

El contrato de Reaseguro y sus principios fundamentales*

SERGIO RUY BARROSO DE MELLO**

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2012
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2012

SUMARIO

Preámbulo

1. Autonomía de la voluntad
 - 1.1 El reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del seguro original
2. Intervención estatal

* El origen de este estudio esta totalmente ligado a las modificaciones impuestas por la nueva ley de reaseguro en Brasil, su reglamentación por parte de las autoridades de control y los cambios significativos en la industria de seguro y de su arcabuco jurídico. Estas consideraciones jurídicas se deben a la experiencia y vivencia del autor., el que consideró muy importante elaborar este estudio para firmar conceptos y orientar a los operadores de seguro y reaseguro en Brasil, delante de tan profunda y significativa alteración en el marco jurídico de esa actividad.

* * Abogado egresado en 1988 de la Facultad de Derecho de la UFRJ (Universidad Federal de Río de Janeiro). Tiene experiencia en Derecho Civil, Comercial, Laboral, Seguros y Responsabilidad Civil en general de reaseguro y fondos de pensiones mediante la consultoría y trabajo legal para varias compañías de seguros en Brasil y en el extranjero, especialmente en la Compañía Internacional de Seguro. Es Doctorado en Seguros y Reaseguro Acuerdo por la Universidad de Santiago de Compostela (USC), España.

Además es miembro de la Sección Brasileña AIDA y de su Consejo y del Banco Mundial (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), el Consejo de la ANSP (Academia de Seguros y Pensiones) la Comisión Brasileña de Mercoseguros, el Comité Especial de Arbitraje y Fenaseg Comisión de Asuntos Jurídicos ANAPP (Asociación Nacional de Fondos Privados en Pensiones. Es árbitro del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje, creado por la FIRJAN (Federación de Industrias de Río de Janeiro), ACRJ (Asociación Comercial de Río de Janeiro) y Fenaseg (Federación Nacional de Empresas de Seguros y Capitalización).

3. Equivalencia de las prestaciones
4. No contrariedad a las buenas costumbres (moral)
5. No contrariedad al orden público
6. Extrema buena fe no contrato de reaseguro
- 6.1 Conclusión del reaseguro y buena fe
- 6.2 La buena fe en la ejecución del reaseguro

RESUMEN

El artículo presenta una visión de los principios fundamentales del contrato de reaseguro en el mercado brasilero e internacional, sus principales aspectos jurídicos y de orden negocial.

Palabras clave: autonomía de la voluntad, principios, contrato de reaseguro, buena fe.

Palabras clave descriptor: principios fundamentales, contrato de reaseguro, orden público, equivalencia de prestaciones, principio de “*seguir la suerte*”.

ABSTRACT

The article presents a view of the fundamental principles of reinsurance in the Brazilian and international market and its main legal and transactional aspects.

Key words: principles, reinsurance, will, good, faith.

Keywords plus: fundamental principles, public order, consideration equivalence, “follow the fortune” principle.

PREÁMBULO

Tratar el tema *contrato de reaseguro* exige, antes que todo, conocer con profundidad jurídica sus principios fundamentales, lo que trataremos de hacer en las líneas a continuación, como contribución para ese exitoso proyecto de la Sección Colombiana de la Asociación Internacional de Derecho de Seguro (ACOLDESE) y de la Pontificia Universidad Javeriana.

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Uno de los principios más relevantes que orienta la formación de los negocios jurídicos es la autonomía de la voluntad, asegurando a la voluntad humana la posibilidad de crear derechos y obligaciones donde la contratación se materializa únicamente por la voluntad de los contratantes.

La voluntad presenta rol protagónico de forma, cuya regla es la necesidad de cumplimiento de los contratos libremente firmados por las partes, por hospedarse en el acto de voluntad libre de las mismas, revelándose el consentimiento como contenido propiamente dicho del contrato, a pesar de los obstáculos opuestos a su grado absoluto.

Finalmente, la voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y para determinar sus efectos materializados en las obligaciones creadas como sus modalidades. No podrá haber contrato sin voluntad. El contrato realiza equilibrio representado por el deseo de los contratantes y, en principio, nada puede atentar contra la voluntad manifiesta.

ARNALDO RIZZARDO, al estudiar el tema, defiende que es *“el contrato considerado como el acuerdo de voluntades libres y soberanas, no susceptible a modificaciones traídas por cualquier otra fuerza que no derive de las partes involucradas”*¹. Se torna el contrato, por lo tanto, una verdadera norma jurídica haciendo ley entre las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad asegura a las partes la libertad para decidir sus ajustes, fundamentando los contratos típicos en las propias normas establecidas en la ley civil y, en lo que se refiere a los contratos atípicos, como es el caso del reaseguro, para establecer las cláusulas deseadas, no sin prestar atención a la necesaria supremacía del orden público, por la cual son prohibidas estipulaciones contrarias a la moral, al propio orden público y a las buenas costumbres.

El actual Código Civil, consagrando el principio de la autonomía de la voluntad y consciente de la nueva realidad social y económica ocurrida por las transformaciones de las relaciones jurídicas en la sociedad del siglo XX, establece en el artículo 421 que *“la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”*.

El principio de la libertad contractual se torna fundamento del conjunto del régimen contractual, relegando importancia a lo consensual, a la buena fe objetiva, a la fuerza obligatoria y al efecto relativo del contrato, desde que sea observada su función social.

El dispositivo asentado en el artículo 421 de la citada norma retrata el principio de la autonomía contractual o autonomía privada, donde a la parte le es dado el poder de crear el contenido del contrato, la libertad de estipular, de determinar su conducta, aliada a la voluntad de la otra parte, de tal forma que el contratante determina el contenido de las obligaciones que pretende asumir y de las modificaciones tendientes a producir en su patrimonio.

En el contrato de reaseguro, por sus características y forma, pues se trata de un contrato entre empresas, sin la presencia de la insuficiencia de las partes, la libertad de contratar del reasegurador y del asegurador está asentada en el propio negocio jurídico, donde las partes establecen libremente las condiciones y cláusulas de su interés.

Consciente, entre tanto, de los abusos potenciales de una libertad de contratar sin límites, la nueva ley civil brasileña trata de atenuarlos, estableciendo como piedras angulares de la nueva teoría general de los contratos el respeto a los principios de la buena fe, de la equidad y de la probidad, conforme se verifica por el artículo 422² del Código Civil.

1 RIZZARDO, ARNALDO, *Parte General del Código Civil*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 12.

2 “Art. 422. Los contratantes son obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”.

Las personas físicas o jurídicas (excluyéndose los entes estatales), están libres, en principio, para contraer obligaciones en la forma pretendida. No obstante, resalta con razón LOUREIRO: *“Aquellos que libremente escogieron tornase ley entre ellas y las obligaciones aceptadas y pactadas deben ser rigurosamente cumplidas”*. Y prosigue afirmando: *“La no observancia de la palabra dada sujeta a las partes a las sanciones (responsabilidad contractual), ya que la propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resultare de los términos de ella, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso”*³.

Dentro de las relaciones establecidas entre asegurador y reasegurador será común encontrar estipulaciones en muchas ocasiones comunes apenas para ese tipo de contrato, para determinar condiciones sobre prioridades (retención de responsabilidad); el precio de la cobertura; la comisión del reaseguro; extensión geográfica de la cobertura, entre otras características, donde la libertad de contratación estará solamente condicionada por los elementos antes referidos, teniendo como regla en sus estipulaciones el respeto a la moral, al orden público y a las buenas costumbres.

La libertad de contratar también abarca la libertad de forma del contrato. Es excepción a ese principio, sin embargo, el contrato de seguro, cuya exigencia de prueba y validez presupone la forma escrita (artículo 758⁴ del Código Civil).

De este modo, el contrato de reaseguro, por no ser específicamente regulado por ley (contrato atípico), en principio, no presentaría esa exigencia natural. Pero la singularidad de la modalidad contractual aconseja su forma escrita, aún hasta para caracterización formal de los derechos y obligaciones listados en sus innumerables cláusulas técnicas de relevancia para su perfeccionamiento.

En el contrato de reaseguro no siempre se verifica una situación de igualdad o de independencia entre el reasegurador y el asegurador, por haber una necesaria relación económica de dependencia entre ambas. Ello se refleja en la aplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo, no raramente, llevar a una situación de cuasi imposición de determinadas normas contractuales.

El comprometimiento de la aplicación plena del principio de la autonomía de la voluntad de las partes trae consigo consecuencias directas en la interpretación de las cláusulas contractuales, por el carácter unilateral de determinadas estipulaciones, las cuales siempre serán analizadas por el beneficio de la duda de la parte que al contrato adhirió y que se vio impedida de utilizar la libertad contractual en su plenitud.

3 LOUREIRO, LUIZ GUILHERME, *Teoría General de los Contratos en el Nuevo Código Civil*. São Paulo, Ed. Método, 2002. pág. 45.

4 “Art. 758. El contrato de seguro se prueba con la exhibición de la póliza o de la nota del seguro, y, ante la falta de ellos, por documento comprobatorio del pago de la respectiva prima”.

1.1 El reaseguro se contrata según las condiciones y cláusulas del seguro original

La dependencia del reaseguro en relación al seguro se sintetiza en una cláusula muy particular y, como informa BLANCA ROMERO MATUTE⁵, frecuente en los tratados, al establecer que el reaseguro se contrata *según las condiciones y cláusulas del seguro principal*⁶.

Es, principalmente, en los reaseguros estipulados a través de tratados que ese tipo de cláusula adquiere una mayor relevancia, debido al modo práctico como dicha modalidad de contrato de reaseguro es aplicada a cada una de las pólizas a reasegurarse en el mismo tratado –por ejemplo, todas las pertenecientes al mismo ramo de seguro. El reasegurador no conoce de manera pormenorizada el contenido exacto de las cláusulas y condiciones pactadas en cada una de ellas, ni el reasegurado comunica, en general, los detalles de cada póliza al reasegurador.

En realidad, a través de la estipulación de cláusula de ese tipo, se presume que el reasegurador conozca sus condiciones –pues delimitan el riesgo asegurado y, por eso, el reasegurado– y acepta determinar y regular el riesgo reasegurado observando también esos términos establecidos en el contrato de seguro, los cuales, de ese modo, son incorporados por referencia al contrato de reaseguro.

Se pretende no apenas facilitar la redacción del contrato de reaseguro –en el cual no se podrían reproducir todas las cláusulas, en especial las particulares, de cada una de las pólizas que se reaseguran en un solo tratado– pero también colaborar en la interpretación del mismo, partiendo de la premisa de que las partes quieren cobertura prestada por este reasegurador a su reasegurado exactamente igual o correspondiente a aquella otra prestada a su asegurado. Entre tanto, la determinación de las efectivas cláusulas y condiciones, o términos de las pólizas de seguro incorporados por referencia a un contrato de reaseguro por medio de ese tipo de cláusula, ha sido tradicionalmente objeto de discusión, como nos informa BLANCA ROMERO MATUTE, citando, para tanto, oportuno trecho de precedentes judiciales del Poder Judicial norteamericano⁷.

Son susceptibles de incorporación únicamente aquellas condiciones de la póliza de seguro que no resulten incompatibles con las propias condiciones del contrato de reaseguro, y que, por otro lado –exigiendo cierto ejercicio de interpretación– sean

5 Ob. cit., t. I, pág. 246.

6 Sobre el mismo, véase BROSETA PONT. *Supuestos técnicos y concepto del contrato de reaseguro*. cit. págs. 36 a 38; BUTLER, JOHN; MERKIN, ROBERT. *Reinsurance Law*. t. I, cit., p. B.1-01 a B.1.2-41. MERKIN, en *Colinvaux's Law of Insurance* (7ª ed., Londres, 1997, págs. 244 a 245), afirma que *“the purpose of such wording is to ensure that the insurance and reinsurance agreement are back-to-back so that the liability of the reinsured is matched by that of the reinsurer”*.

7 Cfr. MATUTE, BLANCA ROMERO, ob. cit., t. I, págs. 247-248.

apropiadas al contexto en que se desarrolla este último contrato, así como razonablemente puede presumirse de ello que las partes tenían la intención de incorporarlas. Por eso, se excluye, por ejemplo, que por medio de esa cláusula se incorporen al contrato de reaseguro términos no utilizados en general en las pólizas, o que la extensión temporal de la cobertura prestada por el reaseguro sea aplicada mediante la incorporación de los términos de una póliza que tenga una duración mayor.

2. INTERVENCIÓN ESTATAL

La intervención estatal en la regulación y fiscalización de la actividad de reaseguro tiene el claro propósito de actuar por el equilibrio de las relaciones y del desarrollo de la actividad, respetando estándares mínimos de conducta ética y funcionando como mecanismo tendiente a equilibrar los efectos de las relaciones por el uso de la autonomía de la voluntad en su plenitud.

Históricamente, el tema encuentra su más amplia visibilidad en las desastrosas ocurrencias en el campo político durante el siglo XX, las cuales modificaron significativa e intensamente la actividad de seguro y reaseguro en muchos países. En la región del entonces conocido “Bloque Comunista”, y en muchos Estados socialistas, el sector de seguros sufrió una fuerte nacionalización y las actividades pasaron a ser realizadas por organismos estatales, cuyo vínculo con el Gobierno se efectuó, invariablemente, por la subordinación al Ministerio de Finanzas⁸.

Algunas legislaciones, y Brasil es un concreto ejemplo, optaron por promover la creación separada de corporaciones estatales volcadas exclusivamente hacia el reaseguro, a fin de contratar negocios con las empresas extranjeras de reaseguro, generalmente de manera recíproca, ya que las corporaciones aceptaban los reaseguros externos a cambio de las cesiones ofrecidas.

El deseo de crear una industria de seguro nacional potente y capaz de retener, salvo el todo, la mayor parte del mismo, es anterior al siglo XX. Uno de los objetivos de los creadores de la *Cologne Reinsurance Company*, en 1852, era conservar para la compañía alemana los excedentes contratados anteriormente por los aseguradores locales con las compañías alemanas y belgas⁹.

En 1927, el gobierno de Chile adoptó esa idea y prohibió la formación de agencias de compañías de reaseguros extranjeras, creando la corporación estatal de reaseguros denominada *Caja Reaseguradora de Chile*. Los aseguradores extranjeros fueron legalmente obligados a ceder a la *Caja* parte de todos los riesgos suscritos en el país, y ese organismo estatal monopolizó todos los reaseguros contratados en el exterior.

8 Véase VILLABELLA, JORGE SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 359.

9 Cfr. CARTER, ob. cit., pág. 27.

El ejemplo de Chile fue imitado más tarde por Brasil y Argentina, donde compañías estatales de reaseguro pasaron, por ley especial, a concentrar el poder único de aceptar reaseguro y promover la retrocesión, acumulando la actividad estatal de fiscalización y normalización del propio sector, en amplitud de poderes concentrados sin precedentes en la historia jurídica de la entidad jurídica en nivel de derecho comparado.

El sistema sudamericano de corporaciones estatales de reaseguros, monopolizando las cesiones obligatorias de las compañías privadas, reglamentando y fiscalizando las operaciones de reaseguro y, no raramente, de coaseguro, como fue en Brasil, pasó a ser adoptado más adelante por otros países en desarrollo, siguiendo, a propósito, la recomendación emitida en la época por la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo), con el fin de depender cada vez menos de aseguradores extranjeros¹⁰.

Justamente porque las corporaciones estatales de reaseguros no tenían cómo cubrir por completo la capacidad del mercado nacional fueron forzadas a celebrar parte de los contratos de reaseguros en el exterior. Para reducir al mínimo los costos del cambio de divisas extranjeras de los reaseguros contratados en el exterior, las corporaciones estatales recurrían al intercambio recíproco de negocios entre sus reaseguradores.

Los países en vías de desarrollo, que muchas veces formaron parte de agrupaciones económicas de carácter más general, organizaron, en determinada época, más fuertemente en las décadas de 50, 60 y 70 del siglo pasado, verdaderos “pools” de suscripciones regionales para el intercambio de responsabilidades superiores a sus capacidades, los denominados “plenos de excedentes”¹¹.

A partir de la década de 1980, el mundo vivió nueva era en la cual el Estado, no más interesado en asumir, como empresario, actividades económicas de índole específica, se vio en la obligación de deshacerse de sus compañías reaseguradoras, promoviendo su venta y la consecuente alteración del Estado-Empresario-Fiscal, para una etapa en la cual el Poder Público, normalmente constituido como agencia reguladora, actúa con la intención de regular la actividad, preservando la solvencia de las empresas y la buena conducta de las relaciones empresariales, con base, inclusive, en una visión más protectora de los intereses de los asegurados y de las empresas reaseguradas, reconociendo de forma objetiva las posibles distorsiones ocurridas por fuerza de la dependencia económica y eliminando los excesos provocados por el uso sin límites de la libertad contractual en su expresión máxima, reflejada en la autonomía de voluntad de las partes contratantes del reaseguro.

10 RIPOLL, J. La UNCTAD y los seguros. *Journal of World Trade Law*. vol. 8, nº 1.

11 Cfr. CARTER, ob. cit., pág. 32.

3. EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

Las prestaciones asumidas por las partes no pueden presentarse extremadamente desequilibradas, de tal suerte que quede evidente una ventaja excesiva o negocio claramente desastroso para uno de los contratantes. Es posible, entretanto, porque intrínseco al sistema capitalista, la previsión del lucro, del resultado económico anhelado por las partes y de la propia pérdida resultante del riesgo del negocio.

En este punto, ya advertía CARBONNIER¹²:

La conciencia del legislador de que el contrato, lejos de ser una armonía social, representa la mayoría de las veces una relación de fuerzas económicas, la sede de una lucha de intereses, una relación de conflictos, un campo de tensiones económicas, por causa de la desigualdad entre las partes contratantes, busca [a] proteger eventuales desequilibrios ocurridos en la formulación del convenio, haciendo la parte retornar a su estado anterior.

La nueva ley civil brasileña, sin desacatar los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar, favorece el equilibrio contractual, a pesar de la atenuación de tales principios por dispositivos que buscan proteger la parte más vulnerable en la relación jurídica, asegurándose la libertad de contratar, que debe ser ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato. Y no apenas eso, prefiriendo velar por su equilibrio, con la garantía de la moralidad contractual buscada por las partes, mediante la adopción de nuevas entidades jurídicas y por la identificación de aspectos de vulnerabilidad, exige la norma actual nuevos paradigmas de comportamiento de los contratantes, obligándolos a actuar de manera proba y honesta, no apenas en la conclusión y en la ejecución del contrato (artículo 422¹³), pero igualmente en los momentos pre y poscontractual.

El Código Civil trae importantes innovaciones para reducir las desigualdades materiales existentes entre los contratantes, eso se refiere directamente al contrato de reaseguro. La entidad jurídica de la *lesión*, relacionada en su artículo 157¹⁴, considerado el marco convergente de esa nueva filosofía contractual, refleja bien la protección al perjudicado, al tener como objetivo la reducción de desproporción relevante entre las prestaciones, resultante de la explotación de una de las partes sobre la otra.

12 CARBONNIER, J., *Flexibe droit*, 7^a ed., Paris, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1992, págs. 288-289.

13 “Art. 422. Los contratantes son obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”.

14 “Art. 157. Ocurre la lesión cuando una persona, bajo urgente necesidad, o por inexperiencia, se obliga a prestación manifiestamente desproporcionada al valor de la prestación opuesta”.

En lo que toca a las relaciones jurídicas de reaseguro, el denominado principio de “*seguir la suerte*”, conocido internacionalmente como *follow the fortune*¹⁵, normalmente reflejado en cláusula insertada en el contrato de reaseguro, está asentada en la necesidad del reasegurador para seguir la suerte o la fortuna del asegurador en todo lo no previsto en el contrato de reaseguro o en las normas legales que lo regulen, se presenta como necesario elemento de equilibrio de las obligaciones, al permitir el reconocimiento de derechos mediante la adopción, por el asegurador, de medidas previamente autorizadas por el reasegurador, teniendo aquel como contrapartida la garantía de cobro de todos los valores reasegurados, en razón de cualquier hecho capaz de alcanzar el objeto del reaseguro.

Bajo el principio de seguir la suerte, queda latente que el reasegurador no debe abandonar al asegurador a su propia suerte, finalmente, el compromiso que lleva dentro de sí el contrato de reaseguro va más allá de las cláusulas aplicables a la relación reaseguradora: además de eso, se compromete con la suerte del contrato de seguro, hasta el punto de, si el asegurador se viese obligado a pagar lo que por derecho no debe, aún en ese caso el reasegurador debería acompañarlo; de lo contrario, la teoría de la lesión podría ser aplicada, en la medida en que vengan a ocurrir excesos en la interpretación de la norma contractual.

Es necesario reiterar que ese principio es derivación de la *buena fe* contractual. De hecho, se encuentra allí su justificación y su obstáculo. De un lado, porque la comunidad de suertes solo es posible si el asegurador defiende sus derechos tanto como los del reasegurador y, aún así, si ya fue compelido a cumplir en exceso de lo que aparentemente debía. Por otro lado, es casi como el reverso de la moneda, porque la demostración de ausencia de *buena fe* de parte del asegurador exime al reasegurador de acompañarlo.

Y no podría ser diferente, ya que la entidad jurídica de la buena fe es principio básico que funda todas las categorías de contrato, con más fuerte razón a los contratos de seguro, estos que están impregnados de informaciones esenciales para su formación, pudiendo llevar la aceptación técnica equivocada, o incluso a cálculo erróneo de la prima, por la falta de elementos claros acerca del riesgo propuesto.

El principio en análisis se encuentra en la actualidad casi siempre dirigido a una cláusula contractual, siendo que no se debe interpretar la inexistencia de esta última como

15 Un modelo típico de cláusula de seguir la suerte (*follow the fortune*) puede ser así expresado (Cfr. BROSETA PONT, ob. cit., pág. 59) : “*La responsabilidad del reasegurador surgirá simultáneamente con la de la compañía aseguradora y todas las cesiones al reasegurador en virtud de este contrato estarán sujetas a los mismos riesgos, términos, condiciones, interpretaciones, apreciaciones, exclusiones, modificaciones y alteraciones que el respectivo contrato de seguro emitido por la compañía a quien tales cesiones correspondan, siendo la verdadera intención de este contrato que el reasegurador, en cada caso en que este acuerdo se aplique y en las proporciones especificadas, siga la suerte de la compañía en relación a los riesgos que la compañía haya [esta haya] aceptado pajo las pólizas de seguro reaseguradas*”.

si las partes hubiesen decidido no aplicar el principio, pues el mismo se reviste de universalidad suficiente para ser considerado aplicable, aún ante la ausencia de mención expresa. Claro está que las partes pueden prever la no aplicación, siempre que lo hagan de forma inequívoca.

En resumen, se hace fundamental el procedimiento honesto de las partes en la celebración de los negocios jurídicos, especialmente en el contrato de reaseguro, justamente porque ese tipo de contrato, en su esencia y definición, es una comunión de voluntades que tiene por fin la formación de acto jurídico, jamás medio de consecución de fines ilícitos o de explotación de una parte por la otra.

3.1 La aleatoriedad relacionada al equilibrio de las prestaciones

Sobre la incerteza incorporada por los sujetos del contrato para el efectivo desarrollo de los comportamientos a ser ejecutados se torna útil basar nuestro estudio en el elemento de la aleatoriedad directamente relacionado al equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes contratantes.

En principio, la incorporación de la aleatoriedad al equilibrio de las prestaciones no supone por sí misma más que el establecimiento de una determinada regulación del conjunto de derechos y deberes que rigen el desarrollo de la relación jurídica, exteriorizándose así una de las vertientes que confirma la libertad contractual de los particulares. Al tomarla como punto de partida, no excluimos evaluar las conexiones que se podrían producir con la otra incertidumbre que denominamos de “natural”.

La configuración por los sujetos contratantes de una reglamentación contractual que se incorpora a la incerteza por su propia voluntad servirá, precisamente, para localizarse la esencialidad de un contrato denominado de aleatorio. Pero no siendo suficiente por sí solo, será preciso entonces averiguar a partir de la misma el interés de las partes y los fines perseguidos con su establecimiento, además de la razón y de la finalidad para haber sido celebrado un contrato con tal reglamentación jurídica incierta.

El contrato de reaseguro trae en si esa característica distintiva, porque los sujetos, al momento de su celebración, siempre se encontrarán ante una realidad incierta (riesgo), cuyo resultado no les resulta indiferente (indemnización), razón por la cual deciden acomodar la composición de sus derechos y obligaciones a cada resultado posible.

Existe adecuación de los efectos que definitivamente deban producir el contrato en función del suceso que escapa al control de la voluntad de los sujetos contratantes, pero que consideran ínsito en la composición de sus intereses y en la obtención de sus fines. Consecuentemente, se toma el contrato como unidad, en la cual la cláusula adicional, en sentido general, forma parte de la valoración efectuada por cada uno de los sujetos sobre la utilidad de determinados bienes y sobre los medios a ser empleados para tal fin.

Trascienden al contrato situaciones de hecho objetivas delimitadoras de la valoración efectuada por cada uno de los contratantes en relación a las ventajas y a los sacrificios para ellos desprendidos de su celebración. Situaciones que, por otra parte, también podrían haber sido tomadas en cuenta si no se recurriese expresamente al contrato, pero que en el caso no podrían ser alegadas ni atendidas, por sí solas, como representativas de determinadas consecuencias, en vista de la permanencia en el marco de la valoración subjetiva, meramente interna, efectuada por cada contratante.

Una vez excluido ese tipo de valoración interna y centrándose en el objetivo, será posible retomar con profundidad la delimitación de la incertidumbre y hacer frente al estudio de las posibilidades de los criterios y de las valoraciones consideradas por los contratantes para la obtención de su equilibrio contractual, es decir, debe ser buscada cual es la composición de intereses correspondiente o aquella que haya dado lugar a ese tipo de reglamentación de conductas.

4. NO CONTRARIEDAD A LAS BUENAS COSTUMBRES (MORAL)

Otro criterio de juicio de mérito en la formación de los contratos consubstanciase en la Probidad, cuya referencia, contenida en el artículo 422 del Código Civil, debe ser entendida en relación a la referencia a la Moral, dado que solo una predicación de naturaleza ética permite distinguir entre las costumbres vigentes las que son buenas. De otra punta, es bueno referirse, las costumbres son resultantes del condicionamiento moral y no su fuente, razón por la cual es más adecuado hablar de Moral de que de buenas costumbres en esa materia¹⁶.

La moral es poderosa condicionante de la vida, de la actitud y del comportamiento de las personas. Como tal condiciona la libertad de fijación de pactos con contenidos vinculantes. Hablamos de modo diferente de lo que lo hace la ley. La Moral condiciona y simultáneamente está contenida en la constelación axiológica propia de la "Humanitas" global o de cada sociedad concretamente considerada. Ella es determinante e impositiva en el nivel de la propia creación del Derecho antes de serlo en el dominio de su aplicación; y más que todo, en la modelación de la Justicia que funda el Derecho y que le dé la existencia como tal. La Moral influencia también el modo como se entiende y comprende el Derecho y, así, actúa en el nivel de la interrogativa "*quid jus*" (que justicia), ya antes de actuar en relación a la concretización del "*quid juris*" (que derecho).

Existe y revelase en una doble dimensión la moral, con impar relevancia en el contrato de reaseguro.

16 La referencia a las buenas costumbres resulta de una transferencia juscultural de la pandectística a través de la recepción del concepto alemán de los "*gutte Sitten*". La expresión alemana "*gegen die guten Sitten*" del párrafo 138 del BGB constituye, a su vez, una traducción de la expresión latina "contra bonos mores" (FLUME, WERNER, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, FS 100 DJT, 1960, pág. 363).

Es la moral constelación de los valores que, para cada persona, constituyen los criterios del bien y del mal. Son valores que aunque no reconocidos conscientemente por las personas, no dejan de, sin embargo serlo. Pero la moral es también el ambiente axiológico efectivamente difundido, asumido y aceptado actualmente en una dada sociedad. Esas dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva, no son dos morales diferentes, y el juicio de moralidad del contrato de reaseguro presupone la síntesis integrante de ambas.

La sumisión de los contratos a la moral no es efecto de ley, del artículo 422 del Código Civil, pero antes exigencia de la Idea de Derecho, conforme nos recuerda CASTANHEIRA NEVES¹⁷. Aunque no estuviese formulada en el articulado de la ley, se impondría por la naturaleza y finalidad propia del derecho. La eventual formulación de principio contrario entre los contratantes del reaseguro, que no se conoce en cualquier ley, no obtendría eficacia, no obstante su consagración formal, por insanablemente no jurídica.

Bien nos orienta al respecto MENEZES CORDEIRO al así referirse:

La proscripción de la inmoralidad se coloca en el campo de la juridicidad, tanto en lo que respecta a la ley, como en lo que concierne a los contratos. La moralidad exigida involucra un juicio de no colisión de la regulación proyectada con las coordinadas axiológicas fundadoras del Orden Jurídico y, en lo que a ese juicio importa, no puede ser hecha una diferencia entre el Estado y los privados: la ley injusta o inmoral, tal como el contrato injusto o inmoral, son ajurídicos y, como tales, no vinculan. Podrán eventualmente ser impuestos por la fuerza o por el recelo que se origina de la amenaza, pero, en tales casos, constituirán una perversión, una caricatura sacrílega del Derecho. Contra ellos es lícita la insurrección¹⁸.

La validez de los contratos solo es cuestionada por el juicio de moralidad si este fuere negativo. Eso quiere decir que solo los contratos inmorales son proscritos, no siendo necesario para su validez ser moralmente positivo. Por eso debe evitarse la radicalización, por fin, si un determinado contrato de reaseguro fuere moralmente indiferente no deja de ser lícito.

Recurriendo también a las enseñanzas del profesor MENEZES CORDEIRO¹⁹, vale recordar, según sus palabras, que la predicación concreta del contenido contractual a la moral no se agota en la moral sexual o familiar a la que los manuales acostumbran restringirse. Ni siquiera en la moral profesional. No hay campos de vida de las personas que sean moralmente neutros, a pesar de las exigencias de moralidad sean colocadas

17 CASTANHEIRA NEVES, ANTONIO, *El papel del jurista en nuestro tiempo*, Coimbra, 1983, pág. 112. Para GUSTAV RADBRUCH (*Filosofía del derecho*, trad. por MONCADA, LUÍS CABRAL. Coimbra, 1974, pág. 109), "solo la moral es capaz de servir de fundamento a la fuerza obligatoria del derecho. En sentido contrario, rehusando la legitimación del derecho por la moral, Kelsen, HANS. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, pág. 105 ss.

18 MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pág. 584.

19 MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pág. 586.

con mayor vehemencia en algunos que en otros. La posibilidad de neutralidad moral en relación a contratos concretos no significa que pueda haber sectores y relaciones de la vida como campos de actividad de las personas, moralmente neutros, y el reaseguro es un buen ejemplo.

La intervención de la moral en los contratos no se resume a fundar el juicio de validez o invalidez. La exigencia moral se coloca ya a nivel de las negociaciones y actuaciones precontractuales, como por ejemplo, en la interpretación y concretización de las regulaciones contratadas por los aseguradores y reaseguradores, en su ejecución y cumplimiento, y aún así en su modificación por usura o por alteración de circunstancias.

En la fase precontractual, la exigencia moral es formulada en la ley a través de la referencia a la buena fe, como vimos. El contenido concreto de la conducta exigida, el sentido de la corrección y de la honestidad de la negociación, no consigue encontrar puntos de referencia y criterios materiales informadores de juicio, a no ser en las “buenas” costumbres, en los usos “honestos” del negocio del reaseguro, de los propios contratantes.

Los vectores axiológicos que posibilitan ese juicio, que no puede ser simplemente formal, solo pueden ser procurados y encontrados en la moral. Son esos los valores capaces de permitir, incluso ya en esa problemática, controlar el contenido del contrato de reaseguro ante inutilidades, desequilibrios e injusticias y exigir negociaciones “serias y honestas”.

El problema del contrato “radical e irrecuperablemente” inmoral solo se pone después de agotadas todas las posibilidades interpretativas, correctivas e integradoras de la hermenéutica jurídica. Especialmente en el reaseguro brasileño, en que su característica atípica gana relevancia en el campo de la moral. La interpretación y la integración al contrato, como la concretización de sus preceptos, es hecha en la perspectiva de evitar enunciados o resultados radicales o irrecuperablemente inmorales.

El papel de la regla moral comienza a manifestarse de inmediato en el momento de la fijación de su sentido jurídicamente relevante y de la concretización de las consecuencias y comportamientos de ellos originados para las partes. Antes de juzgarse un contrato de reaseguro inmoral y de rehusársele por eso a su ilicitud es preciso agotar todos los medios de, a los niveles interpretativo, integrador y de concretización, evitarse la inmoralidad.

La interpretación, la integración y la concretización no son, pues, moralmente neutras: los contratos de reaseguro deben ser interpretados e integrados moralmente, es decir, de modo a fijarles siempre que sea posible un sentido que no sea inmoral; la concretización de sus dispositivos debe ser hecha de acuerdo con la regulación contractual, pero también de acuerdo con la regla moral. La regla moral penetra así la regulación contractual.

No es diferente lo que pasa en relación a la ejecución y al cumplimiento de los contratos de reaseguro. Los deberes accesorios y la propia exigencia de la buena fe en el cumplimiento potencian influencia importante de la moral en los contratos, en el nivel de la ejecución y de su cumplimiento.

Finalmente, en el dominio de la modificación de los contratos por usura o por alteración de circunstancias, la cláusula general de la buena fe abre las portas a la intervención de la moral en la fijación, ya sea del sentido, o del *quantum* de la modificación. La buena fe objetiva constituye factor importante de penetración de la moral en el campo de la regulación contractual.

Inciendiando intereses y fines personales no éticos en la situación contractual concreta del reaseguro, y por intermedio de ella, esa actuación debe ocurrir en el *modus* axiológico, de forma a que esos intereses y fines consigan realizar su fundamento ético.

5. NO CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO

Después de tratar de la ilegalidad y de la inmoralidad, cabe abordar la contrariedad al orden público, examinándola bajo el enfoque y relevancia en relación a los contratos atípicos, marca del contrato de reaseguro en Brasil.

Para quedar claro si la contrariedad al Orden Público debe ser integrada en la legalidad, en la inmoralidad, o en una categoría propia, se debe, en primer lugar, caracterizarla adecuadamente.

Orden público es el más complejo de los principios y de los valores que forman la organización política, económica y social de la sociedad y es, por eso y como tal, tenido como inmanente al respectivo ordenamiento jurídico. Constituye expresión e instrumento del interés público y corresponde generalmente a los grandes principios consagrados en la parte programática de la respectiva constitución.

El Orden Público hace de cierto modo el puente entre la Ley y la Moral, como criterio del juicio de mérito. Con las leyes imperativas tiene el parentesco de todas ellas ser de orden público. La razón de la inderogabilidad de la ley coercitiva reside precisamente en el hecho de ser de orden público, de regir las materias de interés público, tenidas como jerárquicamente superiores a las regulaciones privadas. Tiene en común con la moral su configuración como constelación de valores, pero, en vez de decidir del bien y del mal, rigen sobre la utilidad y la conveniencia social, y en vez de fundarse en la ética, se fundan en la política. Al fin, como enseñaba CASTANHEIRA NEVES, *“en las sociedades políticamente no violentadas, donde el orden público se encuadra en el orden moral, el orden público coincide en principio con la Moral”*²⁰.

20 CASTANHEIRA NEVES, ANTONIO, *La revolución y el derecho*, Lisboa, 1976, pág. 29.

La necesidad de distinguir el orden público de la moral solo se explicita con el apareamiento del estatismo con que se pretendió sustituir a la razón ética por la razón de Estado. Naturalmente, es grande la coincidencia entre el orden público y la moral: los grandes principios morales son generalmente considerados también de orden público, así como los grandes principios de orden público son usualmente profundamente morales²¹.

En la zona en que no coincidan –generalmente dominios muy técnicos del derecho económico y social en que el orden estatal está en paralelo en relación a la moral, o se adelanta a ella, o aún, rige materias axiológicamente poco importantes–, el orden público constituye un subsistema moral, jerárquicamente inferior. Cuando insanablemente contrario a la moral, el orden público es inmoral y como tal es ajurídico y no vinculante, como observa MENEZES CORDEIRO²², para quien:

Solo en sistemas de simple dominación social, de opresión, son verdaderamente calificables como ordenamientos jurídicos, un orden público inmoral puede pretender ser superior al orden moral y reprimirlo, suscitando un problema análogo al de la ley injusta. Legítima la desobediencia y la insurrección.

El orden público debe integrarse en la categoría de la moral como criterio del juicio de mérito. Funcionalmente, opera de modo diferente de la legalidad. Como constelación de valores carentes de concretización, articulase de modo idéntico a la moral. Fundamentalmente, es moral de sustitución, propuesta por la política y fundada en el Estado, solamente siendo válida y titular de juridicidad cuando no colisione con la moral. Como tal es un (sub) orden moral.

La problemática relacional de la regulación contractual con el orden público es semejante a la de su relación con la moral. Al fin, la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual transita un orden económico abierto, orientado hacia la libre circulación de bienes económicos y para la libre competencia, empero y a pesar de ello, la libertad de las partes en la contratación del reaseguro no tiene carácter absoluto, pues encuentra limitación tradicional en el derecho, porque la autonomía de voluntad de las partes no puede contrariar normas de orden público.

Hay normas de naturaleza pública y privada de carácter imperativo que prevalecen sobre las reglas establecedoras de la libertad contractual. Ese conjunto de norma se presenta como fundamental para la buena convivencia en sociedad, limitando y prevaleciendo sobre la voluntad de los particulares. El interés público, preponderando sobre lo particular, es obstáculo a la libertad de las convenciones de reaseguro.

21 GIOVANNI B. FERRI (*Ordine pubblico, buon costume e la teoria del diritto*, Milão, 1970, pág. 170), dice, a este propósito, de “un proceso de osmosis” entre las normas imperativas, el Orden Público y las “buenas costumbres”.

22 Ob. cit., p. 584.

En ese punto, válida es la lección de GOFFREDO TELLES JR., para quien el orden público:

[...] es el conjunto de normas que no tiene carácter suplementario o dispositivo, dirigiéndose a todos los ciudadanos que no pueden esquivarse de su autoridad. Son normas de imperio absoluto o coercitivas, que determinan, en ciertas circunstancias, la acción, la abstención o el estado de las personas, sin admitir cualquier alternativa, vinculando al destinatario a un único esquema de conducta²³.

En el caso concreto del contrato de reaseguro, reasegurado y reasegurador tendrán, como regla general, total libertad para contratar, como de estipular cláusulas y condiciones contractuales libremente. Entre tanto, no pueden establecer condiciones clausulares que limiten, falseen o de alguna forma perjudiquen la libre competencia; que posibiliten a una empresa el dominio de mercado relevante de servicios de seguro y reaseguro o que permitan el ejercicio abusivo de posición dominante (prohibición expresa en artículo 20²⁴ de la Ley nº. 8.884/94). El interés individual de los contratantes, en esos casos, no puede preponderar sobre el interés público reflejado en la libre competencia y en la protección y tutela de los intereses del consumidor.

6. EXTREMA BUENA FE NO CONTRATO DE REASEGURO

Es principio jurídico que todo y cualquier contrato debe ser formado, cumplido y extinguido dentro de la máxima buena fe. Así como el contrato de seguro (artículo

23 Cit. por MARÍA HELENA DINIZ en el *Diccionario Jurídico* (vol. 3, São Paulo, Saraiva, pág. 461).

24 “Art. 20. Constituyen infracción del orden económico, independientemente de culpa, los actos bajo cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no sean alcanzados:

I. limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa;

II. dominar mercado relevante de bienes o servicios;

III. aumentar arbitrariamente los lucros;

IV. ejercer de forma abusiva posición dominante.

§ 1º La conquista de mercado resultante de proceso natural fundado en la mayor eficiencia de agente económico en relación a sus competidores no caracteriza el ilícito previsto en el inciso II.

§ 2º Ocurre posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controla parte sustancial de mercado relevante, como proveedor, negociante, comprador o financista de un producto, servicio o tecnología a él relativa.

§ 3º La posición dominante a que se refiere el párrafo anterior es presumida cuando la empresa o grupo de empresas controla 20% (veinte por ciento) de mercado relevante, pudiendo este porcentual ser alterado por el CADE para sectores específicos de la economía. (Redacción dada por la Ley nº 9.069, de 29.6.95)”.

765²⁵ del Código Civil), el contrato de reaseguro es impregnado por el *principio de la extrema buena fe* necesariamente informadora de esa clase de negocio jurídico, tanto en su conclusión como en la ejecución y extinción.

El principio de la buena fe se aplica, si es posible con mayor rigor, en las relaciones entre asegurador y reasegurador, en la medida en que ambos son especialistas, debiendo, en las negociaciones, ocurrir la revelación de todos los datos e informaciones relacionadas con el riesgo a reasegurar. En este sentido, enseña con razón PEDRO ALVIM, *“el reaseguro nada más es que un seguro entre aseguradores”*²⁶.

La relevancia jurídica representada por el principio en análisis está básicamente en la posición a ser adoptada por el intérprete del contrato o en la conducta de las partes. A efectos de, en el análisis de las cláusulas, fundamentalmente frente a un conflicto de interpretación, siempre se deben tener en mente las intenciones y objetivos iniciales de los contratantes, el principio de la verdad y de la intención real manifestadas en la conclusión del negocio jurídico. Las palabras y los preceptos del contrato deberán ser entendidos de esa forma, como si hubiesen sido escritos por este nivel de contratantes, desechando, como consecuencia, las lecturas retorcidas, ambivalentes, capciosas, finalmente no jurídicas, que solo estarían en la intención de contratante despojado de la *buena fe*.

Vale decir lo mismo de la interpretación de la conducta a ser seguida durante la ejecución del contrato: esa debe estar orientada al entendimiento de que los procedimientos a que las partes se comprometerán no se destinan a constituir delitos o situaciones no vinculadas directamente a objeto del contrato.

Disertando sobre la máxima buena fe necesaria para las partes en el contrato de reaseguro, CARTER así se posiciona:

*Los contratos de reaseguros, al igual que las demás formas del seguro, han de ajustarse al principio de uberrimae fidei –de máxima buena fe. No basta que las partes se abstengan simplemente de formular declaraciones erróneas, tienen que revelar completamente todos los datos de interés de igual forma que lo harían en los contratos de seguro. Esta obligación recae sobre ambas partes*²⁷.

La comunidad de suerte en que está necesariamente involucrada la operación de seguro y, por consecuencia, de reaseguro, torna aún más relevante el papel de cada parte contratante en virtud de los intereses colectivos (difusos) involucrados. La multi-

25 “Art. 765. El asegurado y el asegurador son obligados a guardar en la conclusión y en la ejecución del contrato la más estricta buena fe y veracidad, tanto a respecto del objeto como de las circunstancias y declaraciones a él concernientes”.

26 ALVIM, PEDRO. *El contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 365.

27 CARTER, R. L. *El reaseguro*. Madrid, 1979, pág. 175 n.g.

plicidad de asegurados y el reflejo de los siniestros ocurridos en la mutualidad acarrear responsabilidades al asegurador, verdadero gestor del fondo mutuo, exigiéndole la aplicación del principio de la buena fe en su expresión máxima ante la celebración y ejecución del contrato de reaseguro.

La confianza entre las partes es principio formador de la buena fe contractual y se asienta en el conjunto de actos fundados en elementos concretos de la verdad real sobre el objeto del negocio. En sede de reaseguro, deben, asegurador y reasegurador, actuar con la más auténtica transparencia con respecto al objeto y de las circunstancias que lo cercan, facilitando el conocimiento de todos los elementos extrínsecos e intrínsecos posibles por el suscriptor de los efectos económicos del riesgo.

Una de las notas del contrato de reaseguro es su escasa escritura, o sea, su ínfimo contenido jurídico en sus cláusulas y condiciones. Justamente por eso el principio de la buena fe se reviste de aplicación superlativa.

Durante el período de ejecución del contrato de reaseguro, sea este simple o estipulado mediante tratado, en cuyo caso deberá tomar en consideración las relaciones individuales de reaseguro establecidas en virtud de la aplicación del mismo, el deber de comunicación del reasegurado se encuentra sancionado específicamente en la obligación común a los contratantes de los principios de probidad y buena fe, como realizado por la norma del artículo 422²⁸ del Código Civil. Eso se explica con mayor relevancia en la fase de cumplimiento del contrato, porque la buena fe exige la concreta realización de la regulación del interés perseguido por las partes.

No basta al reasegurado abstenerse de efectuar manifestaciones equivocadas, pues tiene el deber de declarar cualquier hecho significativo y de importancia para el reasegurador, atinente a los contratos de seguro objeto de reaseguro.

Las consecuencias de un posible incumplimiento del deber de comunicación de la alteración del riesgo reasegurado, durante la ejecución del contrato de reaseguro, deberán estar dispuestas en la disciplina convencional, representada por las cláusulas contractuales, para la aplicación concreta del mencionado deber de comunicación y de la sanción correspondiente por la ausencia de buena fe.

Si fuere de aplicación prácticamente automática del reaseguro la ausencia de informaciones sobre el riesgo reasegurado, lo mismo ya no se puede decir en la fase de su cumplimiento, sobre eventuales agravamientos. En esos casos, las consecuencias previstas en el artículo 766²⁹ del Código Civil no se adaptan, en prin-

28 “Art. 422. Los contratantes son obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”.

29 “Art. 766. Si el asegurado, por sí o por su representante, hiciere declaraciones inexactas u omitiere circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta o en el

cipio, al funcionamiento de los contratos de reaseguro, pues la agravación del riesgo reasegurado tiene escasa importancia en los mismos.

Por otro lado, los contratos de reaseguro contemplan frecuentemente cláusulas cuyo fundamento no puede ser otro sino la presunción de que el elemento confianza es esencial, tal como lo prueba el principio de la comunidad de suerte, así como aquellos en los cuales se prevé que los eventuales olvidos, errores y omisiones eventualmente cometidos por la reasegurada nunca perjudicarán a ninguna de las partes. Ambas cláusulas son manifestaciones concretas del imperio del principio de la máxima buena fe en los contratos de reaseguro.

6.1 Conclusión del reaseguro y buena fe

En la fase precontractual, en la cual se concluye el contrato de reaseguro, la buena fe exige comunicar con lealtad, exactitud y diligencia todas aquellas circunstancias de necesario conocimiento del reasegurador para decidir si procede o no la contratación del reaseguro o de las condiciones del mismo, muchas de cuyas circunstancias específicas son de conocimiento exclusivo del reasegurado.

En la relación entre asegurador y asegurado, el deber de veracidad y buena fe en la comunicación precontractual viene determinado por el artículo 765³⁰ de nuestro diploma civil codificado. Es cierto que, en lo referente al contrato de reaseguro, el legislador brasileño nada insertó sobre el asunto, prefiriendo hacerlo a través del deber general de buena fe contractual, establecido en el precepto del artículo 422, en todas las fases de la relación contractual.

Tratando de posibilidades de ausencia específica de hechos reales o circunstancias claras sobre el riesgo, capaces de influir en la aceptación de la propuesta o aún en la cuantificación de la contrapartida del asegurado (prima), se preocupó el legislador civil en establecer sanción específica, como aquella de la pérdida del derecho a la garantía, además de quedar el asegurado obligado al pago de la prima ya exigible.

El reasegurador, en el análisis del riesgo propuesto, necesita de idénticas informaciones, a pesar de pasadas por la reasegurada, además de otros detalles, como la cartera global de riesgos a reasegurar en contratos de reaseguro automático (en los cuales todos los riesgos de determinado ramo de seguro son automáticamente reasegurados), y de la situación económica de la reasegurada, en cualquier circunstancia, pues el riesgo del reaseguro es, fundamentalmente, la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación por el reasegurado.

porcentaje de la prima, perderá el derecho a la garantía, además de quedar obligado a la prima vencida”.

30 “Art. 765. El asegurado y el asegurador son obligados a guardar en la conclusión y en la ejecución del contrato la más estricta buena fe y veracidad, tanto a respecto del objeto como de las circunstancias y declaraciones a él concernientes”.

Por eso es cierto afirmar que las consecuencias previstas en el mencionado precepto son plenamente aplicables a los contratos de reaseguro, siempre y cuando no sea en ellos establecida otra medida. Es necesario también realzar la exoneración de tal deber, contemplado en los supuestos en que al asegurado no se le impone cuestionario alguno o, cuando se le someta, sus objetivos no estén comprendidos en las circunstancias que puedan influir en la valorización del riesgo.

Al asegurador interesado en reasegurarse no es necesario cuestionar concretamente por determinadas circunstancias para valorar la relevancia de las mismas, de forma a revelar todos los aspectos del riesgo. En este sentido, nos encontramos ante un verdadero *deber de declaración* del riesgo, y no ante un *deber de respuesta*, tal y como ocurre en la contratación de seguros directos.

6.2 La buena fe en la ejecución del reaseguro

En el transcurso de la fase de ejecución del contrato de reaseguro el concepto de buena fe está fuertemente vinculado al de *abuso de derecho*. Hay conexión interna entre buena fe y ejercicio regular del derecho, porque aquella exige la concreta realización de la regulación de intereses perseguidos por las partes, mientras la ejecución debe ajustarse a la finalidad del orden social deseado en el propio contrato.

La buena fe prohíbe el regreso de las partes contra los propios actos, prohibición que se explica por el deber de actuar de forma coherente con su manifestación de voluntad, por ocasión de la celebración del contrato. Las partes deben sujetarse a los efectos del contrato y, en buena medida, su condición de irrevocable. En otras palabras, no puede el reasegurador o la reasegurada obligarse de una forma (promesa) y realizar otra diferente (exteriorización concreta de la ausencia de buena fe).

En la ejecución del contrato, la buena fe puede ser caracterizada como criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: compromiso de poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria tratada; compromiso de satisfacer integralmente el interés de la parte acreedora de la prestación, en el caso del contrato de reaseguro, del propio reasegurado.

En esa fase del contrato, la buena fe apunta la manera como debe actuar el contratante, siempre orientado hacia la consecución de su prestación contractual, de los objetivos trazados por ambas partes en el acuerdo negociado. No se debe hacer aquello que, directa o indirectamente, pueda dificultar o impedir el alcance del resultado pretendido, de tal forma que los contratantes deben realizar todos los actos necesarios para alcanzar el resultado deseado por ambos, aún habiendo sido ese comportamiento expresamente previsto, en la medida en que no sea completamente extraña al objeto del contrato o agravada la obligación del deudor de forma exagerada.

Vista bajo el ángulo negativo, la buena fe en la ejecución del contrato impide al contratante actuar de forma a colocar en peligro el objetivo contractual, o incluso dificultándolo. En ese contexto, no sería admisible, por ejemplo, la cesión total de la responsabilidad de un reasegurador para otro sin el previo aviso y consecuente autorización del reasegurado.

Los deberes nacidos de la buena fe en la etapa de la ejecución, especialmente la probidad necesaria que preside el comportamiento de las partes, permitirán decidir si el interés de acreedor se encuentra o no satisfecho con el cumplimiento parcial del deudor o si la mora realmente frustra el interés serio del otro contratante. Apenas en ese último caso se puede considerar haber habido incumplimiento total.

En materia contractual, el nuevo Código Civil no eliminó la máxima *pacta sunt servanda*, por el contrario, continúa a prevalecer con toda su fuerza racionalmente necesaria. Luego, el deudor (reasegurado o reasegurador) debe necesariamente cumplir su obligación.

La buena fe impide al acreedor de actuar más allá de lo consentido por la equidad y esta considera básicamente las circunstancias del caso, y las particularidades de la persona, tiempo, lugar y modalidades del negocio. La buena fe aparece como remedio frente a la pretensión que haya perdido equidad o sentido de justicia.

Aún en la hipótesis de incumplimiento del contrato, la buena fe tiene papel fundamental, donde el contratante, frustrado en el derecho originado del contrato, no debe seguir atado a una situación contractual capaz apenas de llevarlo a incrementar sus pérdidas. El deber de corrección, en la etapa del incumplimiento, impone el deber de evitar el aumento de los daños para el deudor, de limitar, en la medida de lo posible, los daños cuya reparación deberá soportar aquel responsable por el incumplimiento del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVIM, PEDRO (1999), *El contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense.
2. CARBONNIER, J. (1992), *Flexibe droit*, 7ª ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
3. CARTER, R. L. (1979), *El Reaseguro*. Madrid. Mapre.
4. CASTANHEIRA NEVES, ANTONIO (1983), *El papel del jurista en nuestro tiempo*, Coimbra.
5. CASTANHEIRA NEVES, ANTONIO (1976), *La revolución y el derecho*, Lisboa.
6. Cfr. MATUTE, BLANCA ROMERO, ob. cit., t. I, 247-248.
7. GIOVANNI B. FERRI (1970), *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del diritto*, Milão.
8. LOUREIRO, LUIZ GUILHERME (2002), *Teoría general de los contratos en el nuevo Código Civil*. São Paulo, Ed. Método.
9. RIPOLL, J. La UNCTAD y los seguros. *Journal of World Trade Law*. vol. 8, nº 1.
10. RIZZARDO, ARNALDO (2003), *Parte general del Código Civil*. 2ª. ed. Río de Janeiro: Forense.