado por el tercero. Esto supone una obligación a cargo del tercero, derivada de una relación jurídico material.

C. Tipos

a. Garantía propia e impropia.

Para Berrizbeitia (2002):

Si la relación que sirve de fundamento tiene estrecha relación con la existencia entre el garantido y el tercero, es propia, precisando la doctrina que la conexión debe ser jurídica y objetiva de títulos, no bastando la simple conexión económica. Es impropia cuando ambas relaciones se presentan distintas y separada, sin vínculo alguno desde el punto de vista jurídico. No existe una conexión objetiva de títulos. (p.170).

Los primeros tipos de litisconsorcio pasivo facultativo según Berrizbeitia son el propio y el impropio. Se infiere del autor, que la diferencia entre ambos radica en cómo están efectivamente conectados el garantido y el tercero.

La garantía propia supone que la conexión sea jurídica y objetiva de títulos, mientras que la garantía impropia se caracteriza por la ausencia de fundamentos jurídicos y títulos, siendo relevante la relación económica.

Pese a la distinción expuesta, es difícil catalogar al reaseguro, en vista de que se ha afirmado que son contratos diferentes y autónomos al contrato de seguro originario, que en todo caso su conexión es en la esfera técnica jurídica.

Al respecto, Berrizbeitia (2002) afirma:

Sin embargo, la tendencia doctrinaria es favorable a eliminar el distingo entre garantía propia e impropia, o se muestra muy favorable a extender el ámbito de la cita a la gran mayoría de casos en los cuales

aparece una obligación de responsabilidad subordinada a la existencia de otra, aunque sea por un nexo puramente económico. Otra parte de la doctrina considera que la demanda de saneamiento o de garantía ejercida por vía incidental, no puede proponerse sino en los casos de garantía propia (tanto simple como formal), y por consiguiente la competencia por conexión no se produce en los casos de garantía impropia. (p. 170).

Respecto del contrato de reaseguro y el contrato de seguro originario, se estima conveniente que las potenciales relaciones entre el reasegurador y la aseguradora - reasegurada o el asegurado y el reasegurador, presupongan que las cláusulas excepcionales se encontraren contenidas tanto en el seguro originario como en el reaseguro, a objeto de que nazca una conexión negocial y jurídica incontrovertible, potenciando el ejercicio válido del litisconsorcio pasivo facultativo o una acción directa, según sea el caso.

b. Garantía formal o simple.

Para Berrizbeitia (2002):

Una garantía típicamente formal es el saneamiento en la compraventa, caracterizado por asegurar la existencia y goce pacífico de un derecho que le ha sido transmitido o atribuido, libre de vicios que puedan ser causa de molestias para su legítima titularidad, posesión y normal ejercicio, y para el caso de que tal prestación (u omisión) no pueda cumplirse, le indemnice del perjuicio patrimonial sufrido por tal motivo. En cambio, cuando la relación jurídica que da origen a la garantía no tiene relación causal con un acto de enajenación o atribución de un derecho, se llama simple, y nace de un vínculo

puramente obligatorio entre el garante y el garantido, ajeno a toda idea de transmisión o a atribución, por lo cual se la designa también con el nombre de garantía personal (p.170).

Se aprecia del extracto transcrito, que una garantía formal esta generalmente asociada al saneamiento en las operaciones de compraventa, que llevan consigo la transmisión de derechos libres de vicios.

Por su parte, la garantía simple nace de un vínculo obligatorio entre el garantido y el tercero, ajeno a la transferencia de algún derecho como en la garantía personal. Se considera que el reaseguro podría tener cabida en algunas de estas categorías.

D. Tesis Respecto del Seguro y el Reaseguro

Durante muchos años el escenario del litisconsorcio pasivo facultativo o la acción directa en materia de reaseguro se había desechado íntegramente, en vista del principio de autonomía entre ambos contratos, de las partes intervinientes y de las diferencias entre esos tipo de negocios.

Es por ello, que el principio de la comunidad de la suerte no se extendía al ejercicio de las acciones judiciales.

Sin embargo, para Berrizbeitia (2002) dos circunstancias llevaron a repensar el tema:

- a. La creciente demanda facultativa en grandes riesgos, que implica la completa identificación de las pólizas de seguro en los contratos de reaseguro.

- b. La existencia de cláusulas de excepción que hemos comentado y su inserción en las pólizas de seguro.

Adicionalmente a lo anterior, es importante tomar en cuenta la multiplicidad de prácticas del sector seguro y reasegurador que en buena medida también pueden impactar en esta evaluación. Se observa por ejemplo, que en ocasiones grandes corporaciones son las que deciden quienes van a ser los reaseguradores de sus contratos de seguro, e inclusive, algunas veces escogen primero al reasegurador y luego designan quien será la compañía de seguro que actuará como front de esas operaciones.

Ahora bien, se considera que en los casos de colocación facultativa pudiere haber la conexión negocial y jurídica suficiente entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro para que se pueda ejercitar un litisconsorcio pasivo facultativo o una acción directa contra el reasegurador por parte del asegurado. Bajo este escenario, no faltaran detractores que esgrimirán el principio de autonomía e independencia del contrato de seguro y el contrato de reaseguro, el principio de relatividad de los contratos, la diferencia existente entre ambos negocios y sus partes intervinientes, etc.

Se estima que esos argumentos pierden asidero y cabida, cuando se incorporan tanto en las condiciones que rigen el contrato de seguro originario como en el contrato de reaseguro ciertas cláusulas excepcionales, que posibilitan jurídicamente el litisconsorcio pasivo facultativo, dado que establece una evidente conexión entre los contratos y las partes, como para la acción directa, si el contenido de las cláusula así lo consagra.

En cambio, en los contratos por tratados, donde no se particulariza las pólizas de seguro y menos aún se menciona en ellas a los reaseguradores, se estima que no se

reúnen los requisitos mínimos necesarios para tener la conexión suficiente para intentar las acciones indicadas.

Se debe recordar que la esencia del reaseguro por tratado le impide la particularización de cada una de las pólizas de seguro que lo componen, lo cual aunado al potencial desconocimiento del asegurado de quien es el reasegurador, permite inferir que no será posible el ejercicio válido del litisconsorcio pasivo facultativo o la acción directa.

En función de todo lo anterior, es oportuno reproducir nuevamente el contenido del artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro:

A menos que se prevea expresamente en el contrato de seguro, el contrato de reaseguro sólo crea relaciones entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros, pero éste sigue la suerte del primero en el riesgo que le hubiese sido cedido, de acuerdo con lo que a tal efecto prevea el contrato de reaseguro.

Del contenido del artículo transcrito se aprecia ineludiblemente que se puede estar frente a un contrato de seguro que, excepcionalmente, permita el nacimiento de relaciones entre el asegurado y el reasegurador. Este supuesto devendría de la incorporación de alguna de las cláusulas excepcionales analizadas en el seguro originario y en el reaseguro.

Sin embargo, es prudente analizar las posibles consecuencias de cada una de las cláusulas excepcionales.

Cláusulas de Cooperación y de Control (Cooperation and Control Clauses): Si la incorporación de esta cláusula en el contrato de seguro se limita únicamente a un deber de información, se podría concluir que no generaría el nexo suficiente para

proponer en un juicio un litisconsorcio pasivo facultativo, y mucho menos, ejercitar una acción directa en contra del reasegurador.

Cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro: Es interesante reproducir la opinión de Berrizbeitia (2002):

Su frecuente incorporación en los contratos de seguros, y el factor del control que practica el reaseguro es un tema tan delicado como el ajuste de pérdidas, hacen posible a dichas cláusulas de diversas interpretaciones sobre el alcance procesal de esta conexión negocial, en los supuestos de identificación (también frecuentes) en el contrato de reaseguro. Dos aspectos, en principio, protegen al reaseguro: el carácter no vinculante del ajuste de pérdidas en nuestra (y en la mayoría) de las legislaciones y su orientación esencialmente técnica evaluatoria y no necesariamente jurídica sobre la cobertura.

Se infiere de Berrizbeitia (2002) que en vista del carácter no vinculante del ajuste y su orientación técnica evaluatoria no sería posible el ejercicio del litisconsorcio pasivo facultativo o la acción directa, con fundamento en esta Cláusula, visto que no genera la conexión suficiente para tal fin.

En cambio, si la cláusula de liquidación del siniestro o la aprobación del pago del mismo, se traduce en que la aseguradora - reasegurada no podría eventualmente indemnizar al asegurado sin la autorización del reasegurador, se podría considerar factible el ejercicio de la acción directa o el litisconsorcio pasivo facultativo, en este escenario.

Cláusulas de pago simultaneo / Cláusulas relativas a la insolvencia del asegurador / Cláusulas cut through y cláusulas que establecen la prevalencia absoluta de los términos o condiciones del reaseguro frente al clausulado del contrato de seguros: En el desarrollo del presente trabajo se abordó el contenido de cada una de

esta cláusulas de las cuales se aprecia el nacimiento incontrovertible de relaciones entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro, y consecuentemente, las sólidas relaciones entre las partes. Ahora bien, visto que estas cláusulas generan la conexión suficiente entre los contratos (seguro originario y reaseguro) y sus partes, se afirma inequívocamente que posibilitan el litisconsorcio pasivo facultativo o una acción directa contra el reasegurador intentada por el asegurado, siempre que se incorporen tanto en el contrato de seguro como en el de reaseguro y se trate de una colocación facultativa, que permita la individualización plena del riesgo asumido por el reasegurador.

E. Jurisprudencia Venezolana

Los Tribunales patrios no se caracterizan por tener abundante jurisprudencia en materia de seguros y mucho menos en materia de reaseguros. En ocasiones, algunas sentencias aisladas que abordan estos temas adolecen de vicios, incongruencias y superficialidad.

Efectuada la aclaratoria anterior, una de los pocos procesos judiciales referente al tema se inclinó a permitir el litisconsorcio pasivo facultativo, a fin de que el reasegurador interviniese en el juicio como garante de la aseguradora - reasegurada.

Ese proceso judicial estuvo relacionado con Seguros La Federación, C.A., resuelto únicamente en primera instancia por el Juzgado Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La demanda tuvo por finalidad solicitar el cumplimiento del contrato de seguro, en vista del rechazo del siniestro por parte de Seguros La Federación, C.A.,

relacionado con una póliza de seguro que amparaba los riesgos a los que pudiera estar expuesta una embarcación de recreo. Seguidamente, en la oportunidad procesal correspondiente, Seguros La Federación, C.A., solicitó al Tribunal a que se llamasen a todas las empresas reaseguradoras a las que les fue cedido facultativamente el riesgo de disminución patrimonial ante la ocurrencia de un reclamo asociado a esta embarcación.

En cuanto a la decisión del Juzgado Segundo, es importante destacar que no valoró exhaustivamente el fundamento jurídico del litisconsorcio pasivo facultativo, pese a que la había aceptado, ni la conexión existente entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro, y consecuentemente, entre sus partes, en vista de la incorporación de alguna cláusula excepcional, y condenó solidariamente al pago a Seguros La Federación, C.A., y a los reaseguradores.

Aunque este es el único proceso judicial del que se tiene conocimiento, y no fue revisado en instancias superiores por haber celebrado un acuerdo las partes, el Juzgado Segundo aceptó (sin analizar exhaustivamente) la conexión entre el asegurador y sus reaseguradores en ese caso de colocación facultativa.

Conclusiones

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se evaluó exhaustivamente el contrato de reaseguro, haciendo énfasis en sus presupuestos generales, caracteres, elementos fundamentales, obligaciones de las partes del contrato, clases de contratos de reaseguro, tipos de cláusulas excepcionales y el litisconsorcio pasivo facultativo.

En este sentido, se apreció oportunamente que el reaseguro es un contrato de inminente carácter internacional, regido mayormente por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Por su parte, la importancia del contrato in comento radica en que es un instrumento de división de los riesgos de mayor cuantía asumidos por las aseguradoras, el cual tiene por finalidad garantizar su estabilidad económica ante la ocurrencia de siniestros onerosos amparados por las pólizas contratadas con sus asegurados.

Adicionalmente a ello, el reaseguro como mecanismo de atomización de riesgo, permite que las aseguradoras puedan ampliar su cartera de negocios, propendiendo el desarrollo progresivo y sistemático del sector asegurador.

Por su parte, es importante destacar, que el contrato de reaseguro no se encontraba prácticamente regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, toda vez que solo existían algunas referencias en el código de comercio (1955) y en algunas leyes del sector asegurador.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) y la Ley de la Actividad Aseguradora (2010), se ahondó en la regulación del contrato de reaseguro en Venezuela.

La gran novedad que se aprecia en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) es la irrefutable aceptación de la posibilidad de una relación directa entre el asegurado y el reasegurador, posibilidad que algunas legislaciones se empeñaban en negar.

Asimismo, se interpreta de ese Decreto, que bajo los escenarios que se desarrollaron en la investigación es posible un litisconsorcio pasivo facultativo entre el reasegurador y la aseguradora - reasegurada en el proceso judicial intentado contra el último de ellos por el asegurado.

Las posibilidades que nacen expresamente de la interpretación del artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro (2001) son un reconocimiento de las diversas prácticas del mercado asegurador. Ahora bien, tanto el litisconsorcio pasivo facultativo o la acción directa intentada por el asegurado contra el reasegurador suponen la inclusión en el contrato de seguro y en el contrato de reaseguro de algunas de las cláusulas que se han llamado de excepción.

Contrariamente a lo afirmado tradicionalmente por la doctrina, se considera que la incorporación de las cláusulas excepcionales - en el contrato de seguro y el contrato de reaseguro bajo colocación facultativa - que creen el nexo jurídico y comercial suficiente, dan cabida a que el asegurado ejerza una acción directa contra el reasegurador o pudiese proponerse el litisconsorcio pasivo facultativo entre la aseguradora y el reasegurador, todo ello, sin violentar los principios de autonomía e independencia del reaseguro, suficientemente desarrollados a lo largo de la investigación.

Por último, se ratifica que no todas las cláusulas excepcionales generan per se las consecuencias antes reseñadas. De hecho, es necesario que el contenido de las mismas genere una efectiva y estrecha relación entre el asegurado, el reasegurador y la aseguradora - reasegurada, lo cual se aprecia en las cláusulas de pago simultaneo,

cláusulas relativas a la insolvencia del asegurador, cláusulas cut through, cláusula de liquidación del siniestro y en las cláusulas que establecen la prevalencia absoluta de los términos o condiciones del reaseguro frente al clausulado del contrato de seguros, las cuales potencialmente darán nacimiento a una acción directa por parte del asegurado contra el reasegurador o un litisconsorcio pasivo facultativo entre la aseguradora y en el reasegurador en el juicio intentado por el asegurado.

Referencias

- Barroso, S. (2012). *El Contrato de Reaseguro, el Fronting y la Cláusula Cut Thorough*. Congreso Internacional “50 AÑOS de AIDA URUGUAY”. 11, 29 -40.
- Baumeister, A. (2003). *Estudios sobre Derecho de Seguros: Libro Homenaje a los 40 años de la Fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Berrizbeitia, E. (2002). *El Reaseguro en la Nueva Ley del Contrato de Seguro*. Revista Ibero-latinoamericana de Seguros. 25, 155-180.
- Broseta, M. (1961). *El Contrato de Reaseguro*. Madrid: Aguilar.
- Castelo, J. y Guardiola, A. (1992). *Diccionario Mapfre de Seguros (3ª. Ed.)*. Madrid: Mapfre, S.A.
- Chang, K. y Negrón, E. (2011). *Seguros en Venezuela*. Caracas: Vadell Hermanos.
- Código Civil de Venezuela. (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.990 (Extraordinaria), Julio 26, 1982.
- Código de Comercio de Venezuela. (1955). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 475 (Extraordinaria), Diciembre 21, 1955.
- Código de Procedimiento Civil. (1980). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinaria), Septiembre 18, 1980.
- Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. (2001). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.553 (Extraordinario), Noviembre 12, 2001.
- Firgau, K. (1997). *Régimen Legal Venezolano del Reaseguro*. Caracas: Autor.

- Golding, C. (1976). *Leyes y Prácticas del Reaseguro*. México: Reaseguradora Patria, S.A.
- Le Boulenge, J. (1968). *El Derecho Venezolano de los Seguros Terrestres y sus Fuentes Extranjeras*. Caracas: Autor.
- Ley de la Actividad Aseguradora. (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.990 (Extraordinario), Julio 29, 2010.
- Ley de Empresas de Seguro y Reaseguro. (1995). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.865 (Extraordinario), Marzo 8, 1995.
- Loreto, L. (1970). *Ensayos Jurídicos*. Caracas: Febretón - Esca.
- Maduro, E. y Pittier, E. (2013). *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Mendoza, G. (2000). *El Contrato de Reaseguro en el Derecho Venezolano*. Maracaibo: Roberto Borrero.
- Morles, A. (2013). *Derecho de Seguros*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Picard, M. y Besson, A. (1982). *Les assurances terrestres, T. I, Le contrat d'assurance*, París: Autor.
- Rengel-Romberg, A. (1999). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (vol. 3). Caracas: Organización Gráficas Capriles, C.A.
- Servicio de Colaboración Técnica de la Compañía Suiza de Reaseguros. (1978). *El Reaseguro de los Ramos Generales*. Zurich: Autor.
- Stiglitz, R. (1998). *Derecho de Seguros* (vol. 3). Argentina: La Ley.