

El reaseguro en la nueva ley del contrato de seguros venezolana

Las posibles consecuencias de la excepción que introduce la legislación venezolana, en cuanto al carácter autónomo del reaseguro

EMILIO LUIS BERRIZBEITIA ARISTEGUIETA*

SUMARIO

Fecha de recepción: 29 de agosto de 2006

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Naturaleza jurídica
4. Efectos del contrato de reaseguro
 - 4.a. Principio de autonomía entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro. Comentarios al artículo 124 de la Ley
 - 4.b. Principio de comunidad de la suerte. Comentarios al artículo 125 de la Ley

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en derecho procesal y en seguro de responsabilidad civil. Miembro de la junta directiva de AVEDESE – AIDA.

- 4.b.1. Excepciones: cláusulas de excepción
- 4.b.2. Posibles consecuencias de estas excepciones: de la cita en garantía o saneamiento. Tipos. Características. Posiciones respecto del seguro y el reaseguro. Jurisprudencia venezolana
- 5. Medios de prueba del contrato de reaseguro. Comentarios al artículo 126 de la Ley
- 6. Consecuencias para el reaseguro de las provisiones sobre liquidación administrativa de las empresas de seguro. Comentarios a los artículos 127 y 128 de la Ley
- 7. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, la actual tendencia con respecto a la legislación sobre reaseguro es a la incorporación de normas marco que regulan de un modo básico la institución, así como algunos de sus efectos. En este sentido, se aleja esta tendencia de la situación que aún se mantiene, en general, en Europa, en donde el carácter internacional del reaseguro impuso, en respeto de esa realidad, que originariamente las legislaciones remitiesen al derecho común para la regulación del reaseguro, con lo que se respeta asimismo y sobre todo la voluntad de las partes contratantes,

El decreto con fuerza de ley del contrato de seguros¹ dictado en Venezuela en el año 2001, omitiendo en su denominación al reaseguro², contiene sin embargo un capítulo conformado por cinco disposiciones que regulan la materia. Se pone pues al día nuestra legislación en cuanto a la tendencia de la región, manteniendo a la vez, como principio general, la remisión al derecho común para su regulación.

La junta directiva de AVEDESE-AIDA, en su propósito de ir elaborando una compilación de comentarios a la nueva Ley del Contrato de Seguros, nos encomendó el análisis de la materia relativa al reaseguro, lo cual acometemos gustosamente, aunque advirtiendo que la costumbre y prácticas mercantiles internacionales pesan mucho en la definición, interpretación, límites y regulaciones del contrato de reaseguro. Esta realidad es clara manifestación de su carácter original y predominantemente internacional, y lo aconsejable, en materia legislativa nacional, es respetarla, ya que de lo contrario sencillamente se limitan y dificultan los negocios de reaseguro para las compañías del país. Sentimos que la legislación venezolana, aunque tardíamente, logró un adecuado equilibrio en sus

1 Publicado en *Gaceta Oficial* n° 5.553, en fecha 12 de noviembre de 2001.

2 En la mayoría de las legislaciones se ha preferido adoptar la denominación Ley del Contrato de Seguro y Reaseguro.

disposiciones e incluso introdujo, como veremos, una importante innovación en reconocimiento de las actuales tendencias del mercado, especialmente el facultativo.

En este trabajo, después de revisar los antecedentes de tales regulaciones y aludir en breve mención a la discusión de la naturaleza jurídica del reaseguro y su influencia en el tema bajo análisis, se pretende destacar los principios de la institución del reaseguro recogidos en la nueva legislación y hacer una exposición de las normas, siguiendo una metodología exegética. Sin embargo, al toparnos con lo que consideramos una significativa diferencia respecto a la legislación comparada, consistente en la apertura de una clara entrada legal, aunque por vía excepcional, a la posibilidad de crear relaciones directas entre el asegurado directo y el reasegurador, nos orientamos, igualmente, a analizar posibles consecuencias prácticas y procesales de esa excepción. En concreto, la influencia de las llamadas cláusulas que establecen una conexión negocial entre seguro y reaseguro (cláusulas de cooperación o control y otras), calificadas, principalmente por la doctrina colombiana³, como una distorsión funcional del reaseguro tradicional. Ello nos llevó al estudio en particular de la factibilidad procesal de que, en determinadas circunstancias que describimos, se pueda dar paso en Venezuela a una cita o llamada en garantía a los reaseguradores o incluso a una acción directa, posibilidades hasta ahora restringidas, cuando no claramente descartadas, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Deseamos con este análisis propiciar un debate, seguramente polémico en nuestro medio, pues tras su realización se nos hizo evidente que, en efecto, tales posibilidades distorsionan, incluso procesalmente, la tradicional independencia y autonomía del contrato de reaseguro respecto de la relación directa, compañía de seguros–asegurado, y marcan un cambio factible en la tendencia de los tribunales venezolanos, la cual podría influir en otras latitudes.

2. ANTECEDENTES. EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO

El centenario Código de Comercio⁴ venezolano regulaba el reaseguro en un único artículo, el 553, que con una combinación de definición y prohibición decía así:

3 JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, *Distorsión del reaseguro tradicional. Su problemática actual*, colección Ensayos 7, Bogotá, 1999. Obra clave en este punto, que analiza prolija y determinantemente los efectos de estas cláusulas, y a la cual haremos frecuente mención.

4 Con la entrada en vigencia de la Ley del Contrato de Seguros, quedaron derogadas, expresamente, las disposiciones contenidas entre los artículos 548 y 611 del Código de Comercio, ambos inclusive, los cuales regulaban la materia relativa al seguro en general.

“El asegurador puede asegurar las cosas que él hubiere asegurado; y el asegurado puede asegurar el costo del seguro y el riesgo de insolvencia del asegurador, pero ellos no pueden celebrar entre sí un reaseguro”.

Obviamente una regulación vetusta que, pese a ello, daba marco legal al reaseguro.

Gracias al exhaustivo trabajo de MARÍA AUXILIADORA PISANI⁵, integrante de la Comisión de Reforma del Código de Comercio hacia finales de la década de los ochenta, sabemos que esa comisión se dedicó, entre otras tareas, a la preparación de un proyecto de ley sobre los contratos de seguro y reaseguro y que el mismo contenía seis normas —desde el artículo 87 hasta el artículo 92— relativas a la institución reaseguradora, en las cuales se pautaron las reglas aplicables a los contratos de reaseguros, su eficacia, medios de prueba, quiebra del reasegurador, compensación entre créditos y débitos, y privilegios para las empresas de reaseguro.

Sin duda ese trabajo fue la fuente, en materia de reaseguro, de la normativa recogida en la vigente Ley del Contrato de Seguros. Algunos de los artículos actuales se redactaron en forma idéntica a aquellos de las normas incluidas en el proyecto de ley sobre los contratos de seguro y reaseguro. Reconforta saber que no todo esfuerzo legislativo anterior es desechado. En el presente estudio, al analizar los artículos de la Ley del Contrato de Seguros, haremos mención de las normas relativas al reaseguro contempladas en el mencionado proyecto.

3. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL REASEGURO. POSICIÓN DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGUROS AL RESPECTO

Tal vez lo primero que haya que destacar es que la normativa sobre reaseguro contenida en la nueva ley, no proporciona ningún concepto acerca de esa institución. No se pronuncia sobre su naturaleza jurídica y nada contempla en cuanto a la definición, naturaleza y elementos del reaseguro, limitándose a señalar la legislación aplicable, describir algunos de sus efectos, los medios de prueba de los contratos de reaseguro y aspectos relacionados con la liquidación de las empresas de seguro. Como es de suponer, las normas vigentes que regulan el reaseguro en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁶ y su reglamento general⁷, sólo hacen referencia a la promoción, operación

5 PISANI, MARÍA AUXILIADORA, *Contratos de seguros y reaseguros. Observaciones al proyecto de ley*, Publicaciones Conjunta, Caracas, 1990.

6 Publicada en la *Gaceta Oficial* n° 4.882, en fecha 23 de diciembre de 2004, reimpressa por error material en la *Gaceta Oficial* extraordinaria n° 4.865, el 8 de marzo de 1995.

7 Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.339 extraordinario de fecha 27 de abril de 1999.

y funcionamiento de las empresas dedicadas al reaseguro (trámites administrativos de inscripción y requisitos de constitución y funcionamiento). La Superintendencia de Seguros ejerce determinados controles sobre las empresas reaseguradoras, en lo tocante a las obligaciones de registro, control contable de operaciones, entre otras, es decir regulaciones de su actividad.

Para introducir el problema queremos suministrar una definición —ya clásica— proporcionada por nuestro recordado profesor, HUGO MÁRMOL MARQUÍ⁸, cuando afirma:

“El reaseguro, como contrato *sui generis* y con existencia propia puede ser definido como un convenio por el cual una parte llamada reasegurado se obliga, contra el pago de un valor determinado, a reponer a un asegurador total o parcialmente, el monto de las prestaciones que deba cancelar a beneficiarios de contratos de siniestros cubiertos...”.

En efecto, esa definición introduce la problemática que gira en torno a este tema, rechazados los antiguos intentos de enmarcarlo dentro de otras figuras jurídicas (mandato, sociedad, cuentas en participación...). Lo de contrato *sui generis* hoy poco se discute, mientras que el debate continúa alrededor de la consideración de si se trata de un “seguro de seguros” o si se trata de una particular cesión o transferencia de riesgos. ALBERTO BAUMEISTER⁹, presidente de AVEDESE-AIDA, en su trabajo *Algunas consideraciones de carácter jurídico sobre los reaseguradores financieros en Venezuela*, resumió de forma muy didáctica el tema de la naturaleza jurídica del reaseguro. Discurriendo sobre el tema antes de la entrada en vigencia de la Ley del Contrato, planteó que la intención del legislador fue la de darle al reaseguro tratamiento de modalidad particular del seguro, y así pareciera desprenderse de la forma —no precisa— como reguló dicha actividad, de la aplicación común que ordena hacer de ciertos principios y de la circunstancia de que el control se ciñe fundamentalmente a evitar cúmulo de riesgos en uno u otro de los tipos de modalidad contractual (seguro y reaseguros) y a vigilar la solidez económica de las cesionarias. Pueden considerarse totalmente vigentes estos comentarios hoy.

Al analizar la ley española, BAUMEISTER¹⁰ observa que en dicha legislación

“el reaseguro es un “seguro” que se superpone a otro u otros seguros, mediante el cual la cedente protege su patrimonio del daño que supone el nacimiento de una deuda como consecuencia de tener que indemnizar siniestros producidos en riesgos por ella asegurados”.

El nacimiento de esa deuda en el patrimonio de la cedente constituye el riesgo que asume el reasegurador, mientras que los seguros concertados por el asegurador

8 MÁRMOL MARQUÍ, HUGO, *Fundamentos del seguro terrestre*, 5ª edición, Liber, Caracas, 2001, pág. 428.

9 AVEDESE, *Estudios sobre derecho de seguros*, Texto, Caracas, 2003.

10 Ob.cit., pág. 155.

reasegurado cedente son simples presupuestos necesarios para que proceda la cobertura del reaseguro, manteniendo éste plena autonomía con respecto a aquél pues se trata de un seguro de seguros que nunca modifica lo ya convenido entre el asegurador primitivo y el asegurado.

En contrapartida, si el contrato de reaseguro es de naturaleza diferente a la del contrato de seguros, consistente en una transferencia o cesión de riesgos ya determinados por la compañía de seguros, el objeto del contrato para el reasegurador se limitaría a una parte de las indemnizaciones que en definitiva asuma la compañía cedente, parte por determinar en el futuro.

Este debate no es tan teórico como parece: distintas interpretaciones pueden llevarnos a la adopción de distintas posiciones. Es un tema que ha desarrollado muy bien la doctrina brasilera que considera que en el seguro debe hablarse de una "obligación de garantía", un tercer género al lado de las obligaciones de medio y de las obligaciones de resultado. En palabras de ERNESTO TZIRULNIK:

"al ser de garantía la obligación a cargo del asegurador implica la naturaleza conmutativa del contrato: desde el establecimiento del vínculo, contra el pago de la prima por el asegurado, el asegurador inmediatamente, pasa a deberle y, de seguidas, a prestarle dicha garantía"¹¹.

El mismo autor afirma que este concepto está siendo acogido en la doctrina española, portuguesa e italiana y que la definición del seguro, en el artículo 757 del Código Civil brasilero de 2002, descartó esa discusión ya que indicó que el seguro "garantiza intereses legítimos del asegurado". Ese carácter conmutativo del contrato lo define el maestro MELICH ORSINI¹² con la siguiente característica:

"cuando la ventaja que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquélla, pueden ser determinados por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato".

Sea cual fuere la opinión sobre este enfoque de la doctrina brasilera¹³, lo cierto es que de ser el reaseguro una "especie" de seguro, la determinación de su objeto contractual (seguridad de que ante el nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado, el reasegurador indemnizará) se produce en el momento de la celebración del contrato.

Obsérvese en consecuencia las diferencias, a los efectos de nuestro estudio, que pueden resultar de las distintas posiciones: si el reaseguro (como el seguro) se define en

11 *Estudios de Direito do Seguro*, Max Limonad, São Paulo, 1999, pág. 45.

12 *Doctrina general del contrato*, Jurídica Venezolana, 3ª edición, Caracas, 1997, pág. 57.

13 Consultar al respecto el reciente trabajo DE TOLEDO PIZA, PAULO LUIZ, *Contrato de resseguro*, ediciones del IBDS, São Paulo, 2002, págs. 143-158.

la celebración del contrato de reaseguro, ya que la contrapartida entre la prestación principal del reasegurado (pagar la prima) y la prestación de seguridad del reasegurador se determinan desde un principio, ello tendrá influencia decisiva para hablar de una eventual conexión con el asegurado, propósito de este trabajo. En cambio si la prestación del reasegurador es determinada en función de las prestaciones indemnizatorias, futuras y condicionadas, las cuales sólo serían definidas con posterioridad, en el momento de los siniestros, ese vínculo comercial no podría establecerse por esa característica.

No podemos dejar de destacar la relevancia de esta terminología “obligación de garantía”, a los efectos de acometer el estudio de la cita en garantía señalado en la introducción.

4. EFECTOS DEL CONTRATO DE REASEGURO

Hecha esta aclaratoria sobre la ausencia de pronunciamiento en la ley en cuanto a la naturaleza jurídica del reaseguro, pasemos a revisar lo que sí señalan los artículos contenidos en la Ley del Contrato de Seguros. Como se ha expuesto, ellos versan más sobre los eventuales efectos de la institución del reaseguro que sobre su conceptualización. Sin embargo consagran los considerados como principios reguladores del reaseguro:

4.a. Principio de autonomía entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguro. Comentarios al artículo 124 de la Ley del Contrato de Seguros

El artículo 124 de la Ley del Contrato de Seguros señala el régimen legal aplicable al contrato de reaseguro:

“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”.

Tal dispositivo se redactó de forma casi idéntica al artículo 87 del Proyecto de Ley sobre los Contratos de Seguro y Reaseguro¹⁴, cuya fuente probable, según MARÍA AUXILIADORA PISANI¹⁵, se halla en la legislación suiza (artículo 101), y acoge el principio según el cual los contratos celebrados entre aseguradores y reaseguradores se rigen por el derecho común, y por consiguiente no están sometidos al régimen legal sobre el contrato de seguro.

14 El cual disponía “Los contratos celebrados entre aseguradores y reaseguradores se rigen por el derecho común y no están sometidos a las disposiciones sobre contrato de seguro”.

15 Ob. cit. pág. 322.

Podría decirse que se introduce así el principio —clásico— de independencia (*autonomía jurídica*) entre el contrato de reaseguro y el de seguro, dado que ni siquiera los rige la misma normativa. Al reaseguro se le concibe como un negocio jurídico autónomo respecto del seguro ya que, además de subsistir perfectamente sin él, sus elementos revisten definida sustantividad. Explicando este punto, CARLOS IGNACIO JARAMILLO¹⁶ resalta que el seguro, a diferencia del reaseguro, no requiere de otro contrato para poder subsistir u operar, habida cuenta de que puede irrumpir a la vida jurídica sin conexión con otro negocio o convención. Plantea que desde esta perspectiva se le cataloga como contrato principal. Sin embargo sostiene que no existe conexidad contractual y que no estamos ante la categoría de negocios jurídicos enlazados, debido a que el sustrato de los elementos esenciales del seguro y del reaseguro no son iguales, pues, independientemente de que coincidan en su denominación, difieren en su contenido específico, a saber: configuración en el riesgo y en los elementos personales.

En cuanto a la diferencia entre ambos negocios jurídicos *desde el punto de vista del riesgo*, MANUEL BROSETA PONT, citado por BAUMEISTER¹⁷, subraya que el riesgo reasegurado es la posibilidad de que ocurra una disminución en el patrimonio del asegurador reasegurado. También plantea que debe centrarse su concepto en la consecuencia dañosa o perjudicial (para la cedente) y no exclusivamente en la posibilidad de que se produzca el suceso, ya que no debe confundirse el riesgo con el evento. JARAMILLO explica que el riesgo es distinto en ambos contratos: en el seguro lo determina el carácter futuro e incierto del hecho (siniestro); mientras que en el reaseguro es la posibilidad de afectación del patrimonio del asegurador por el surgimiento potencial de una deuda que grave su patrimonio, con prescindencia del hecho físico en sí mismo considerado.

En cuanto a los *elementos personales*, y aunque parezca evidente, debe destacarse que en el contrato de seguro las partes contratantes son el asegurador y el tomador o contratante; y en el contrato de reaseguro, lo son el asegurador directo y el reasegurador. En cuanto al *contenido específico* y su *configuración*, BROSETA PONT¹⁸ plantea que, "efectivamente, aunque a primera vista parezca lo contrario porque el contrato de reaseguros exige uno de seguros previo que genere el riesgo en el patrimonio del asegurador, y... porque ciertas vicisitudes de la vida del seguro originario influyen directamente en la del reaseguro, *es bien cierto que entre los dos contratos existe una propia autonomía jurídica*. Los dos contratos son autónomos entre sí por su nacimiento y por sus elementos esenciales. (*Omissis*)... , la relación entre ambos contratos no destruye su autonomía".

16 Ob. cit. págs. 93-94.

17 Ob. cit. pág. 159.

18 BROSETA PONT, MANUEL, *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, pág. 19.

Este principio, como veremos, es reforzado en el siguiente artículo de la ley que comentamos. Mas, es de advertir que ciertas modalidades o prácticas del mercado lo han matizado.

4.b. Principio de comunidad de la suerte. Comentarios al artículo 125 de la ley

Precisa el artículo 125 de la Ley del Contrato de Seguros:

“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”.

Aunque contiene elementos del artículo 88 del Proyecto de Ley sobre los Contratos de Seguro y Reaseguro, cuya fuente probable, según la ya citada MARÍA AUXILIADORA PISANI, se halla en la legislación italiana (artículo 1929), tal dispositivo introduce, a diferencia del proyecto, la clara posibilidad de que el contrato de seguro establezca excepciones al principio de la autonomía de las relaciones entre los contratos de seguros y de reaseguros, principio que, sin embargo, queda ratificado como criterio general en esta disposición al afirmarse que sólo crea relaciones entre las empresas de seguros y las de reaseguros. El referido proyecto contempló lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 92 (liquidación administrativa), el contrato de reaseguro sólo crea relaciones entre el asegurador y el reasegurador, pero éste sigue la suerte del primero en el riesgo que le hubiese sido concedido”.

Puede observarse con claridad cómo la disposición no contenía la excepción que vino incluida se incluyó en el texto legal en el antes transcrito artículo 125 de la Ley del Contrato de Seguros.

Ese artículo consagra, además, el *principio de la comunidad de la suerte*, según el cual el reasegurador está obligado a seguir la suerte técnico-jurídica del asegurador (comunidad de destinos o de intereses) con sujeción a los términos y condiciones iniciales que gobiernan la relación contractual del seguro, o sea, la póliza de seguro.

Para JARAMILLO¹⁹, “las reglas de marcada tradición doctrinaria, jurisprudencial y hasta de stirpe legislativa”, como este artículo 125 que estamos analizando, hacen que el reasegurador “esté obligado a seguir la suerte *técnico-jurídica* del asegurador (comunidad de destinos o de intereses... *omissis*...) con sujeción a los términos y condiciones iniciales

19 Ob. cit. pág. 75.

que gobiernan la relación contractual del seguro, o sea, el acuerdo celebrado conjuntamente entre el tomador y el asegurador directo, cedente o reasegurado...”.

En efecto, el contrato de seguros con todas sus condiciones y estipulaciones, bien de origen legal o convencional, es el marco de referencia del contrato de reaseguro: antecedente, presupuesto causal, determinante de su contenido, son términos usuales en la doctrina. Esta nítida dependencia “jurídico-funcional” no implica, sin embargo, la pérdida de la autonomía entre los dos contratos. La aparente dicotomía se resuelve al precisar que dicha “comunidad” se concreta en la esfera llamada —comúnmente— técnica de seguros, como ejemplos de la cual podemos señalar: política de tarifas, redacción de las pólizas con sus definiciones de riesgos, atención de los siniestros, pago de indemnizaciones, etc...

Las consecuencias de la comunidad de la suerte son claras: arrastran al reasegurador por efecto de la señalada dependencia, con una genérica eximente en casos de mala fe. La autonomía se manifiesta, como vimos en el punto anterior y a pesar de tal dependencia, en que sin duda son dos contratos diferentes, incluso regulados legalmente de forma diferente. Esta misma circunstancia, paradójicamente, ha permitido la implantación de condiciones diferenciales que constituyen severas limitaciones a ambos principios, precisamente mediante la introducción de las que llamaremos cláusulas de excepción y que pasamos a analizar de seguidas.

4.b.1. Excepciones.

No caben dudas de que cuando el legislador incluyó la expresión “*A menos que se prevea expresamente en el contrato de seguro...*”, abrió la posibilidad de que el contrato de reaseguro haga nacer una relación directa con el asegurado. Es peculiar la intencionada inclusión de tal excepción en el texto legal, aunque no hemos hallado su antecedente preciso, las informaciones recabadas sugieren un reconocimiento de las prácticas del mercado.

Sólo para poner un ejemplo, de la diferencia que esto implica en la legislación comparada, traemos a colación el artículo 1135 del Código de Comercio colombiano:

“El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél”.

Es una tendencia que nos atrevemos a considerar como predominante en la legislación comparada.

En el trabajo del jurista colombiano CARLOS IGNACIO JARAMILLO sobre la distorsión del reaseguro tradicional que hemos venido comentando, uno de los aportes más claros

puede resumirse en la observación de que a pesar de la incomunicación originaria que se deriva de la autonomía entre el contrato de seguros y el 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 las cuales se admite, en distintos grados de intensidad, una especie de conexión entre un contrato de seguro y un contrato de reaseguro. En palabras suyas:

“Tales estipulaciones —o cláusulas— de origen contractual —por oposición a las dictadas por el legislador (*ex lege*)— “...(*omissis*) ...” buscan conferirle al reasegurador, amplios y definidos poderes en relación con los que tenía en el pasado”²⁰.

En relación con tales aseveraciones decidimos indagar sobre lo que consideramos una posible consecuencia procesal de esa “conexión negocial”: la posibilidad de la *cita en garantía* y de la acción directa entre asegurado y reasegurador. Al respecto pensamos que el legislador venezolano, en el artículo que ahora comentamos, reconoce estas realidades y prácticas comerciales y abre una vía en tal sentido, al aceptar, por vía de excepción, la posibilidad de que un contrato de reaseguros haga nacer relaciones directas entre la compañía reaseguradora y el asegurado. Repasemos, en primer lugar y de forma esquemática, siguiendo en esto el estudio de JARAMILLO al cual no vacilamos en remitir, cuáles son estas cláusulas de excepción.

Cláusulas de excepción

- a) *Cláusulas de cooperación y de control*: tomando en cuenta su contenido, estas estipulaciones se pueden subagrupar en tres tipos, a saber:
 - a.1) *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.

20 Ob.Cit. p.108

- a.2) *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.
- a.3) *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. Su presencia en la póliza de seguros resulta determinante, como veremos posteriormente.
- b) *Cláusulas de pago simultáneo*: en virtud de estas cláusulas, el asegurador directo 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 seguros.
- c) *Cláusulas relativas a la insolvencia del asegurador*: frente a la insolvencia o dificultades financieras del asegurador, se le permite al asegurado dirigirse directamente al reasegurador sin necesidad de accionar contra el asegurador-reasegurado. También se incluyen en las pólizas de seguros.
- d) *Cláusulas Cut Through*: ni más ni menos que la consagración del ejercicio de la acción directa por parte del beneficiario del seguro originario, para reclamarle al reasegurador la prestación asegurada.
- e) Cláusulas que establecen la prevalencia absoluta de los términos o condiciones del reaseguro frente al clausulado del contrato de seguros: la interpretación y alcance de la responsabilidad del reasegurado (compañía de seguros). Se conforma así una verdadera sustitución fáctica de la póliza de seguros.

Posibles consecuencias de estas excepciones.

De la cita en garantía o saneamiento. Tipos. Características. Posiciones respecto al seguro y al reaseguro. Jurisprudencia

Nos proponemos de seguidas determinar si la “conexión comercial” ¿no será acaso la conexión necesaria y suficiente para que pueda darse el instituto procesal de la cita en garantía? Recordemos que las cláusulas que establecen tal conexión son las que involucran al seguro directo con el reaseguro y que en numerosos casos, como hemos visto, están incorporadas al texto de la póliza de seguro.

Para ello seguiremos la doctrina más autorizada sobre cita en garantía en nuestra legislación, formulada por el maestro LUIS LORETO²¹, quien a pesar de haber escrito con anterioridad al Código de Procedimiento Civil vigente desde 1987, sigue siendo referencia obligatoria en este punto. LORETO define la institución general como:

“las circunstancias en las cuales los litigantes, dentro de una relación judicial, están interesados en extender a terceros los efectos de la sentencia que deba pronunciarse y aun hacer valer acciones y defensas que se hallan estrechamente vinculadas, *por razones de conexión o prejudicialidad*, con la relación jurídica o pretensión material que se debate”.

Ese vasto y complejo fenómeno de intervención se designa en la doctrina con el nombre genérico y expresivo de tercería y permite la admisión en la causa o en el juicio a otras personas (terceros) distintas de aquéllas entre las cuales se originó el proceso, en virtud de que los terceros pueden sufrir los efectos reflejos o indirectos de la sentencia.

El fundamento de esta categoría se halla en la técnica y la política procesal que así evita la apertura de un nuevo proceso y la posibilidad de sentencias contradictorias²².

Nuestro estudio se enfocará en la llamada *intervención forzada* que se define como la llamada a un tercero a la causa, por voluntad de una de las partes, por ser común al tercero la causa pendiente, o bien porque la parte pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero. Este último está regulado en el ordinal 5° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil que establece el recurso a utilizar cuando los terceros sean llamados a la causa:

“Cuando una de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa...”.

La intervención forzada es siempre accesoria y se propone traer o llamar al debate judicial una persona extraña al proceso para incorporarla de manera más o menos intensa al mismo, en vista de las peculiares relaciones de naturaleza sustantiva que tienen las partes o una de ellas con el tercero, originadas de comunidad o conexión de títulos sobre los cuales se debaten en el juicio. Esta modalidad de intervención surge siempre en nuestro derecho a instancia de parte, jamás de oficio, como se admite en algunos sistemas, bien que la orden de citación de tercero deba emanar siempre del tribunal en fuerza del principio de citación mediata que se acoge.

21 LORETO LUIS, *Ensayos jurídicos*, Fabreton-Esca, Caracas, 1987, pág. 491 y sig.

22 RENGEL-ROMBERG, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, t. III, Teoría general del proceso, Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2001, pág. 199.

23 Ob. cit. pág. 495.

En palabras, sin desperdicio, de LUIS LORETO²³:

“La *cita de saneamiento y de garantía* 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 garantidos 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 realización 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 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, tiene 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, insertando en el juicio principal una nueva causa de la cual serán partes 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, impropia y accesorio, *a fin de que se tramiten en un simultaneus processus y decidan en una misma sentencia*” (bastardilla fuera de texto).

La palabra garantía tiene en el lenguaje jurídico las más variadas acepciones. Ya hemos visto cómo el seguro y el reaseguro, comienzan a percibirse como obligaciones de garantía. Pero la noción de garantía que analizamos es especialmente técnica:

“que para el caso de que una persona, llamada garantizada o garantida, tenga que hacer a un tercero una determinada prestación, otra persona llamada garante, debe indemnizarla en fuerza de un vínculo jurídico anterior que a ello la obliga”²⁴.

Para CARNELUTTI²⁵ la demanda en garantía presupone una relación de garantía que es aquella en virtud de la cual una persona (garante) está obligada a prestar a otra (garantido) el equivalente de cuanto ésta haya dado o perdido por el cumplimiento de una obligación hacia un tercero.

Garantía propia e impropia. Formal y simple

- a) La conexión jurídica de las relaciones existentes entre el tercero y el garantido y entre éste y el garante, permite distinguir la garantía *propia* de la *impropia*. Si la relación que sirve de fundamento tiene estrecha relación con la existente entre el

24 LORETO, LUIS, ob.cit. pág. 497.

25 Citado por LUIS LORETO, ob.cit., pág. 498.

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 separadas, sin vínculo alguno desde el punto de vista jurídico. No existe una conexión objetiva de títulos.

Resulta difícil catalogar aquí al reaseguro: hemos afirmado que son contratos diferentes, autónomos, que en todo caso su conexión es en la esfera técnica. 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. Comenzando por CHIOVENDA²⁶, para quien

“toda persona que en su propio hecho expone a otros a una acción y responde de su vencimiento en la litis, puede ser llamada a responder en la misma litis, puesto que la razón del instituto lo consiente igualmente en todos los casos”.

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.

- b) En función del vínculo que da nacimiento a la obligación de garantía, ésta se distingue en *formal* y *simple*. 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 garante y garantido, ajeno a toda idea de transmisión o atribución, por lo cual se la designa también con el nombre de garantía personal. Nuevamente creemos que en el reaseguro pueden presentarse algunas de estas categorías.

Características relevantes

- a) La pretensión de la parte contra el tercero que interviene es accesoria a la pretensión objeto del proceso principal porque está subordinada a ella y sigue su mismo destino.
- b) La demanda en garantía es propiamente una demanda condicional o eventual, propuesta *in eventum*, esto es, para el caso de que la demanda principal sea

26 CHIOVENDA, *Romanismo e germanismo nel processo civile*, Saggi I, Roma, 1920, pág. 182.

- declarada con lugar y resulte condenado el demandado. Por tanto, la demanda principal es el presupuesto necesario de la demanda en garantía, de tal modo que resultando desechada la principal, la demanda en garantía queda *ipso iure* sin ningún efecto. En consecuencia, es eventual ya que está sometida a la declaratoria con lugar de la acción principal.
- c) La cita al saneamiento o a la garantía se hace valer en nuestro sistema por la *vía incidental*, en el proceso pendiente, pero puede proponerse también por *vía principal*, en proceso separado, caso en el cual la decisión sobre la demanda corresponderá al tribunal donde esté pendiente la causa principal, a la cual se acumulará aquélla para que una sola sentencia comprenda a todos los interesados. Por *vía incidental*, se encuentran reunidos y pendientes ante el mismo juez dos procesos distintos, con pretensiones diferentes, que tienden a obtener dos providencias del juez, no homogéneas, sino dependientes, en cuanto una es presupuesto de la otra que depende de ella.
 - d) La cita puede proponerse por cualquiera de las partes del juicio principal y por los citados por ellas. El acto de citar en saneamiento o en garantía constituye una verdadera demanda dirigida por el garantido contra el garante y debe reunir, en principio, los requisitos mínimos de forma y contenido establecidos en la ley para toda demanda.
 - e) El instituto de la cita en saneamiento o de garantía plantea problemas en relación con la competencia. No hay dificultad cuando los variados títulos que la radican en el tribunal de la causa principal coinciden en todo con aquéllos que la fijan en la subordinada. Sin embargo, cuando los títulos son distintos, existen criterios para solucionar convenientemente el conflicto y conciliar los intereses de las partes con los de la administración de justicia. A veces regirá el principio de la accesoriedad al juicio principal, pero hay numerosas excepciones a ese principio determinadas por las características propias del tipo de competencia.
 - f) La sentencia definitiva debe comprender a todos los interesados, tanto a las partes del juicio principal como a las de las citas de saneamiento o de garantía (artículo 384 Código de Procedimiento Civil). A tal efecto debe tenerse en cuenta la relación de eventualidad en que se hallan las demandas de saneamiento o de garantía con respecto a la demanda principal.

Posición respecto del seguro y el reaseguro

Tradicionalmente este problema no se ha presentado entre el seguro y el reaseguro, precisamente por el descrito carácter autónomo de un negocio jurídico respecto del otro. Han privado las consideraciones sobre la ausencia de conexión entre los títulos, las diferenciaciones de los negocios y de los sujetos intervinientes. El principio de comunidad de la suerte no se extendía, por estos motivos, a la esfera judicial. A pesar de las tendencias que se abren paso, a las cuales nos referimos en el punto de la naturaleza jurídica del

reaseguro, el mismo no ha sido considerado un tipo de garantía, estaba protegido por ser un negocio diferenciado del seguro, regulados por regímenes legales diferentes.

Creemos que dos circunstancias llevan 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, y
- b) la existencia de las cláusulas de excepción que hemos comentado y su inserción en las pólizas de seguro.

Nos inclinamos a pensar que en los casos en el que el contrato de reaseguro facultativo (nota de cobertura o *slip* de reaseguro) se permite la individualización del contrato de seguro, entramos en el terreno de las conexiones entre ambas relaciones jurídicas. Podría argumentarse, sin embargo, que esa conexión no es suficiente, porque no la conoce el asegurado, no ha sido parte del negocio jurídico discutido entre él y su asegurador directo y los negocios jurídicos mantienen las características de autonomía antes descritas. Empero, cuando se introducen las llamadas cláusulas de excepción que de algún modo insertan al reasegurador en el texto de la póliza de seguros directa, ese puente abre, en nuestro concepto, la puerta definitiva tanto para la cita en garantía, dado que establece una clara conexión jurídica en los términos antes expuestos, como para la acción directa, si la redacción de la póliza de seguro así lo establece.

Por el contrario, en los contratos automáticos, donde raramente se individualizan las pólizas de seguro y menos aún se menciona en ellas a los reaseguradores, creemos que esa conexión no se da, a menos que se hagan presentes los elementos señalados.

Es en este sentido que adquiere plena fuerza y vigencia el artículo 125 de la Ley del Contrato de Seguros:

“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...”
(resaltado nuestro).

De la lectura de la norma transcrita se desprende que el legislador previó y reguló la posibilidad de estar frente a un contrato de seguros que, excepcionalmente, genere o haga surgir relaciones entre el asegurado y el reasegurador. Esta posibilidad se corresponde perfectamente con las cláusulas analizadas, incorporadas en las pólizas de seguros, que regulan la inherencia por parte de las reaseguradoras respecto a algunas potestades que en principio son típicas o propias de la empresa de seguros. Aunque asumimos una posición conservadora en lo referente a la necesidad de que las dos situaciones descritas (individualización e incorporación en las pólizas de seguro), se presenten complementariamente, bajo la luz de una estricta interpretación de la ley, advertimos que la sola individualización pudiera considerarse suficiente, tal como lo recoge la jurisprudencia que más adelante describimos.

Sin embargo, como existen matices entre las diferentes cláusulas, analicemos, en cada una de ellas, las posibles consecuencias de esta normativa excepcional.

Cláusulas que establecen un deber de información en torno a las modificaciones que conciernen al seguro originario: como revisado *supra*, su incorporación no siempre se hace presente en las pólizas de seguros. Incluso de no ser así, si sus facultades se limitan a un deber de información, vemos difícil que ello pueda ser considerado suficiente conexión para una cita en garantía.

Cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro: su frecuente incorporación en los contratos de seguros, y el factor del control que practica el reaseguro en un tema tan delicado como el ajuste de pérdidas, hacen pasibles 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 cobertura. Escapa al alcance de este trabajo un pormenorizado estudio sobre el ajuste de pérdidas, su alcance y características. Quede pues, al respecto, la inquietud sobre las modalidades que se practican en los mercados (la tendencia creciente a que los ajustes se pronuncien sobre aspectos jurídicos relacionados con cobertura) y la interpretación que pueda efectuar un tribunal, sobre el carácter y relevancia del ajuste para la determinación de un siniestro, asunto frecuentemente objeto de controversia en el seguro directo.

Cláusulas de pago simultáneo. 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: la claridad de la norma excepcional del referido artículo 125 de la ley, no permite dudas acerca de la validez de estas estipulaciones en nuestro derecho, cuando son incorporadas, como suele ser el caso, en los contratos de seguro. Se consagra en consecuencia, en presencia de estas cláusulas tanto la posibilidad de la *acción directa*, como la de la cita en garantía. De no estar incorporadas en las pólizas, creemos en, aquí sí, la suficiencia de la conexión para que la compañía de seguros (o incluso el asegurado si llega a tener conocimiento de ellas) pueda citar en garantía a sus reaseguradores.

De este modo, lo que se abría paso como tendencia y era discutido doctrinariamente (las posibilidades de la acción directa o de una cita en garantía), hoy tiene expresa aprobación legislativa en Venezuela.

Jurisprudencia venezolana

Curiosamente y a pesar de lo escaso de estas situaciones en nuestros tribunales, una de las pocas jurisprudencias que existe se inclinó a permitir la cita en garantía de la empresa reaseguradora, para que ésta interviniese en el proceso como garante de la compañía aseguradora. Aun cuando en el fallo el sentenciador no entró a discutir el fundamento

jurídico de la cita en garantía, a través de la cual se permitió la cita en garantía en el juicio de la compañía de reaseguro, ni la conexión que existe entre el asegurado y la reaseguradora, en virtud de la inclusión de cláusulas de excepción se declaró con lugar la cita propuesta contra las garantes (reaseguradoras) quienes fueron condenadas de manera solidaria con el garantido (aseguradora) a pagar al demandante (asegurado) el monto de la indemnización previsto en la póliza.

Nos referimos a un caso de Seguros La Federación, C.A., dirimido únicamente en primera instancia por el Juzgado Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas. Los hechos que motivaron este pleito se derivaron de la suscripción por parte del asegurado de un contrato de seguros para cubrir, contra todo riesgo, una embarcación de recreo. Ante la ocurrencia de un siniestro y el rechazo de la compañía de seguros, una vez admitida la demanda contra ella, ésta solicitó del Tribunal que se llamasen a todas las empresas reaseguradoras con quien Seguros La Federación había colocado, de forma individualizada (facultativa), un porcentaje de los riesgos asegurables. El Tribunal de la causa se limitó a motivar la naturaleza jurídica de esta cita, con un párrafo de la obra de LUIS LORETO, estableciendo que la misma:

“...Se trata de una verdadera demanda accesoria, conexas con la principal y así como sería procedente la acumulación de los procesos en que hubieran sido propuestos separadamente la evicción y el saneamiento o la garantía correspondiente, es natural que en la demanda de evicción puedan ser acumuladas todas las acciones que contra los garantes respectivos, pudieran originarse de aquélla...”.

Debe igualmente destacarse que en el curso del mencionado juicio, la empresa aseguradora y las reaseguradoras intentaron celebrar una transacción. La homologación fue expresamente declarada sin lugar en virtud de los siguientes alegatos:

“...Formando parte la aseguradora y reaseguradora de una relación procesal de la cual también es parte integrante y por tanto tiene cualidad e interés la parte actora, homologar dicha transacción equivaldría aceptar la autolimitación de la responsabilidad de las segundas cuando éstas, al concurrir al proceso, ejercen sus facultades, defensas y cargas enfrentando a la pretensión de la actora se constituyeron irremediamente en partes, litis consortes con la demanda y sujetos pasivos en consecuencia de la pretensión inicial del actor, la cual nunca pudo proponerse directamente contra ellos puesto que contractualmente la parte actora no tenía ningún vínculo sustantivo del cual pudiera derivar un interés procesal. *Al haber sido citados en garantía por quien sí tenía dicho vínculo derivado del contrato de reaseguro, las reaseguradoras quedaron sujetas a las contingencias procesales que se derivaran del camino que escogiesen frente a las pretensiones de quien los trajo a este juicio, es decir, que la demandada.* Mas, es el caso de autos, la conducta procesal asumida por la representación de las reaseguradoras, en lugar de limitar su posición procesal a los términos del contrato de seguro, enfrentaron la pretensión de la parte actora de la misma forma como lo hubiese hecho un tercero coadyuvante para vencer al actor, tercero este que al admitírsele

en el proceso pasa a correr la misma suerte del demandado...” (bastardilla fuera de texto).

A pesar de que el fallo fue pronunciado con anterioridad a la vigencia de la Ley del Contrato de Seguros, hace una importantísima acotación al dejar clara su:

“...Convicción de que no pueden salirse de la suerte procesal las citadas en garantía *sin el consentimiento del demandante, puesto que voluntariamente aquéllas asumieron obligaciones de indemnización frente al último, quien sí tiene legitimidad, cualidad e interés para ejecutar el presente fallo aun contra las reaseguradoras* y así expresamente se decide...” (bastardilla fuera de texto).

Aunque es éste el único caso del que tenemos conocimiento, y no fue revisado en instancias superiores por haber celebrado una transacción las partes, el tribunal aceptó (sin mayor análisis hemos de admitir) la estrecha conexión o vínculo que existe entre el seguro y sus reaseguradores en este caso de colocación individualizada (facultativo). Como hemos expuesto creemos que este fallo excedió el alcance de la cita en garantía, al no analizar suficientemente la conexión de las relaciones jurídicas entre el seguro y el reaseguro, sin embargo constituye un precedente a ser tomado en cuenta, destacándose que es anterior a la vigencia de la actual Ley del Contrato de Seguros.

5. MEDIOS DE PRUEBA DEL CONTRATO DE REASEGURO. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 126 DE LA LEY

Dice así:

“El contrato automático de reaseguro relativo a una serie de cesiones de riesgos debe probarse por escrito. Las cesiones al contrato automático y los reaseguros facultativos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley”.

El proyecto de ley sobre los contratos de seguros y reaseguros, planteaba una redacción idéntica a la que hoy en día encontramos en la Ley del Contrato de Seguros. Según PISANI²⁷, tal normativa tiene su fuente en el derecho italiano, donde se estipula tanto la obligatoriedad de probar por escrito todos los contratos generales de reaseguro, como se permite probar, según las reglas generales del derecho probatorio, todas las relaciones de reaseguro en ejecución de los contratos generales y los contratos de reaseguro por riesgos singulares.

No está demás apuntar que la primera parte de la anterior disposición, diferencia al reaseguro de una de las características que la Ley del Contrato de Seguros le otorgó al seguro: el principio de consensualidad de las pólizas de seguros. Tal característica está recogida en el artículo 6 de la Ley del Contrato de Seguros que dispone:

27 Ob. cit., pág. 326.

“El seguro es un contrato *consensual*, bilateral, oneroso, aleatorio, de buena fe y de ejecución sucesiva” (bastardilla fuera de texto).

El que un contrato de seguros sea consensual, significa que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes contratantes. Una de las novedades que trajo la Ley del Contrato de Seguros fue la de otorgarles a los contratos de seguros el carácter consensual, en contraposición con las derogadas disposiciones del Código de Comercio, las cuales les exigía a tales contratos un carácter solemne.

Sin embargo, según el ordenamiento que la propia Ley del Contrato de Seguros eligió para los contratos de reaseguro, esto cambia. La doctrina y la práctica dividen a los reaseguros entre obligatorios o automáticos y facultativos. En el reaseguro *obligatorio* o *automático*, el asegurador, sin necesidad de notificación expresa, traslada las responsabilidades por los riesgos asumidos al reasegurador, desde el momento en que se perfecciona el contrato de seguros, siempre que se cumplan los términos y límites del contrato de reaseguro. Mientras que en el reaseguro *facultativo*, el asegurador tiene la opción de ceder una parte del riesgo a otra compañía de seguros o a un reasegurador, cuando éste excede la capacidad de sus contratos automáticos, o cuando hay razones de peligrosidad. El reaseguro facultativo tiene para el reasegurador la ventaja de poder evaluar el riesgo y considerar si las condiciones son adecuadas.

La norma es clara: los contratos automáticos sólo se prueban por escrito, mientras que la segunda parte de la norma contenida en el artículo 126 dispone que las cesiones al contrato automático y los reaseguros facultativos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley. La distinción que hace la Ley del Contrato de Seguros en cuanto a los medios probatorios de los reaseguros automáticos y los *facultativos*, se deriva de su origen: mientras el reaseguro *automático* requiere para su nacimiento y existencia un documento previo, contentivo del tipo de contrato, términos y condiciones que regirán la relación; el reaseguro facultativo nace con una propuesta por parte del asegurador la cual el reasegurador acepta o no, y puede probarse a través de los llamados *slip* de confirmación, en nuestro medio nota de cobertura, y en su defecto podrán producirse como pruebas un fax de aceptación, compensación de saldos, pago de siniestro, cartas de compromiso, etc...

Se incluyó igualmente en la norma las cesiones de reaseguro automático, las cuales participan con el reaseguro facultativo de la libertad en la prueba. Tal cesión se hace mediante una declaración que debe contener los elementos identificadores y condiciones del contrato automático cedido y la notificación y aceptación del reasegurador.

6. CONSECUENCIAS PARA EL REASEGURO DE LAS PREVISIONES SOBRE LIQUIDACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS DE SEGURO. COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 127 Y 128 DE LA LEY

A los fines de un mejor entendimiento de la disposición contenida en estos artículos de la Ley del Contrato de Seguros, debemos advertir que tal normativa fue publicada paralelamente con una nueva Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros²⁸, la cual, por decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue suspendida. Sin embargo preveía la exclusión del régimen de atraso y quiebra para las empresas aseguradoras y reaseguradoras e incorporaba (en los artículos 185 y siguientes) en nuestro medio la llamada liquidación administrativa. Por tal razón, la Ley del Contrato de Seguros regula esa liquidación administrativa, aún no vigente en Venezuela por los motivos expuestos.

La intención del legislador al incluir la llamada intervención administrativa, fue permitirle a la Superintendencia de Seguros, como órgano encargado del control y supervisión de la actividad aseguradora, dirigir y conocer el proceso de liquidación, hasta su culminación, en todos sus aspectos.

En cuanto al reaseguro, la Ley del Contrato de Seguro, en su artículo 127, contiene un mandamiento expreso que obliga a las reaseguradoras a pagar a las reaseguradas las cantidades adeudadas, en este supuesto de liquidación:

“En caso de liquidación administrativa del reasegurado, la empresa de reaseguros deberá pagar totalmente las cantidades de dinero que adeude al reasegurado, hechas todas las compensaciones entre indemnizaciones, primas, comisiones y cualquier otro crédito derivado del respectivo contrato de reaseguro”.

De *inmediato*, en el siguiente artículo, establece un privilegio sobre los créditos que pudiese tener la empresa de seguros, contra sus reaseguradores, a favor de los tomadores, asegurados o beneficiarios, contra las reaseguradoras. Dice el artículo 128 de la Ley del Contrato de Seguros lo siguiente:

“En la liquidación administrativa de la empresa de seguros corresponde a la masa de los tomadores, los asegurados y los beneficiarios, un privilegio sobre los créditos de aquélla contra los reaseguradores, el cual se preferirá a todos los demás privilegios establecidos en el Código Civil, con excepción del correspondiente a los gastos hechos en actos conservatorios o ejecutivos sobre muebles en interés común de los acreedores”.

Los antecedentes de estos artículos en nuestro derecho, corresponden, nuevamente, al mencionado Proyecto de Ley, fruto de la Comisión modificadora del Código de Comercio. Al primero de dichos artículos le reconoce, la autora que hemos venido

28 Publicada en la *Gaceta Oficial* número 5.561, en fecha 28 de noviembre de 2001.

comentando, su inspiración en el artículo 1930 del Código Civil italiano. Sin embargo el segundo artículo lo considera de inspiración propia de esa comisión, derivada de los privilegios previstos en nuestro Código Civil. Se eliminó, en cambio, la previsión italiana sobre compensación de derecho de los créditos entre las empresas de seguros y reaseguros en caso de liquidación forzosa; por el contrario en la Ley de la actividad prevista para este particular, se establece un orden de prelación de los acreedores entre los cuales ni siquiera se menciona a las reaseguradoras, considerándolas simples acreedores quirografarios.

Dentro de la tendencia general del derecho concursal de reenfocar sus objetivos hacia la recuperación de las empresas, se han desprendido de esa rama algunas actividades especialmente controladas por el Estado y cuyas incidencias suelen ser gravosas para el interés público, particularmente en los sectores de Banca y Seguros. Según las disposiciones de la “suspendida” Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, la Superintendencia de Seguros, una vez detectada alguna causal de disolución taxativamente establecida (entre las cuales se halla la cesación de pagos) le otorga a la compañía en cuestión un plazo máximo de noventa (90) días, a los fines de regularizar la situación observada. Cuando la compañía no demuestra que han cesado las causas de disolución, la Superintendencia interviene la empresa, lo cual acarrea una sustitución de los administradores e incluso de la asamblea en caso de que se niegue a acordar la misma. El Superintendente será el liquidador, teniendo facultad para delegar en las personas que designe, la liquidación.

Se establece, en esa ley, otro privilegio a los asegurados y beneficiarios sobre las reservas técnicas. En cambio sobre las demás reservas (llamadas aptas en nuestra legislación) concurren con los acreedores quirografarios. De modo expreso excluye esta ley la posibilidad de acudir a los mecanismos de atraso o quiebra, quedando totalmente en manos de la Superintendencia de Seguros el proceso, el cual simplemente debe ser notificado al Tribunal Supremo de Justicia. También se impiden la práctica o ejecución de medidas de embargo, de cualquier naturaleza en contra de la empresa

Recientemente pudimos comparar este sistema con el previsto en el derecho argentino, gracias a la circulación del trabajo del colega LASCANO²⁹, destacándose, como principal diferencia, que en Argentina se requiere la intervención conjunta de una autoridad judicial: en efecto, cuando la compañía está frente a un estado de disolución y liquidación, la Superintendencia de Seguros de la Nación por medio de sus funcionarios, asume la liquidación, con intervención del juez ordinario competente. Si estuviesen reunidos los requisitos para la declaración de quiebra, el juez dispondrá la disolución y liquidación de la entidad, por medio de la autoridad de control y en el caso específico de la liquidación por revocación de la autorización para operar, la autoridad de control ajustará la liquidación a las disposiciones de los concursos comerciales para las quiebras y tendrá todas las

29 LASCANO QUINTANA GUILLERMO, “Las aseguradoras en liquidación y los contratos de reaseguros”, ponencia publicada en *El Derecho* el 13 de julio de 2004.

atribuciones del síndico. Nos parece más prudente este sistema, para lograr un contrapeso en las decisiones y no dejarlo, exclusivamente, en cabeza de un solo funcionario.

7. CONCLUSIONES

Descritos y comentados los cinco artículos que regulan al reaseguro en la nueva Ley del Contrato de Seguros, la cual sin embargo le niega el nombre a la segunda institución que regula, hemos dado cumplimiento a la encomienda original de la junta directiva de AVEDESE – AIDA. Hemos señalado, en cada una de las normas, los aspectos que consideramos relevantes, dejando para la crítica que esperamos sobrevendrá, el espacio para llenar las lagunas o abordar otros ángulos que este trabajo haya omitido.

La regulación, más bien escasa, se asemeja a la orientación ya existente en otros países latinoamericanos, a pesar de que, como hemos evidenciado en cada caso, sus disposiciones se remontan a un trabajo de hace más de 25 años. En este sentido debemos reconocer que algunas legislaciones más recientes han introducido regulaciones más detalladas y precisas.

Sin embargo, como señalábamos en la introducción, consideramos equilibrada la regulación sobre el reaseguro, en el sentido de haber respetado su carácter dinámico, internacional y eminentemente sujeto a la voluntad de las partes contratantes de este negocio. Se limitó a:

- a) Subrayar que su regulación es diferente a la del seguro, con lo cual reconoce una piedra angular de la autonomía entre ambos contratos;
- b) Introducir el reconocido principio de la comunidad de la suerte;
- c) Establecer los medios de prueba según la principal división entre los contratos de reaseguro y
- d) Introducir dos regulaciones en materia de liquidación administrativa, paradójicamente aún no vigente en Venezuela. Pocas regulaciones es una buena aproximación para un negocio tan sensible a las intervenciones estatales. Para muestra véase el ejemplo de Argentina y Brasil, de vuelta de sus monopolios estatales.

La gran novedad, hasta sorpresiva podríamos decir, la constituye la clara aceptación en la ley de la posibilidad de una relación directa entre el reasegurador y el asegurado, posibilidad que la mayoría de las legislaciones se empeñaban en negar. Creemos haber demostrado que este paso no es sino un reconocimiento de las prácticas del mercado, debido a la introducción de las cláusulas que hemos llamado de excepción (ya que esta relación reasegurador-asegurado es excepcional según la Ley) y que tan acuciosamente ha estudiado la doctrina de nuestros vecinos colombianos, sin menoscabo de otros importantes aportes chilenos y españoles que conocemos.

Esta vía excepcional nos obliga al análisis de las consecuencias procesales que puede traer esta apertura, las cuales de alguna manera ya estaba anticipando la doctrina y la práctica de algunos mercados, pero que se convierten en Venezuela en una norma de derecho positivo: la posibilidad tanto de la acción directa del asegurado contra el reasegurado, como la posibilidad de la cita en garantía en caso de un juicio, provocando la intervención forzosa del reasegurador. En el trabajo, y en claro espíritu de debate, planteamos la hipótesis de qué condiciones deben darse para que estas consecuencias procesales se produzcan, analizando para ello la conexidad, en el sentido procesal de garantía, que pueda considerarse suficiente para establecer el vínculo directo. Proponemos que sólo pueden presentarse en reaseguros facultativos, que a su vez se inserten mediante algunas cláusulas específicas en el seguro directo. Incluso identificamos, según cada cláusula su posible relación de conexidad.

Sin pretensiones de hacer de esta monografía, de alcance limitado, una investigación definitiva en las consecuencias de la novedad señalada, abrimos, eso sí, la puerta para un debate que puede tener repercusiones significativas en el negocio del reaseguro facultativo.