

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
DE CARÁCTER JURÍDICO
SOBRE LOS REASEGUROS FINANCIEROS
EN VENEZUELA.**

PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

RESUMEN

Se examina una de las modalidades del contrato de Reaseguro, que si bien tiene elementos y características similares a las del reaseguro clásico (reaseguro tradicional) debe diferenciarse del mismo en tanto que los riesgos asumidos por el reasegurador se fundamentan en nuevos conceptos, que, si bien derivados de la existencia del contrato de seguro, procuran de alguna manera proteger al reasegurador de asumir pérdidas inicialmente. Para ello, dicha modalidad supone algunos elementos especiales, como lo es mayor permanencia en el tiempo que los reaseguros ordinarios, fijación de límites en la asunción de pérdidas hasta concurrencia de los importes de primas. En si el reaseguro no tradicional, que reviste cientos de modalidades, cumple con los fines específicos perseguidos con el reaseguro: mejorar solvencia, dar cierta liquidez, empero, protege por igual al reasegurador de grandes pérdidas, pues los compromisos son “finitos”, tienen topes con fundamento a diferentes variables y por ello atiende a características diferentes. Se destaca la no conveniencia de su prohibición a priori, pues en cada caso debe hacerse un estudio detallado.

I. INTRODUCCIÓN

Precisa comenzar destacando que si difícil resulta ser manejar adecuadamente los conceptos y nociones en el contrato de Reaseguro ordinario, más se complica esa situación desde el punto de vista técnico y jurídico cuando se hace referencia a los denominados “reaseguros financieros”, “finite risk” o no tradicionales.

Es importante tener presente que aún la naturaleza de dicho contrato resulta controversial y enrevesada.

Por lo demás, bajo el manto de esa modalidad del reaseguro, que ya no resulta ni tan novedosa, como lo veremos, suelen disfrazarse, esconderse o simularse las medidas que toma el Reasegurador con el objeto de no soportar pérdidas, bajo la excusa de buscar un justo equilibrio con el asegurador y de tal modo de que él tenga particular interés en cuidar y proteger su cartera de riesgos, optimizarla y mantenerla sana, de tal modo que las primas cobradas compensen adecuadamente los efectos de la siniestralidad promedio y no hagan incurrir de rutina al asegurador y/o al reasegurador en pérdidas.

En adición a todo lo dicho, observaremos por igual a nivel mundial la casi total ausencia de regulación legal de la institución y finalmente, por lo delicado que resulta delimitar hoy cuál es el objeto propio del reaseguro ante las nuevas modalidades con la que los presentan las empresas del ramo y con lo cual hasta puede ponerse en duda la verdadera existencia de un reaseguro, pues día a día en esas nuevas modalidades de contratación, cada vez se nota más la ausencia de elementos y caracteres tradicionalmente atribuidos al reaseguro, como lo era considerar que su existencia necesariamente procuraba solvencia y estabilidad al negocio asegurador, pero que no son de su propia esencia, y que, persistiendo, aún en grado ínfimo en el contrato de que se trate, nos obligaría a reputarlo sin más como reaseguro.

El análisis y estudio de estas nuevas modalidades de reaseguro se hace más complejo, si se toma además en cuenta que ciertamente hay la tendencia a rechazar tales modalidades a priori, de manera general, por el simple hecho de que realmente tienen algunas diferencias con los reaseguros tradicionales.

Nos atreveríamos a decir, inclusive, que los entes de control y algunos sectores de la doctrina, para rechazarlos a priori, vienen enfocando inadecuadamente el problema de los reaseguros no tradicionales, no sólo al interpretar indebidamente el motivo que puede hacerlos inadecuados en ciertas circunstancias, sino al sustentar igualmente para proscribirllos, su simple denominación de “financieros” y con ello interpretar que tienen naturaleza diversa a los tradicionales, encontrando con ello

un motivo más para considerar que no se está en presencia de un verdadero contrato de reaseguro, que por tanto no puedan servir de sustento a reservas, si no son liquidables y regulados por los términos que fija la resolución que ahora regula los reaseguros en Venezuela y, finalmente, en tanto que a nuestro juicio la base legal en que pretende sustentarse la comentada Resolución normativa, no tiene adecuado asidero en los supuestos de las disposiciones legales que en ella se invocan, por el contrario, pretermite realmente la verdadera fuente jurídica que le atribuye en realidad la potestad que debe invocar el ente de control para corregir los entuertos, queridos o no, sea del paso decir, puedan provocar ciertas modalidades de contratos, las que ciertamente puede producirse una inadecuada cobertura de riesgos, un exceso no cubierto en los plenos, o cualquier otro desaguizado que pudiese imaginarse.

De su parte, debemos aclarar, que si bien desde un punto de vista absolutamente dogmático, no compartimos la opinión de que por el solo hecho de que la modalidad del reaseguro no sea la tradicional, ello impida la existencia de un reaseguro, ni de que por el hecho de que en el *modus operandi* de la modalidad contractual celebrada predominen los conceptos o elementos de índole financiera, necesariamente deba y tenga que concluirse en que tal contrato no sea propiamente un reaseguro.

En ese mismo orden de ideas, debe alertarse que en buen derecho y sana técnica, a nuestro entender, no es censurable la actitud del órgano de control, cuando rechaza un reaseguro u ordena la presentación de garantías adicionales o reposiciones de capital, si a su juicio con el contrato de reaseguros en concreto examinado, el cual se invoca ampara los negocios de un determinado período, da como resultado que analizada debida y claramente la cartera y el contrato de reaseguros, en efecto, o bien el reaseguro no alcanza a cubrirlos todos, o si hay un exceso de los cubiertos, el reasegurador queda eximido de toda responsabilidad.

En tales casos, en consecuencia, todo efecto positivo del reaseguro se pierde, y la aseguradora queda asumiendo el cien por ciento de dichos riesgos, aún y cuando exista esa modalidad del reaseguro a que se hace referencia.

Lo que no puede ni debe aceptarse como principio científico, es que de ello se vaya sin más a la generalización, y sin adecuados motivos o fundamentos, se proscriban sin más tales modalidades contractuales,

o se regule de forma genérica como indebido, inadecuado o contrario a la normativa o la técnica todo lo que tenga igual nombre o su funde en similares conceptos.

En nuestro mercado, afectado como todo el país por la crisis moral, no ahora, sino desde ya hace un tiempo, se inventan maromas y piruetas, se montan comedias y se hacen tramoyas, para procurar disimular, esconder o tapar anomalías, más o menos graves, temporales o pasajeras, a veces difíciles de detectar y hasta imposibles de precisar por parte de los órganos de control y por los propios auditores.

Tales actitudes, son excusables cuando resultan producto del descuido, de la indebida interpretación de los efectos de esas irregulares situaciones, pero se tornan maliciosas, para no calificarlas de otro modo, cuando por el contrario se las adopta e implementa a sabiendas de lo que con ellas se procura eludir o esconder.

En tales casos, como resulta obvio, lo indebido, inadecuado o ilegal, no son las figuras jurídicas, instituciones o modalidades contractuales que se utilicen para tales fines, sino la conducta negligente, culposa o hasta dolosa, con la cual se pretende ocultar la situación proscrita o indeseable.

Eso que parece más o menos claro es lo que no suele entenderse en veces por las autoridades, que no digo por incompetencia y menos por mala fe, asumen entonces una posición contraria, generalizan las indebidas consecuencias de ellos, y como corolario terminan en veces adoptando conductas normativas no ajustadas a la ley o a los principios.

En materia de reaseguro no tradicional, estimo que hay mucho de ello, lamentablemente, por eso procuraré con todo mi ahínco esclarecer la verdad objetiva.

Lo que he venido sosteniendo, y ahora ratifico respecto a la citada normativa, está en que no se pueden adoptar, sin excepciones ni criterios claros, reglas generales de proscripción a una determinada institución o modalidad institucional, o atentatorias contra el buen funcionamiento de las empresas, más cuando no hay regulación específica al respecto, y menos cuando que bajo los criterios que se procuran establecer dichas regulaciones (limitaciones y restricciones) no quedan del todo claras las bases legales que se invocan, ni aparecen diáfanos los verdaderos motivos en los cuales deben fundamentarse dichas decisiones.

Las reglas y normas de “transparencia” no pueden llegar al atropello de otros derechos ciudadanos, ni autorizan a que bajo su cobijo se adopten conclusiones generales en temas tan álgidos como los relacionados con la naturaleza de los contratos de reaseguros, o sostener equivocadamente, como pretendo demostrarlo, que proscribir los reaseguros *finite risk*¹, partiendo de que son aquellos que no suponen transferencia de riesgos, sin más, constituye cuando menos un desatino científico.

Por lo demás, las tendencias mundiales en materia de seguros, se imponen la mas de las veces aún contra pretendidas reglas de funcionamiento local del seguro, importando poco a la larga tales regulaciones, siendo menester al final acceder o permitir veladamente la alusión de los mandatos legislativos, o reconocer la aceptación de ciertas modalidades institucionales bajo consideraciones de excepción, no siempre convenientes.

Curiosamente resultan ser esos los comentarios que formulan conocidos doctrinantes que inclusive adversan la figura de esas modalidades del reaseguro, cuando concluyen los trabajos en los que exponen esas sus posiciones².

Concluyo esta introducción, destacando por lo demás, que la señalada actitud de rechazo a esta modalidad de Reaseguros, no es propia y autóctona de Venezuela, ni de quienes han tomado la palabra en el país para destacar sus posibles inconvenientes, y como lo veremos al final de nuestro análisis, estimamos que sin lugar a dudas, esas particulares formas de reaseguro, por el solo hecho de no ajustarse a las modalidades

¹ Así denomina la gran mayoría de la doctrina especializada esas modalidades de contratos de reaseguro no tradicionales, donde de alguna manera se fijan los límites de las responsabilidades del reasegurador con fundamento al análisis de los riesgos de suscripción, que también genéricamente hablando se los identifica como Reaseguros financieros.

² Es el caso de los trabajos de Arturo Díaz Bravo, Don Paterson y Juan Antonio Tejerizo, a los cuales aludiremos más adelante. En el caso del primero citado, en sus conclusiones, claramente, en forma diáfana, precisa: “Pero por otra parte, en vano pretenderíamos ignorar que el fenómeno está ahí, que se practica en mercados que fatalmente influyen de modo muy importante en los nuestros, que aunque por decreto puede impedirse su acceso, no es aconsejable, en cambio, evitar que ante el endurecimiento del reaseguro tradicional, nuestras cedentes lleguen a encontrarse en un callejón sin salida, de tómallo o déjalo y se vean obligadas a celebrar taimadamente tales operaciones o, peor aún, a incurrir en desastros, todo ello con las perjudiciales consecuencias fácilmente previsibles”. Sobran pues los comentarios.

tradicionales de dicho contrato, no vulneran o impiden el que con ellas se potencie la solvencia y liquidez de las aseguradoras que los adopten³.

Quiero por igual insistir que el enfoque que daré al tema propuesto, lo será en la medida de lo posible ceñido al punto de vista jurídico, pues debo reconocer mi casi completo ayuno científico en torno a los aspectos propiamente técnicos del tema que me propongo examinar, los cuales por lo demás como veremos y se aprecia de la literatura existente sobre el mismo, resultan ser particularmente confusos y complicados.

Aún cuando no responda exactamente al tema central de mi exposición, me veré obligado por igual a examinar aspectos generales del contrato de Reaseguro y así mismo tendré que hacer ciertas consideraciones sobre su naturaleza jurídica y algunos de sus caracteres fundamentales, pues de lo contrario resultará todavía más difícil indagar el fondo del tema tratado, y porqué, además, siendo que los oyentes de este evento no todos resultan abogados, facilitará la comprensión de algunos aspectos que serán objeto de análisis durante mi disertación.

³ Advierto por lo demás, que parece ser esa la misma situación en el extranjero, inclusive a nivel de Legislaciones, tales como es el caso de México y Colombia, donde expresamente reseña el Profesor Arturo Díaz Bravo (“El Reaseguro Financiero”, en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, 13, p. 139 ss., Editorial Javegraf, Colombia, 1999) se los proscriben expresamente (1993 y 1996 respectivamente). Por igual, como lo destacamos, esa también resulta ser la posición de conocidos tratadistas de seguros, como es el caso del ya citado colega ex presidente del Comité Ibero Latinoamericano de AIDA (CILA), a quien profesamos profundo aprecio y admiración, y quien con su venia, estimamos con todo respeto, destaca como criterio de censura y proscripción de dichas modalidades, entre otros motivos la no existencia de la formal cesión de riesgos, pura y simplemente, o la inexistencia de los elementos fundamentales del contrato de reaseguro, cuyas invocadas causas tampoco compartimos, ni tienen asidero en la realidad.

Adelantándonos al correspondiente examen de tales aspectos, pero para que se tenga clara idea de nuestros planteamientos, destacamos, por ejemplo, el error de achacar como nota definitoria a esa especie de reaseguros, la “no existencia de transferencia de riesgos”, cuando que los propios del reaseguro moderno (los de suscripción) están perfectamente presentes en ellos. Así, precisa el comentado Profesor “... el reasegurador, pues, no asume por regla general riesgo de suscripción, son sólo riesgos financieros y cambiarlos” (p. 139, 141) “... luego el único riesgo que asume es el de la eventual insuficiencia del fondo para hacer frente al pago de los siniestros” (p. 142); cuando que como lo veremos, el problema es de mayor trasfondo ya que aún existiendo ciertamente la cesión de los riesgos propios del reaseguro (la asunción de las consecuencias financieras adversas en el patrimonio del asegurador reasegurado, por el solo hecho del acaecimiento del siniestro asegurado) las obligaciones del reasegurador puede que en determinadas circunstancias, no alcancen a cubrir sus responsabilidades, pues ellas vienen en todo caso limitadas hasta el monto de las primas recibidas, o hasta un determinado importe fijado en el contrato.

II. EL REASEGURO: CONCEPTO, BREVES CONSIDERACIONES SOBRE SU NATURALEZA Y SOBRE ALGUNOS DE SUS CARACTERES

En torno al concepto de la institución, me parece particularmente apropiado el enfoque que sobre ella hace Luis de Angulo Rodríguez⁴, cuando destaca que bajo el término genérico de reaseguro, se comprenden una multiplicidad de formas, clases y modalidades (sic del contrato) que la práctica ha ido diseñando y que en definitiva han conducido incluso a dudar sobre su posible encuadre bajo un concepto unitario; advirtiendo, por igual, que todo lo antes dicho es al margen de las consideraciones que cabe formular con vista a las antiguas concepciones sobre su naturaleza jurídica, que pretenden asimilarlo a las figuras del mandato, de la fianza, de la cesión, de la sociedad, de las cuentas en participación, etc. y que hasta la fecha no permiten hacer coincidir a los autores sobre cual sea en realidad su verdadera esencia y naturaleza.

Así, mientras en España, a la luz del último vigente ordenamiento sobre la materia, no parece caber duda de que el reaseguro es un verdadero contrato de seguro, y concretamente una especie del seguro de daño cuyo objeto radica en dar cobertura al que nace en el patrimonio de la reasegurada –aseguradora– cedente, como consecuencia del nacimiento de una deuda a causa de los siniestros experimentados por sus asegurados⁵.

En cambio en otros países como el nuestro y vanos del entorno mundial, sus legislaciones sobre el contrato o respecto a la actividad, nada contemplan respecto al reaseguro, ni esbozan siquiera definición, caracteres o elementos. En el caso concreto de Venezuela, como bien lo sabemos, ni el Código de Comercio⁶ ni la Ley de Empresas de Seguros

⁴ Consideraciones preliminares sobre el Reaseguro, en Estudios sobre el Contrato de Reaseguro, Edición copatrocinada SEAIDAIMUSINI, Autores varios (Luis de Angulo Rodríguez, Fernando Sánchez Calero, José Carlos Fernández Rozas, y otros), España, Editorial Española de Seguros, 1997, Isbn 84-923073-1-5, p. 21

⁵ Arts. 77 al 79 de la Ley Española 50/1980 sobre el Contrato de seguro.

⁶ El Código de Comercio vigente (en lo sucesivo Cco) es del año 1955, pero el mismo no resulta ser sino el resultado de un pequeño ajuste en algunas de las normas relacionadas con el concepto de fondo de comercio, sociedades y en especial las de responsabilidad limitada, sin que se hubiere tocado siquiera el tema de los Seguros, que por tanto es de antiguo abolengo y tradición en legislaciones del siglo antepasado.

y Reaseguros⁷ proveen regulaciones de consideración sobre el tema, al extremo de que en el primero sólo se hace una mención accidental al Reaseguro, ex artículo 553 y en la segunda y su reglamento, no obstante ser de reciente data, también en forma exigua el legislador se refiere a la institución, y todo ello en forma muy general y rudimentaria⁸.

⁷ En lo sucesivo LESR, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (G.O.) N° 4822 Ext. del 23-12-1994 y su Reglamento de fecha 27-4-1999 G.O N° 5339 Ext.

⁸ Véanse Arts. 1 al 3 y 42 ss de la LESR y 96 a 109 del RLESR, referidos los primeros citados, sólo a la autorización para promoción y funcionamiento de dichas empresas (en cuya mayoría idénticas a las de las empresas de seguros) y en los artículos 102 al 112, que pomposamente se corresponden a la nominación “Del Reaseguro”, Sección IV del Capítulo VII de la Ley relativo al Funcionamiento de las empresas, en los que ni siquiera de manera incipiente se hace referencia a la actividad propia de las Reaseguradoras y menos aún se fijan los lineamientos de la actividad reaseguradora. Iguales comentarios podemos hacer de las normas contenidas en el Reglamento, las que fundamentalmente vienen dirigidas a los trámites administrativos de inscripción, funcionamiento y operación de dichas empresas, con expresa referencia a solo dos de las múltiples modalidades que suele adoptar el reaseguro internacional (facultativos y obligatorios).

Cabe observar que en Venezuela, como en otros países, con regulaciones contemporáneas a la nuestra, las normativas vienen fundamentalmente dirigidas a establecer mayor capacidad patrimonial (de capitales) a las empresas dedicadas a dicha actividad y a procurar controlar de alguna manera los plenos (cúmulos de riesgos asumidos) no sólo desde el punto de vista técnico sino para proteger por igual a la industria nacional aseguradora o reaseguradora.

Debe destacarse, finalmente, que en Venezuela, adicionalmente existen otras normas administrativas de trámite y organización de la actividad y función reaseguradora, representadas en varias providencias emanadas de la Superintendencia de Seguros, relacionadas con las obligaciones de registro, control contable de operaciones, etc. las cuales tampoco nada aportan a la precisión del concepto ni a la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro.

Finalmente, en la resolución 2703 (G.O 36862 del 4-1-2000) sustitutiva y modificatoria de la 1414 (GO 33761 del 10-8-99), se da un tratamiento discriminatorio a los reaseguros financieros o *finite risk*, estableciendo un desigual tratamiento contable y en torno a sus efectos sobre las reservas, no similar al de los reaseguros tradicionales, sin excepciones de ninguna clase y utilizando como único criterio para ello, el que los mismos sean de naturaleza financiera (y porque no aún por su simple nomenclatura) o por que no comporten lo que dicha resolución denomina “efectiva transferencia de riesgos” sin más ninguna explicación, e impidiendo, como se lo indicó, la deducción en las reservas técnicas de la porción cedida o retrocedida en tales contratos de reaseguro, por las mismas razones antes comentadas, de todo lo cual hay pues clara evidencia que nada positivo se expresa que induzca o conduzca al esclarecimiento del problema de fondo.

Por último, nos parece igualmente desacertado pretender fundar como lo hace la citada Resolución, la potestad de proscripción y regulación sobre la materia en las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 13 de la LESR, atinentes a las funciones generales de control e inspección y a la ordenadora contable de las operaciones de las empresas, cuando que lo tratado atiene a cuestión de naturaleza totalmente diversa, como lo analizaremos en el examen subsiguiente de estas materias.

De paso sea destacar, al menos en lo que atiene a nuestro sentido común, que de la citada normativa del Código y de la regulación administrativa general que abarca la materia, permite deducir, sin la menor duda que la intención del legislador fue la de darle al reaseguro tratamiento de una modalidad particular del seguro, y así pareciera destacarse de la forma no precisa con la cual reguló dicha actividad; de la aplicación común que ordena hacer de ciertos principios propios del primero al segundo y por el marcado señalamiento de que el control se ciñe fundamentalmente a evitar cúmulo de riesgos en uno u otro de los tipos de modalidad contractual (seguros o reaseguros) y a la solidez económica de las cesionarias⁹.

Precisa advertir, sin embargo, que al tiempo en que se produjeron dichas reformas, todavía en la mayoría de las legislaciones mundiales sobre la materia, era esa la tendencia, esto es, dejar a la costumbre y prácticas mercantiles, y en especial a la de Derecho de Seguros, todo lo relacionado con la interpretación, definiciones, límites y regulaciones del reaseguro a nivel mundial¹⁰.

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

⁹ Debe precisarse que no por ello puede entenderse que la doctrina patria haya sido conteste sobre tales aspectos y consideraciones pues siempre se debatió la cuestión de si el reaseguro constituía o no un contrato de seguro o era de naturaleza jurídica diferente (en tal sentido, Mármol, Samaniego, Fírgau Y. y Landaez O., entre otros). Para un análisis mas detenido sobre las diversas teorías existentes al respecto, véase Broseta Pont, Manuel, *El Contrato de Reaseguro*, España, Edit. Aguilar, 1961, pp 51 ss.

¹⁰ Al respecto nuestro trabajo *Nuevas Tendencias e Instituciones en Derecho de Seguros*, Conferencia dictada con ocasión de la celebración del XI aniversario de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Venezuela, en *Revista 53 de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Edit. UCAB, Venezuela, 1998, pp. 123 e igualmente en la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 14, Edit. Javegraf, Colombia, 2000, pp. 20. En dicha disertación destacamos como tendencia mundial la ausencia de regulación de dicho contrato, manifestación clara de la conveniencia de dejarlo a la libre voluntad de las partes, en atención a su variedad de expresiones y su carácter netamente internacional, hechos por lo demás destacados en el pasado Congreso Mundial de AIDA, Marruecos, 1998 y a los que hace especial referencia el informe de Robert Merkin, Ponente sobre dicho tema al Congreso citado (*What is Reinsurance. A Comparative Study*, Edit. LLP, Inglaterra, 1998).

En tal sentido podrá decirse entonces que 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 reasegurado-cedente son simples presupuestos necesarios para que proceda la cobertura del Reaseguro, manteniendo este plena autonomía respecto de aquél¹¹.

La tesis contraria, en cambio ve en el reaseguro un contrato de naturaleza diversa, peculiar y diferente al contrato de seguro, pero íntimamente relacionado a la vida jurídica institucional del último citado, al cual se aplican reglas propias, no precisamente todas las que resultan normadoras del contrato de seguros, tal como lo disponen los ordenamientos y que tiene por objeto fundamental permitir al asegurador, ceder dentro de ciertos límites y por mecanismos de diferente índole, parte de los riesgos ya asumidos por él frente a sus asegurados, sin que por ello le fueren oponibles a ellos los pactos y convenciones celebrados al respecto entre su asegurador y el reasegurador.

Si se diera preferencia a la tesis de que el Reaseguro es un mero contrato de seguro especial, el daño que debe resarcirse en el reaseguro, es el que resulta del nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado, cuyo monto debe reparar el reasegurador, mientras que conforme a la segunda de dichas posturas, resulta ser un mecanismo en virtud del cual, ocurrido el siniestro asegurado, el reasegurador viene obligado a suministrar (anticipadamente o una vez solventado el pago del seguro) al asegurador el importe de una parte de las indemnizaciones pagadas por el acaecimiento de los riesgos concretos asegurados o el equivalente a un determinado porcentaje de los riesgos incurridos en una de sus carteras.

En lo que toca al examen de las razones y fines de la institución del reaseguro, diremos que al igual que los de la actividad aseguradora es, entre otros, el de llenar la necesidad de cumplir con una “función de protección” a las actividades económicas, como quiera que permite a los empresarios amparar sus bienes, el riesgo de interrupción de sus

¹¹ Angulo Rodríguez, Cfr. p. 22 Y en el mismo sentido y citados por él, Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil 11*, 1a edición, 1940, pp 465, Sánchez Calero Fernando, *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Bilbao, 1961 pp 682, y en especial *El Reaseguro en la Ley Española de Contrato de Seguro*, en Estudios sobre el Contrato de Reaseguro... antes citada, pp 82 ss.

negocios, la movilización de mercaderías, los riesgos informáticos, la responsabilidad civil en que pueda incurrir en el desarrollo de sus actividades, entre otros muchos.

En adición, el reaseguro constituye también un requisito previo para una evolución sana y técnica de la economía del seguro y su importancia económica que en palabras de Camilo Pieschacon Velasco¹² “... radica en el apoyo, garantía y seguridad que le ofrece al seguro directo. Además, de haber facilitado, mediante ayuda financiera y poniendo a disposición de los (*sic*) cedente s las experiencias obtenidas en el plano internacional, la introducción de nuevos ramos de seguros en muchos países, etc.”.

Es igualmente indudable que con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, la función de “Dispersión de los Riesgos” cobra particular y relevante importancia, en la actividad técnica aseguradora. Esa dispersión se cumplía a cabalidad con el reaseguro respecto a la acumulación de los riesgos en un mismo cedente, con la producción en ciertas zonas geográficas o con ocasión del carácter catastrófico que presentan no sólo ciertos riesgos de la naturaleza sino también algunas actividades y circunstancias que son obra del ser humano.

En adición, finalmente, dado que la industria aseguradora comporta de cierta manera una prestación de un servicio que interesa a la comunidad, y de la cual ello reporta beneficios a la primera, ella requiere y supone modernamente la existencia de regulaciones gubernamentales que al normar dicha actividad, pretendiendo protección de aseguradores y asegurados, procuran mantener y garantizar la solvencia y continuidad de los aseguradores, para lo cual, entre otros y fundamentalmente el reaseguro, bajo los esquemas proporcionales y no proporcionales cumple cometidos específicos en materia de financiación o apalancamiento de las entidades aseguradoras¹³.

¹² Ensayos sobre seguros, “Concepto, funciones e importancia económica del Reaseguro” citado por Jorge Edo. Narváez Bonnet, en Reaseguros Financieros o Sistemas Alternativos de Transferencia de Riesgos: ¿Hacia una nueva concepción técnico jurídica del riesgo reasegurable? en Retos y oportunidades del seguro y del Reaseguro, *opus cit*, pp. 465.

¹³ Narváez Bonnet, *opus cit*. p. 466. En ese mismo sentido aparece evidente ser esa la finalidad de la regulación legal y reglamentaria del Reaseguro en nuestro país, fundamentalmente referida al tema de conocimiento de la forma como se encuentran cedidos los riesgos por las empresas, de cómo se los controla a su vez en las Reaseguradoras, de los datos que identi-

Todo ello explica hoy la especial consideración y relevancia que tiene y debe dársele a la Administración y Financiación de los riesgos, con lo cual se alude a las gestiones realizadas por las aseguradoras y aún las propias Reaseguradoras, para la adecuada administración de los recursos monetarios, de manera de contar con los fondos necesarios y suficientes para sufragar y enjugar las pérdidas que puedan presentarse de manera accidental durante la marcha de la empresa y que afecten los activos o el patrimonio de ellas.

De una manera más concreta, siguiendo a Narváez B.¹⁴ puede concluirse señalando que parte importante de la operación de seguros, resulta ser la financiación de los riesgos, que viene orientada a que existan para un momento y en condiciones determinadas en la empresa, los recursos suficientes para enjugar las pérdidas derivadas de un riesgo que acaezca a pesar de haber sido utilizadas técnicas de control de riesgo adecuadas y desde ese punto de vista, puede afirmarse que persiguen la disponibilidad y la suficiencia de fondos al sobrevenir las pérdidas, y el instrumento por excelencia con que cuenta la industria aseguradora para tales menesteres es precisamente el Reaseguro.

Por todo lo antes resumidamente expuesto, tiene que destacarse que la administración de los riesgos y con ello la actividad reaseguradora, cumplen una función de eminente carácter y contenido *financiero* y por ello, tanto el seguro como el reaseguro, como mecanismos de transferencia de riesgos (de diversa índole, anotamos) es claro que deben analizarse y utilizarse dentro de ese contexto de lo financiero.

Con lo expuesto, desde ya, no compartimos entonces la tesis de que vincular el concepto y la función reaseguradora a lo financiero, per sé, constituye una violación de normas técnicas o legales, ni desnaturaliza o perjudica las funciones propias del reaseguro, como pretende sostenerse por determinadas corrientes técnicas, o bajo criterios de opinión doctrinario y en toma de posición por parte de las autoridades de control de las actividades de la industria aseguradora., porque, como bien se debe desprender de los comentarios absolutamente apegados a

fican nominal y financieramente a las Reaseguradoras, de las medidas que puede adoptar el ente regulador en el supuesto de que no se entiendan satisfactorias las coberturas y cesiones, o de exagerada onerosidad de los contratos, etc.

¹⁴ *Opus cit.* p. 468.

la ciencia ya los conceptos jurídicos, antes desarrollados, dichos términos constituyen realidades que materialmente nacieron y se desarrollaron juntos. Nos atrevemos por ello a destacar inclusive lo inadecuado que resulta el uso de la terminología “Reaseguros Financieros” con la cual pretende identificarse a toda esa nueva gama de modalidades de contratos de reaseguros no tradicionales, pues los unos y los otros son de un alto contenido y efectos financieros.

III. EL OBJETO ESPECÍFICO DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS Y EN LOS DE REASEGUROS

Para continuar precisando el tema que nos interesa, estimamos por igual indispensable señalar claramente cual resulta ser el objeto específico de cada uno de los contratos examinados.

El clásico Broseta Pont¹⁵, nos enseñaba que el riesgo reasegurado es la posibilidad de que ocurra una disminución en el patrimonio del asegurador reasegurado por haber tenido que indemnizar a su asegurado como consecuencia de un contrato de seguro, mientras que el riesgo asegurado, en cualquier contrato de seguro, es la posibilidad de que se produzca un daño como consecuencia de un suceso o un evento contemplado en el convenio y debe centrarse su concepto en la consecuencia dañosa o perjudicial y no exclusivamente en la posibilidad de que se produzca el suceso, para no confundir el riesgo con el evento.

Sánchez Calero¹⁶ en una de sus más recientes y especializadas obras sobre la materia, determina que el riesgo en el reaseguro es la posibilidad del nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de una obligación asumida por este como asegurador en un contrato de seguro, con lo cual obviamente perfecciona el concepto antes expuesto de Broseta P., y a través de ello permite precisar, por una parte, que el nacimiento de esa deuda necesariamente tiene como presupuesto la existencia del contrato de seguro en el cual el Reasegurado es parte como asegurador y de otra parte, la estrecha vinculación entre el riesgo reasegurado y la verificación del siniestro previsto en el contrato

¹⁵ *Opus cit*, pp 96.

¹⁶ Fernando Sánchez Calero, “El Reaseguro en la Ley Española de contrato de Seguro” en *Estudios sobre el Contrato...* pp. 94.

de seguro primario con el asegurado. Mas tal vinculación, de una vez precisa aclarar, no permite confundir ambos riesgos.

Destaca Donatti¹⁷ que el riesgo reasegurado está sometido a un doble presupuesto: a) a la existencia de un riesgo que grava al asegurado, y b) a la existencia de un contrato de seguro por el cual el riesgo del asegurado se traduce en una posibilidad de una deuda del asegurador reasegurado. Por ello, el riesgo del reasegurador es la sola posibilidad de que nazca en su patrimonio la deuda que sea consecuencia de su obligación como asegurador en un contrato de seguro, mientras que el riesgo en el contrato primario o de seguros, lo es, la posibilidad de un evento dañoso que puede deberse a varias causas (incendio, robo, fallecimiento, etc.).

Se advierte de lo últimamente dicho, que el reasegurador en forma alguna asume ese riesgo del acaecimiento del evento dañoso, aún cuando tradicionalmente se hable de que el asegurador-reasegurado es un “cedente” del nesgo por él asumido, pues el verdadero riesgo del reasegurador, resulta ser el nacimiento de la deuda a cargo de dicho reasegurado.

No obstante, como lo señala Sánchez Calero, esa distinción a veces se torna oscurecida por el hecho de la dependencia del riesgo del reaseguro de la existencia de un contrato previo de seguro, cuya validez presupone la referencia a un determinado nesgo, los cuales si bien son presupuestos del riesgo reasegurado, no son de su esencia, ni deben confundirse con él¹⁸.

También precisa aclarar de una vez, que no obstante existir una posible coincidencia entre el momento del siniestro del seguro directo con la del nacimiento de la deuda del asegurador, la deuda del asegurador reasegurado nace en el momento mismo en que se verifica el siniestro cubierto por el seguro primario, independientemente de que sea o no líquida y exigible, pues a pesar de la pretendida coincidencia, ambos hechos o situaciones resultan completamente diferentes¹⁹.

¹⁷ Antigono Donati, *Trattatto del Dirittodelle assicurazioni private*, Milán 1956, T III pp 481

¹⁸ Cfr. pp 96.

¹⁹ De esa vinculación, resulta ser que la Doctrina dominante, destaque la existencia entre asegurador y reasegurador de una comunidad económica de intereses. En tal sentido Gerathewohl, *Reinsurance*, T. II, p. 370 ss citado por Sánchez Calero, *El Reaseguro...*, p 96.

Con lo dicho nuevamente ponemos de relieve el eminente contenido financiero de las prestaciones causa y efecto del contrato de reaseguro, y lo delicado que resulta a simple vista negar per sé la condición de reaseguro a aquellos contratos de su tipo, con contenido particularmente financiero y menos aún deducir como verdad incontrovertible que por el hecho de que en el sustrato del contrato de reaseguro de que se trate, no se constate la transferencia cierta de los riesgos asegurados (en su totalidad o parte, porcentaje o tipología de ciertos riesgos asegurados por el asegurado-reasegurado) no basta para negar la verdadera existencia de un contrato de reaseguro y menos aún para sostener que en tales contratos no existe una verdadera transferencia de riesgos, pues examinado cualquiera de ellos en sus modalidades tradicional o *finite risk*, encontraremos la efectiva cesión de los riesgos propios del reaseguro, esto es, la asunción de las consecuencias patrimoniales en el asegurador reasegurado derivadas del acaecimiento de los siniestros contemplados en un determinado contrato de seguro, o en los de una determinada cartera.

Analizando con detalle la estructura y funcionamiento del contrato de reaseguro no parece posible entrar en confusiones si se afirma que aquellos resultan ser de contenido primordialmente financiero, y por igual que tampoco resulta acertado afirmar que para su existencia necesariamente deben comportar y fundamentarse en la efectiva transferencia de los riesgos asegurados o de los efectos directos de los mismos.

Por igual nos adelantamos también a destacar que no aparece ajustada la posición que se adopte de negar la existencia real de un verdadero reaseguro por el hecho de que las carteras objeto de cobertura en reaseguro, se correspondan con las de riesgos cuyos efectos ya hayan podido ocurrir pero sean desconocidos para el asegurador y para el reasegurador, dado que en efecto los riesgos financieros de su cobertura, son un *incertus an* para ambos, y por tanto perfectamente susceptibles de ser aseguradas.

No negamos tampoco que esa modalidad de reaseguro, efectivamente en el tiempo, puede conducir a un desfase en los resultados financieros de un determinado periodo para el asegurador, y una forma de correr los efectos económicos de los siniestros, para un momento posterior. Pero nuevamente nos corresponde señalar que la cierta exis-

tencia de tal anormalidad no autoriza para sostener per sé que ese reaseguro no sea tal, o que no comporta la asunción de los riesgos propios de ese contrato.

IV. UNA BREVE HISTORIA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS DE REASEGURO PARA LA MEJOR COMPRENSIÓN DEL TEMA QUE NOS HEMOS PROPUESTO EXAMINAR

Sin pretender hacer un completo recorrido histórico sobre la institución, si vale la pena insistir en algunos aspectos resaltantes de su nacimiento y transformación a lo largo de la historia del seguro y del reaseguro.

Esta institución, en una u otra forma, es casi tan antigua como el Seguro, destacando que ese “casi” se debe a que en un principio, como postulado del contrato de seguro, los aseguradores no aceptaban más responsabilidades que las que ellos mismos podía soportar.

Las primeras referencias sobre el mismo, tal y como hoy se lo conoce, se remontan al continente europeo en 1370, donde se emitió una póliza de seguro marítimo en Génova, cuya riesgo, en la parte más peligrosa del trayecto, fue reasegurado²⁰.

Entre los principios técnicos de mayor abolengo en el seguro, está la aplicación de las normas de la ley de probabilidades o ley de los grandes números, conforme a la cual, al analizar los riesgos, hace recomendable que los aseguradores analicen la “homogeneidad cualitativa y cuantitativa” de sus riesgos y eventuales sumas que ello comprometa, todo con miras a establecer los aprovisionamientos necesarios para crear un fondo de reservas, o ceder un porcentaje o cantidad de determinados riesgos o parte de los montos indemnizatorios que ellos impliquen, buscando siempre que determinado monto y cantidad de ellos no sobrepasen una determinada suma, so pena de vulnerar esas reglas de homogeneidad²¹. Tal homogeneidad se traduce en lo que en técnica asegurativa se denomina Pleno de Conservación, y para cuyo respeto y

²⁰ Chartered Insurance Institute, Manual de Reaseguro, Edit. Mapfre, 2a edic. España, 1976.

²¹ Para mayor ilustración Broseta P., *Opus cit*, pp 6 ss y R. L. Carter, *El Reaseguro*, España, Edit. Mapfre, 1979, Isbn 84-7100-088-1, pp 81 ss.

conservación se acude a las figuras del co-aseguro y específicamente a la del Reaseguro, siendo este último el de primordial importancia, ya que por su intermedio podrán los aseguradores distribuir partes o cuotas de los riesgos asumidos, o bien atendidos directamente por el reasegurador sin mayores dificultades.

En todas estas modalidades técnicas para hacer preservar esas reglas del buen asegurador, descolla, repetimos, el uso del Reaseguro, que permite estipular con un asegurador independientemente de la cuantía de su pleno y del interés asegurable, los contratos de coberturas de riesgos, bajo la tranquilidad y reglas técnicas, de que en caso de ocurrir los siniestros, o ser estos excesivos, sean divididos sus efectos con otros aseguradores (reaseguradores) para preservar así la potencialidad económica del primero (fenómeno de la atomización o división del riesgo) pero con la advertencia de que no siempre estuvo esa finalidad presente en la actividad aseguradora y reaseguradora, desde en los orígenes de la institución²² ni que tampoco haya perdurado con la importancia y eficacia en su desarrollo futuro, pues en efecto el desarrollo de la industria reaseguradora lo han llevado a que dicho contrato no solo sea un medio técnico idóneo instrumental del seguro, sino que ha permitido ampliar la masa de los negocios contratados, mas allá de lo que racional y científicamente puedan permitirlo sus propios patrimonios y organización.

Puede, pues, resumirse esa nueva importancia del reaseguro destacando que ello ha hecho posible ampliar el número de riesgos contratados, sin peligro alguno para los asegurados (aumento de la capacidad contractual aseguradora), además ha estimulado el crecimiento de otras ramas del seguro y la expansión de las ya existentes a territorios geográficamente extra sede de las aseguradoras, facilitando el análisis de nuevos riesgos, cálculos y reglas técnicas.

Pero definitivamente que la función más importante atribuible al reaseguro lo ha sido la de financiación o la de servir como instrumento de crédito para el seguro, porque económicamente, el reaseguro sustituye en parte el “capital en garantía” del asegurador, capital ese

²² En efecto, entonces el motivo del reaseguro era ceder los riesgos excesivamente peligrosos, actuaba más como un remedio al alcance del asegurador, que un verdadero “medio” para la extensión de los riesgos y la división de los mismos. Vid. Broseta P. *opus cit.* P 10 nota 15.

que no es el de explotación, y por virtud de lo cual permite al seguro asumir riesgos muy superiores a los que permitiría su citado capital, cantidades esas necesarias de no existir el reaseguro, siendo por ello que se ha afirmado que el reasegurador es “el banquero” de los aseguradores y hasta se ha comparado el reaseguro con el contrato de “descuento bancario”²³.

Desde el punto de vista del asegurado, el reaseguro cumple además con la bondad de dar certeza a las obligaciones de las partes, pues refuerza la seguridad de cobrar sus indemnizaciones, en tanto el reasegurador de cierto modo garantiza la solvencia de sus créditos, y porque su existencia le relevan de iniciar y continuar búsquedas de otros aseguradores o co-aseguradores capaces de afrontar sus posibles riesgos o las magnitudes de aquellos, sin complicaciones adicionales.

Finalmente, como acertadamente lo destaca Donatti²⁴, también el Estado resulta beneficiado por el reaseguro, en tanto él refuerza el interés público en la buena marcha de las empresas de seguros, lo que justifica toda la corriente intervencionista en la actividad en sus presupuestos técnico financieros, y además porque ello permite dentro de las economías de los países asumir en determinados tramos los riesgos de los grandes complejos industriales, y la re-circulación del dinero en el mismo entorno territorial bajo criterios de estabilidad²⁵.

Desde los anotados ángulos de observación, puede concluirse que son dos los principales objetivos en que incide el reaseguro en el negocio asegurador, esto es, en sus aspectos de solvencia y estabilidad.

En efecto, mediante la transferencia de los efectos de los riesgos asegurados, que es el componente más impredecible de las actividades de las aseguradoras (no contar con suficiente capital para enfrentar los pagos de siniestros), tal responsabilidad se disminuye frente a los asegurados y en adición tales operaciones aportan mayor estabilidad a las cuentas de resultados anual, cuyas incertidumbres se truecan por una prima de reaseguro mas estable y en adición conocida.

²³ Donatti, *opus cit.*, t. III, p. 456, entre otros.

²⁴ *Opus cit.* p. 457.

²⁵ En idéntico sentido y con relevante especulación del tema, véase Don Paterson, Una alternativa al reaseguro tradicional. ¿Reaseguro Financiero? en Revista IberoLatinoamericana de Seguros, N° 4, Colombia, Edit. Javegraf, 1994, pp 103.

Ahora bien, resulta que en la práctica, después de los años de grandes catástrofes y de las indebidas coberturas por parte de las aseguradoras, el funcionamiento de los reaseguros tradicionales, al no permitir de ninguna manera mantener garantizada la rentabilidad de determinados contratos, hizo que el reasegurador comenzara a examinar con mayor detalle sus negocios, a seleccionar mejor sus carteras, a aplicar correctivos en las primas de elevada consideración y a buscar de alguna manera que el máximo de sus responsabilidades económicas no fuera superior a los ingresos por las primas percibidas, y se inició todo el estudio de una nueva concepción para los reaseguros, que persigue un aumento de la estabilidad, mediante una nivelación de resultados a lo largo de los períodos en que se cumplen dichos contratos.

Lo dicho hasta allí en nada resultará censurable, pero si tomamos en cuenta que como consecuencia de lo anterior, en los nuevos modelos para que funcione el prototipo ideado la recuperación de la siniestralidad, tiene que ser reembolsada al reasegurador, constituyendo por lo tanto un elemento pasivo en los balances del asegurador, es evidente que nada de ello contribuirá a mejorar los índices en la SOLVENCIA DEL ASEGURADOR.

A pesar de lo dicho, por igual debe admitirse, que en las nuevas concepciones del reaseguro, las mismas provocan ciertos resultados bondadosos, en tanto que su contratación, puede traducirse en un aumento de confianza por parte de los asegurados e inversionistas, al poder apreciar unas cuentas de resultados más estables en los Balances del asegurador, y que por ello, por igual, en forma muy indirecta, pueden provocar efectos favorables en el concepto SOLVENCIA.

Al haber establecido la no existencia de la obligación contractual de reembolsar las pérdidas causadas en el reaseguro tradicional, es evidente que el riesgo cedido al reasegurador resulta mayor, por lo que tales circunstancias justifican un recargo mayor en los beneficios esperados por el reasegurador TRADICIONAL que aquél que supone en las nuevas modalidades de reaseguros²⁶.

²⁶ Paterson, *opus cit.* p. 104.

Por igual debe observarse que siendo que en los reaseguros tradicionales, resulta sumamente difícil calcular el grado de siniestralidad, y por lo tanto resultar también impredecible establecer los parámetros adecuados para compensar la posibilidad de pérdidas, es obvio que se dificulta la adecuada valoración de los mismos (sus contra prestaciones) lo que no ocurre en cualquier otra modalidad conforme a la cual cualquier cálculo erróneo está salvaguardado por la limitación de las pérdidas.

En los seguros tradicionales, lamentablemente los componentes de costos resultan gravosos si se toma en cuenta que deben girar en torno a que la rentabilidad eventual no se puede garantizar (pueden devenir uno o más años de alta siniestralidad) y en segundo lugar, en tanto no se puede tener seguridad de que las primas cobradas excedan o sean suficientes para dar coberturas a las pérdidas.

Todo lo analizado, como lo destaca reputada doctrina en esta materias²⁷ hizo que a principios de los años 70, en Estados Unidos de América se comenzara a analizar la insuficiente capacidad del mercado reasegurador, en especial sobre determinados ramos (responsabilidad civil profesional) y la consecuente postura de endurecimiento en las condiciones de negociación de los reaseguros, a lo que resulta menester por igual añadir que también se comenta el que para esa misma época (1970) en el Lloyds ya se habían buscado fórmulas alternativas a las del reaseguro tradicional para cubrir específicos riesgos petroleros.

Precisamente, es dentro de ese contexto de hechos y circunstancias en el que toma forma y nacimiento el hoy llamado Reaseguro Financiero, también conocido como reaseguro de riesgos limitados (*finite risk*), puesto de manifiesto en las más diversas formas y propuestas, pero cuyas características comunes, están constituidas por las aportaciones que hace la cedente al reasegurador, quien se obliga a reembolsarlos a aquél, en unión de los rendimientos que eventualmente haya producido su adecuado manejo y colocación, para el pago de siniestros y, a falta de siniestralidad, a devolverlos, con una parte de los citados rendimientos, pues la diferencia la retiene el reasegurador como remuneración a sus servicios y para cobertura de sus gastos.

²⁷ Díaz Bravo, *opus cit*, p. 140.

Anota, en el caso concreto del anterior concepto, su autor, el Dr. Díaz Bravo, que en tal caso, el reasegurador, pues, no asume por regla general riesgo de suscripción, sino sólo los riesgos financieros y cambiarios, y que de allí, resulte válido concluir que no se trate de un verdadero reaseguro, sino, conforme a ligeras variantes, de un préstamo comercial con interés, de un depósito comercial en administración o tal vez de una comisión mercantil²⁸.

Quien así piensa, estima que a pesar de su multitud de formas de manifestación, existe como denominador común de todas ellas, la de que, aún en el caso de las llamadas coberturas mixtas (*blended covers*), la entrega o depósito —que no pago— que de ciertas sumas efectúa la cedente y las que quedaran en poder de los reaseguradores para que éste las invierta y, del fondo que así debe integrarse, de capital más rendimientos, reembolse a la primera el importe de reclamaciones que puedan devenir del acaecimiento de siniestros.

A tal elemento definidor, se añadirán multitud de otras consideraciones y elementos con fundamento a los tipos de coberturas que se convengan, tales como siniestralidad esperada o pretérita, las necesidades concretas de cobertura, solvencia del cedente, situación financiera del mercado, etc.

Para el mismo comentado autor, de todo lo dicho resultan descolante s algunas notas que permiten la conceptualización jurídica que de la misma institución o modalidad contractual se hace. Así:

1. Las sumas aportadas al reasegurador por la cedente, jamás salen en realidad del patrimonio de aquél, quien las reporta inclusive en sus balances como cosa propia, pero que temporalmente se encuentran en manos del reasegurador, quien se obliga a devolverlas en las indicadas condiciones ora para atender al pago de siniestros, ora por la inexistencia de los mismos.
2. De tal modo, las sumas entregadas al reasegurador permanecen en manos de éste como depósito irregular, con la obligación de su parte de restituir su importe cuando así se convenga, pero en especial ante las situaciones motivadas por las necesidades de atender al reembolso de siniestralidad por parte de la cedente.

²⁸ *Opus cit.* p. 138.

3. El reasegurador no se obliga, salvo el apuntado caso de las coberturas mixtas, a contribuir con recursos propios al pago de siniestros y aún en tales supuestos su contribución será temporal, pues asume la forma de un crédito abierto a la cedente, cuyo importe deberá ésta cubrir en la forma y términos convenidos.
4. En tales condiciones, el reasegurador financiero, anota el autor, no asume riesgo de suscripción alguno, sino sólo los riesgos financieros o cambiarios derivados del manejo de las sumas a él confiadas por la aseguradora.

Concluye el referido Profesor “poco esfuerzo mental se requiere para concluir que tal producto no es un reaseguro, pues carece de todos los elementos que caracterizan a este aleatorio contrato: la prima, técnica y actuarialmente calculada (aún cuando acepta que en algunos casos si se la fija conforme a tales parámetros) el riesgo, la comunidad de suerte, la posibilidad de convenir, para el caso de conclusión del contrato, cualquiera de las cláusulas posibles (*run off* o retiro de cartera *cut off*), etc.²⁹.

A pesar del gran respeto que profesamos al Profesor Díaz Bravo, consideramos que en toda la construcción realizada para el análisis de la problemática de esta nueva modalidad de contratos de reaseguro, se incurre en algunas omisiones y desviación de la atención sobre otros, no intencionalmente o con el propósito de desfigurar el análisis científico, sino explicable por la sutileza con la cual deben analizarse los conceptos, elementos, causas y efectos de esa particular modalidad de contrato que resulta ser el Reaseguro, y al que hemos dedicado unas cuantas líneas de pensamiento anteriormente, de lo cual estoy seguro resultan la existencia de hechos que demuestren en forma irrefutable aún para los más encarnizados enemigos del Reaseguro Financiero, que en los mismos SI existen todos los elementos técnicos que configuran al reaseguro, y la evidente asunción de los riesgos propios de esa modalidad contractual.

En efecto, mientras así se expresan el Profesor Díaz Bravo, en cambio Paterson y un completo estudio conducido por la Suiza de Reaseguros, cuya responsabilidad asumen Alex Durrer y Thomas Hess,

²⁹ *Opus cit.* p. 141.

Directores de Estudios económicos de dicha Empresa³⁰, enfocan la situación de manera diferente, si bien el primero advierte claramente que el reaseguro financiero no es una alternativa al reaseguro tradicional, o en el segundo que esos particulares rasgos que caracterizan las figuras del reaseguro *finite*, también encuentran cabida en el seguro tradicional, en las nociones de límites de responsabilidad y participación en los beneficios, y es en todo ello, a nuestro entender, donde se encierra lo que procuramos y queremos destacar, esto es, que tampoco por el hecho de que no resulte tal modalidad una alternativa al reaseguro tradicional, que sean de la esencia de dicho contrato la existencia de las indicadas cláusulas de exclusión/participación, el que no deba considerarse a dichas modalidades de contratación como verdaderas formas de reaseguro³¹.

En el mencionado trabajo de la Suiza, se da como un concepto de dichas modalidades de reaseguro, el de una figura contractual de reaseguro en la cual se combinan la transferencia de riesgos y la financiación de riesgos, en la que el valor actual del dinero reviste una importancia muy particular, y destaca igualmente que con ello, más que consolidar una definición se procuran destacar los siguientes rasgos relevantes de la mayoría de las soluciones *finite*:

- Aceptación limitada del riesgo por parte del reasegurador;
- Repartición del resultado con el asegurador directo (viene a ser la contraprestación a la aseguradora cedente por la aceptación limitada del riesgo por parte del reasegurador *finite*,
- Períodos contractuales plurianuales, e
- Inclusión explícita del rendimiento de las inversiones de capital, para el cálculo de la prima.

De la forma dicha, en el indicado Estudio, se precisa que el Reaseguro financiero, obviamente toma en consideración el fenómeno de transferencia de riesgos, si bien en forma diferente a los Reaseguros tradicionales, en los cuales las consideraciones sobre los riesgos de sus-

³⁰ Boletín Sigma W 5/97 de la Suiza de Reaseguros, s/p imprenta, abril 1997, que en lo sucesivo identificaremos como “El Estudio, o El estudio sobre la transferencia de riesgos *finite*”.

³¹ Cfr: p 105 en torno al trabajo del primero citado, y en cuanto al segundo de los comentados, con la expresa advertencia de que solo viene referido, como se lo indica en su texto al seguro directo no-vida, pp. 4 ss.

cripción tomaban un papel secundario. En los financieros, juegan papel fundamental los riesgos de suscripción, teniendo como tales los que provienen de las cuantías efectivas de los siniestros, diferente a la de los siniestros esperados, bien sea por condiciones modificadas (riesgo de cambio) o de aleatoriedad (error en riesgos esperados) o circunstancias fortuitas, al igual que los riesgos por y para el momento adecuado (timing), donde los errores o casualidad de la exigibilidad del pago, puede hacer producir variaciones considerables en la cuantía de los montos asumidos como riesgos y, finalmente, por ser contratos plurianuales, toman papel igualmente preponderante los de cambio, los de inversión, etc. y que no decir, finalmente de los riesgos de crédito que comporta el permanecer atados por más de un período ante las constantes fluctuaciones de algunos mercados crediticios³².

Por lo demás, igualmente debe destacarse, a juicio de Paterson, que los seguros *finite*, puede darse en ocasiones en que complementen los productos de reaseguro tradicionales, mediante la aportación de formas no tradicionales de financiamiento y con la advertencia de que cuando en la práctica se suceden fenómenos ubicados en los extremos esperados, ninguna de las figuras funcionan bien (ni los Reaseguros tradicionales, ni los financieros), así, cuando la siniestralidad es muy superior a la esperada, el reaseguro financiero pierde eficacia ya que no ha habido transferencia de obligaciones y consecuentemente ninguna mejora en la cuenta de resultados³³.

Lo dicho explica porqué, al margen de las dos figuras que ahora contraponemos, han surgido por igual los llamados contratos de “Reaseguros alternativos”, que combinan los aspectos claves de las dos citadas modalidades.

Para concluir señalaremos que en el contexto de las diversas ventajas de los productos antes referidos, se deduce que el producto alternativo si pretende tener eficacia, tendrá que permitir al cedente el dejar al reasegurador con una pérdida sustanciosa (es decir, mejorar solvencia) y aportara cambios predecibles y estables en las primas, de modo que una forma de inestabilidad (pagos de siniestros) no se sustituya por otra forma de incertidumbre (pagos de primas).

³² Estudio, p. 11 y 12.

³³ *Opus cit.* p. 105.

Todo lo dicho, en adición pone de manifiesto un aspecto sustancial que suele olvidarse tanto a las autoridades como a los legos en la materia, esto es, una vez más el reaseguro, como el contrato de seguro, deben y tienen que estar fundados en un absoluto equilibrio y en la buena fe. De no existir un entendimiento más profundo sobre la naturaleza subyacente de los riesgos de suscripción, no podrá obtenerse ningún resultado deseable ni para una ni para otra de las partes.

Tal entendimiento requiere fijar unas reglas claras para medir las probabilidades de pérdidas, so pena de que cualquiera de las partes del contrato se vea frustrada, en todo caso, tales negociaciones suponen utilizar modelos de simulación estadística de alta calidad, para comprobar las estructuras de los contratos contra la siniestralidad probable. En mercados inestables, no habrá equilibrio y se endurecerán más las condiciones de reaseguros y puede llevar a las empresas aseguradoras a cambiar las necesidades de reaseguro por las de incertidumbre y asunción indebida de porcentajes de riesgos, lo cual por igual se traducirá en una mayor actividad para los órganos de control.

Cuando los mercados no están dispuestos a conceder capacidades significativas de cobertura a ningún precio, los compradores de coberturas se ven obligados a concurrir a los reaseguros puramente financieros (porque no dejan de ser, aún con todas sus negativas consecuencias, una forma de reducir o eliminar los riesgos para el reasegurador). El problema es que por igual el cedente hará que el reaseguro haga perder el valor económico de la transferencia del riesgo. Un producto que combinara lo mejor de ambas modalidades tendría un coste superior a un contrato de no riesgos, pero costaría menos que una transacción a riesgo puro³⁴.

No queremos concluir estas consideraciones sin llamar la atención sobre un aspecto a nuestro entender de particular importancia, en efecto, en el lugar y región donde como hemos visto se generaron los contratos finte, en 1992, se hubieron de producir significativos cambios en las regulaciones oficiales sobre estas materias, con lo cual, es cierto que se establecieron unos ajustados parámetros para reputar la existencia efectiva de reaseguros, pero por igual, comedidamente fue menester aceptar la presencia, existencia y utilidad de esa modalidad de los con-

³⁴ Paterson, cfr. p. 109.

tratos de reaseguro financiero. En efecto, primero la U.S. FINANCIAL ACCOUNTING STANDARD BOARD (FASB), mediante la resolución 113 y luego la UNITED STATES GENERALLY ACCEPTED ACCOUNTING PRINCIPLES (US GAAP,) fijaron como requisitos para aceptar como contratos de reaseguros y para reflejar efectos en las cuentas de pérdidas y ganancias, que la celebración de tales contratos debían contener, en primer lugar, una proporción significativa de riesgos de suscripción y de *timing*, pues el solo riesgo relativo al **momento** del pago de la indemnización ya se reputaría suficiente, aún cuando podían existir limitaciones contractuales a las indemnizaciones y, en segundo lugar, se exigió que el reasegurador corriera con un riesgo de pérdida igualmente significativo, tanto en lo que atiene a magnitud como a probabilidades de ocurrencia. Como se observa, en ambos casos, a pesar de que con ello se procuraba aclarar las cosas, se dejó pendiente la adecuada definición del término “significativo, significativo”³⁵.

Todo lo dicho, señala y destaca el comentado Estudio, ha hecho que algunas de las manifestaciones de los contratos finite queden en veces excluidas o relevadas, mientras otras adquieren mayor relevancia y comportan regulaciones especiales para las liquidaciones de contratos, etc. con, por supuesto, mayores exigencias de controles por parte de las autoridades competentes.

Expresamente no entramos a examinar diferentes modalidades o tipos de contratos finite, para no extender innecesariamente nuestra exposición, ni distraer la atención de su finalidad principal, cuál debe ser la de evaluar la verdadera naturaleza de contratos de reaseguros bajo la modalidad finite y pretender demostrar que por el solo hecho de que se rompan los extremos formales tradicionales, no por ello se puede afirmar claramente que con las mismas se violen normas o principios fundamentales, se atente contra la solvencia de las aseguradoras, etc.³⁶

³⁵ Estudio, p. 23. Donde se destaca, además que es Gran Bretaña ocurrió un hecho similar.

³⁶ Para un examen más detallado de las variedades de reaseguros finite, remitimos al Estudio, pp 13 ss, pero en todo caso entre otros valen la pena mencionar los de “*lost port folio transfer* (LPT), con su variante TD (*time and distance*), los *Adverse covers* (ADC), los *Finite quota shares* (FQS), los *Spread Loss Treaties* (SLT), entre otros.

V. CONCLUSIONES

1. A la luz de todo lo examinado no resulta acertado *prima Jade* considerar reprobables, desechables e inclusive contrarios a las normativas éticas o jurídicas del seguro, la existencia y uso de los contratos de reaseguro “*finite risk*: o no tradicionales”.
2. Por el solo hecho del contenido eminentemente económico y financiero de los presupuestos con los cuales se hacen los estudios, cálculos y fijación de límites para el funcionamiento de los contratos *finite risk*, no debe concluirse que por la preeminencia de tales consideraciones financieras, dichos convenios se tornan en malignos o descalificados de las coberturas con ellas perseguidos.
3. En cada caso concreto para precisar la verdadera naturaleza y esencia de un convenio, será menester, definitivamente conocer a cabalidad los términos de dichos contratos, pues si en efecto solo se usa el nombre de “reaseguro” tradicional o no, para encubrir pactos de otra naturaleza, obviamente que no podrán ser aplicables a los mismos las reglas del contrato de reaseguro en ninguna de sus modalidades, esto es, tradicionales, no tradicionales o alternos.
4. Las autoridades, empresas calificadoras de estándares, y los asegurados interesados, que cuenten con departamentos de análisis de capacidad aseguradora, deberán examinar detenidamente la fortaleza patrimonial de las aseguradoras, sus cúmulos de retenciones, y sólo cuando en efecto se deduzca del excesivo compromiso de sus activos y reservas, y de la ineficacia de los resultados de los contratos de reaseguro no tradicionales, inclusive los llamados alternos, es que podrá tomarse un criterio definido para considerar no existen coberturas adecuadas, o adoptar medidas de urgencia o previsión.
5. En el mismo orden de ideas consideramos inapropiada la terminología “reaseguros financieros” para destacar la no bondad de esas nuevas modalidades de contratación de los reaseguros, prefiriendo por ello la denominación de contratos de “reaseguro *finite risk*, o de responsabilidades pre establecidas”.

6. Resulta inadecuado estimar para la ponderación de las coberturas de tales contratos, la sola consideración de que no constituyen verdaderas “transferencias de riesgos” si no se complementan tales razones indicando bien a cuales riesgos se alude (la falta de eventual solvencia o liquidez) y descartando claro está cualquier confusión que comporte la pretensión que tales deben ser considerados los riesgos asumidos directamente por los aseguradores directos, o sus montos, tipos de cobertura o calidad de ellos.

Claramente debe tenerse presente la diferente calidad de riesgos que se asumen en uno y otro tipo de contratos.

7. En Venezuela, la normativa legal *ad hoc* vigente no permite hacer diferencia alguna en la diversidad tipológica de los contratos de reaseguros, y, por tan to, pretender exigir modificación de contratos o condiciones contractuales de reaseguros, por el hecho de que algunas sean del tipo *finite risk*, mças bien resulta contrario a dicha normativa, la que, en todo caso permite cualquier forma de reaseguro (bajo cualquier régimen o modalidad) con la sola limitación que las usadas resguarden la “estabilidad” de las empresas³⁷.

Claro está que salvo situaciones burdas, solo podrá precisarse cualquier desviación, presentado el problema que puede producirse con ocasión de la liquidación de siniestros cuantiosos, de los cuales podrá llegarse a la conclusión de lo inadecuado de las citadas coberturas (por poner en situación de inestabilidad a la empresa de que se trate) en tanto que toda otra consideración resultará extemporánea o inadecuada, pues cualquier otra consideración, está atada a un álea, sólo definible al producirse el evento que hace procedente las liquidaciones.

Lo contrario permitiría a la autoridad de control ir más allá del espíritu y propósito de la ley, con lo cual su conducta administrativa resultaría no solo violadora del principio de legalidad, sino por igual, atentatoria a la libertad de comercio.

³⁷ Art. 102 LESR, único que a nuestro entender permite fijar en forma más menos imprecisa los verdaderos límites bajo los cuales deben ser contratados los reaseguros, al usar la mención “en resguardo de la “estabilidad” de las empresas”.

8. Es obvio que una reforma de la legislación, bien del contrato, bien de la actividad, debe incluir claramente criterios y parámetros más precisos que permitan interpretar mejor el objeto y contenido de los reaseguros autorizados, que no solo vinculen al asegurador a adoptar medidas convenientes para mantener sus índices de efectiva solvencia y liquidez, sino que faciliten a la autoridad de control sus labores de inspección y vigilancia, de lo contrario difíciles y dispendiosas en tiempo y necesidades.

En todo caso resulta deseable que quede en manos de la Autoridad de control resolver en cuales supuestos, inclusive, las formas de reaseguro finite pueden admitirse, además, con cualesquiera otras garantías que aseguren el debido pago de los compromisos a los asegurados, sin poner en peligro la estabilidad y solvencia de las aseguradoras, pero no negar su procedencia y existencia a priori en la misma ley.

9. Resulta innegable el papel ordenador y educativo que viene cumpliéndose con las limitaciones a las responsabilidades abiertas que permitían los viejos esquemas de los reaseguros tradicionales, en tanto los aseguradores directos deben y tienen que tomar muy en cuenta las necesidades de una adecuada gerencia de sus riesgos. Los reaseguros *finite risk* son clara expresión de la necesidad del control y atención que ambas partes deben poner sobre la selección de los riesgos, capacidad de responder a los siniestros, fijación de los plenos, etc.
10. En el interim, hasta tanto se produzca la clarificación legislativa pertinente, somos de opinión que la verdadera fundamentación con la cual deben procurarse los correctivos y sanciones que son del caso, en supuestos en que válidas las aseguradoras y reaseguradoras del uso inapropiado o tergiversado de modalidades contractuales, más que fundárselas en las normas de control e inspección o en las potestades que facultan al órgano contralor para ordenar y controlar contabilidad y estados financieros, debe estarlo en la declaración básica de necesidad de proteger “la necesaria estabilidad financiera” que requiere la actividad aseguradora y que exige la

buena fe del contrato de seguro y la debida técnica y seriedad con la cual deben manejarse sus negocios. Esa norma rectora, ese principio cardinal, no sólo está implícito en varias normas expresas de la ley especial y de su reglamento, sino en el propio Código de Comercio y, expresamente se lo contempla en relación con el uso del reaseguro ex artículo 102 de la LESR. Por lo demás, en tales casos, de ser procedente, si el negocio simulado o no, supone dolo, provoca o induce a engaño y existen pruebas de ello en las actuaciones de aseguradoras o reaseguradoras, hay tipos penales suficientes, especiales y generales, que deben y tienen que ser aplicados. Será la misma colectividad, el conjunto de las empresas del ramo y juristas y técnicos, quienes aplaudirán el recto proceder de la autoridad cuando se sancionen tales anomalías, lo contrario es acabar, como se viene acabando en otras muchas actividades con la credibilidad en las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL SOBRE EL TEMA

- CHARTERED INSURANCE INSTITUTE, Manual de Reaseguros, España, Edit. Mapfre, Madrid, 2a Edic. 1976, Isbn 84.7100-019-9.
- HAGOPIAN, Mikaél y LAPARRA, Michel, Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro, España, Edit. Mapfre, 1996, isbn 84-7100-911-0.
- SAMANIEGO, Manuel, El Reaseguro en Venezuela, Teoría, Práctica y Función., Venezuela, Fondo Editorial Cencover, 1982.
- TEJERIZO, Juan Antonio, Reaseguros, Nuevas tendencias en el Mundo, en Primer Encuentro Internacional de Seguros y Reaseguros, Perú, Autores varios, Perú, Edit. Marta Alvarez Y, 1986.
- TIRADO SUAREZ, Francisco Javier, Ley Ordenadora del Seguro Privado, Exposición y Crítica, España, Pub. De la Universidad de Sevilla, España, 1984, Isbn 84-7405-301-3.