

Incorporación de la Cláusula de Comunidad de Suerte en el condicionado de un contrato de seguro bancario

Previamente, debemos precisar que el anexo contentivo de la citada cláusula no se encuentra aprobado por esta Superintendencia de Seguros, tal como lo prevé el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1).

A todo evento, la Cláusula de Comunidad de Suerte atiende al supuesto según el cual el reasegurador (en contratos obligatorio o automáticos) comparte la suerte de la cedente dentro de los términos y condiciones del contrato de reaseguro, suerte que está circunscrita a la suscripción que efectúe la aseguradora con respecto a las prestaciones que ésta tenga que realizar en razón de sus contratos de reaseguros y notas de cobertura(2). De allí que garantizados los mismos términos y condiciones, el reasegurador debe seguir los acuerdos del reasegurado (empresa de seguros cedente). Todo ello en acatamiento del principio de relatividad de los contratos, según el cual el convenio sólo surte efectos entre los contratantes. Dicha regulación se encuentra prevista en el artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro(3).

Adicionalmente, dicha disposición normativa contempla la posibilidad de que el contrato de reaseguro prevea relaciones entre el reasegurador y el tomador, asegurado o beneficiario del contrato de seguro. En este aspecto, se discute la pertinencia de dichos vínculos y la naturaleza de las obligaciones y derechos a cargo de cada una de las partes. En efecto, la mayor parte de la doctrina y legislaciones extranjeras han sido renuentes a reconocer la existencia de una relación directa entre el reasegurador y el tomador; así, el Profesor Carlos Ignacio Jaramillo enseña: " efectivamente, que el asegurado entre en contacto en forma directa con los reaseguradores, y sugiera la incorporación en el contrato de seguro de sendas cláusulas o estipulaciones, tales como la denominada cut through , o defina -o indique- que la cesión del asegurador directo será total -o casi total- (Fronting) o, incluso, seleccione la cotización -económica- más adecuada a sus intereses, entre otros ejemplos más -todo a espaldas del asegurador o con su aquiescencia nominal-, es algo que riñe, de manera abierta con la labor

privativamente asignada a aseguradores y corredores. ". (Distorsión del Reaseguro Tradicional, página 236, Santa Fe de Bogotá, 1999)(4).

En el derecho colombiano observamos que el artículo 1135 del Código de Comercio establece que: " 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 aquel".

En la doctrina argentina tenemos que los abogados Mabel Barreca, María Claudia Rosés y Roberto Luis Adelfi, señalan: "Actualmente, el principio general, aceptado unánimemente descarta una vinculación jurídica directa entre asegurado y reasegurador, con lo cual es obvio que no habría una acción entre ellos. Sin embargo, las nuevas características y necesidades que se han ido perfilando en los negocios, han traído como consecuencia la utilización de cláusulas, que según como se las considere entrañarían una verdadera desnaturalización del concepto clásico de reaseguro. " (5) En ese sentido, el artículo 159 de la Ley Argentina de Seguros dispone que si bien la entidad aseguradora puede, a su vez, reasegurar los riesgos asumidos, es la única obligada con respecto al tomador del seguro.

Sin embargo, como bien lo dicen los citados abogados, se han venido utilizando, en los contratos de seguros, algunas cláusulas relativas a los contratos de reaseguros; a saber:

- 1.- Cláusula de cooperación y control de siniestros, según la cual el reasegurador se reserva facultades que son propias del asegurador directo, por lo que el reasegurador participa activamente en la gestión del riesgo y, en especial, en la liquidación del siniestro.
- 2.- Cláusula de pago simultáneo, con la que el asegurador directo subordina el pago de la indemnización del asegurado a la recepción del pago de la prestación a cargo del reasegurador.
- 3.- Cláusula de insolvencia, por medio de la cual el asegurado, en caso de presentarse la insolvencia del asegurador, puede exigir directamente del reasegurador el pago de la indemnización. En Venezuela, los artículos 127 y 128 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro establecen el régimen aplicable a la liquidación de las empresas de seguros cedentes(6).

4.- Cláusulas cut through , mediante la cual el reasegurador reconoce el derecho del asegurado de reclamarle directamente la parte por la que es responsable.

5.- Cláusulas que establecen la prevalencia de las estipulaciones del reaseguro frente al contrato de seguro.

Comentadas las disposiciones contractuales que asoman la posibilidad de la existencia de una relación directa entre asegurados y reaseguradores, pasa esta Superintendencia de Seguros a emitir su opinión sobre la cláusula sometida a consulta.

En tal sentido, el encabezado de la disposición contractual en comento estipula:

"Por cuanto los términos y condiciones de la Póliza Nro. 085-10000522, y sus renovaciones han sido convenido entre el asegurado y los reaseguradores, el presente anexo forma parte de la misma y crea relaciones entre las partes que lo suscriben, como sigue: .".

Esta primera parte de la cláusula recoge lo previsto en el artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en cuanto a que el tomador y los reaseguradores pueden establecer relaciones contractuales entre ellos; por lo que hasta aquí, no existe ningún hecho objetable jurídicamente por este Organismo.

El punto impugnado de las relaciones entre las señaladas partes se circunscribe a la naturaleza de las obligaciones y derechos que contraen, por lo que de seguidas se pasa a analizar los vínculos establecidos mediante la cláusula de comunidad de suerte sometida a evaluación, a saber:

1- El Asegurado o Contratante conoce los términos y condiciones del contrato de reaseguro en consecuencia acuerda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley del Contrato de Seguros que, si cualquiera de los Reaseguradores no cumple con sus obligaciones de pago a la compañía o al Asegurado o beneficiario, por cualquier razón, la responsabilidad de la Compañía frente al Asegurado o beneficiario bajo el contrato de seguro Nro. 1000522, será reducida en la misma proporción de la participación de tal reasegurador.

2- El Asegurado o Contratante reconoce y acepta que, le son extensivas todas las obligaciones y derechos y sus consecuencias que puedan corresponder a la Compañía con ocasión de los contratos de reaseguros, correspondientes a esta póliza.

3- Las obligaciones de la Compañía suscrita bajo el contrato de seguros Nro. 1000522, es un fronting y está limitada solamente a la extensión porcentual de suscripción individual de cada uno de los reaseguradores participantes en el contrato de reaseguros. La Compañía y los Reaseguradores participantes en el contrato de reaseguro no son responsables por las obligaciones de ningún coreasegurador quien por cualquier razón no cumpla todas o parte de las obligaciones derivadas de esta póliza.

Sobre el particular, observa esta Superintendencia de Seguros que dicho acuerdo prevé la exoneración de responsabilidad de la compañía de seguros, cuando el reasegurador, por cualquier motivo, no cumpla con su obligación de pagar, lo cual pareciera constituir una especie de cláusula de cooperación y control de siniestros, pues se subordina el pago del mismo a la decisión que asuma el reasegurador. Tal condición es contraria al principio de comunidad de suerte, señalado precedentemente, pues bajo tal precepto, si la compañía de seguros quedó obligada al pago del siniestro, el reasegurador igualmente debe satisfacer la parte de la obligación que ha contraído; toda vez que con el contrato de reaseguro la empresa aseguradora pretende proteger su patrimonio ante la necesidad eventual de pagar indemnizaciones bajo las pólizas de seguros que conforman su cartera.

Respecto de dicha contradicción, nos permitimos mencionar el caso de la jurisprudencia inglesa "Insurance Company of África (ICA) vs Scor (UK) Reinsurance Co. Ltd" de 1985, en el cual el juez Legatt condenó a la firma reaseguradora (Scor) a pagar el valor del reclamo, además de los daños punitivos por la demora en el pago y las costas judiciales, fundamentándose en que la cláusula de comunidad de suerte prevalece sobre la cláusula de control de reclamos. Asimismo, en 1989, en el caso "Vespa vs Butcher", la decisión de los tribunales ingleses se inclinó por dar prevalencia a la cláusula de comunidad de suerte sobre la cláusula de control de reclamos y sentó el principio de que ello ocurre cuando se trata de un reclamo válido y que resulta inobjetable de acuerdo con la ley propia de la póliza original(7).

Adicionalmente, se observa que con la disposición contractual sometida a examen el pago al asegurado o beneficiario se encuentra diferido hasta tanto el reasegurador convenga en indemnizar, siendo que bajo el contrato de reaseguro, la obligación del reasegurador, se reitera, consiste en indemnizar al reasegurado (empresa de seguros) al verse vinculado a un débito patrimonial como consecuencia de un siniestro bajo la póliza de seguro, de allí que cualquier otra estipulación contractual que pretenda dejar sin efecto ese propósito, es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, por atentar contra la licitud de la causa, del objeto o por configurar un abuso de derecho o posiblemente un fraude a la ley.

Como expone el Profesor de la Universidad Javeriana de Colombia Jorge Eduardo Narváez Bonnet: ". esa gama de estipulaciones que pretenden supeditar los efectos del contrato de seguro a estipulaciones del contrato de reaseguro, resultan cuestionables porque pretenden dejar sin efecto la autonomía del asegurador ante el surgimiento de su obligación condicional, prácticamente a desvirtuarla y con ello a desquiciar uno de sus elementos esenciales. A permitirle cabida a una eventual exoneración del asegurador en virtud de un proceder del reasegurador, al desconocer su responsabilidad o pretender limitarla, porque esto conllevaría negarle autonomía a un extremo de la relación asegurativa y una alteración en la confianza reciproca que los animó para perfeccionar el vínculo comercial. Equivaldría a permitirle al asegurador eludir su responsabilidad y la obligación fundamental a su cargo en el contrato de seguro. "(8).

Concordante con tal doctrina, el artículo 83 de la Ley 45 de 1.990, que modificó el artículo 1080 del estatuto mercantil colombiano, dispone que: " El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y el asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro. ".

En nuestro derecho positivo observamos que por virtud del contrato de seguro, la empresa de seguros queda obligada a indemnizar los daños experimentados por los tomadores, asegurados o beneficiarios a consecuencia de los siniestros cubiertos por la póliza(9).

En ese orden de ideas, el artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro establece con carácter imperativo, la obligación de la compañía de seguros de indemnizar el siniestro(10); siendo que de acuerdo con lo previsto en

el artículo 41 ejusdem, tal pago debe efectuarse en los plazos previstos en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, pues su incumplimiento queda sujeto a sanciones administrativas(11).

Es de observar que la cláusula analizada contempla en el numeral 2 que el asegurado asume las obligaciones, derechos y las consecuencias que correspondan a la compañía de seguros, y en el numeral 3 que las obligaciones de la compañía suscrita bajo el contrato de seguro Nro. 1000522, es un fronting, lo cual establece una relación directa entre el asegurado y el reasegurador, que amerita ser comentada.

En efecto, el reasegurador ocupa el lugar del asegurador cedente, constituyéndose éste en un mero delegado pues en relación con el siniestro no podría actuar sin el consentimiento de aquél, lo que hace presumir que el reasegurador es el verdadero asegurador del tomador. En cuanto al fronting, operación mediante la cual las compañías de seguros ceden el ciento por ciento (100 %) del riesgo al Reasegurador (o retienen una parte muy pequeña del seguro), observamos que tal negociación es: " la puerta de entrada (y la justificación) de innumerables Cláusulas Abusivas, en perjuicio de la empresa asegurada"(12); siendo la principal consecuencia del fronting, que la compañía de seguros pretende eximirse de las responsabilidades legales, que por derecho le corresponden.

Como puede observarse, al crearse una relación directa entre el reasegurador y el asegurado se distorsiona el contrato de reaseguro, en los términos precedentemente indicados, aproximándolo a un contrato de seguro, y en el caso específico del anexo en estudio, en un coaseguro o pluralidad de seguros (conurrencia de dos o más aseguradoras en la cobertura de un mismo riesgo) por la existencia de varios reaseguradores, apariencia de contrato de seguro que tiene consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con las siguientes hipótesis: si se interpreta como una operación de seguros, resulta nula por tratarse de un contrato de seguro celebrado con una persona jurídica incapaz para realizar la actividad aseguradora (las compañías de reaseguros no pueden operar como empresas de seguros); si se trata de un contrato de seguro suscrito con una reaseguradora extranjera, además de la situación reseñada anteriormente, los contratos de seguros celebrados en el exterior carecen de validez en

Venezuela(13), entre otras razones, porque ante el eventual incumplimiento de la empresa extranjera la demanda deberá intentarse en el domicilio de aquella, bajo el ordenamiento jurídico que la regula.

Como puede observarse, la cláusula de comunidad de suerte estipulada en el anexo 1 de la póliza N° 085-1000522, además no estar aprobada por este Organismo, de contener un marcado acento gravoso y lesivo para el asegurado, lo cual la calificaría de abusiva y, en consecuencia, nula por mandato del artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro(14), es violatoria del ordenamiento jurídico que regula la actividad aseguradora.

(1) Las pólizas, anexos, recibidos, solicitudes y demás documentos complementarios relacionados con aquellos y las tarifas y arancel de comisiones que usen las empresas de seguros en sus operaciones, deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia de Seguros.

(2) Suiza de Reaseguros. El Reaseguro de los Ramos Generales. Quinta Edición. Zurich, 1988, página 65.

(3) 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 .

(4) MANGIALARDI, Eduardo. Coordinador. VII Congreso Iberoamericano de Derechos de Seguros. Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001. Página 240.

(5) MANGIALARDI, Eduardo. Coordinador. Derechos de Seguros VII Congreso Iberoamericano de Derechos de Seguros. Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001. Página 215.

(6) Artículo 127. 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.

Artículo 128. 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 aquella 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.

(7) Al respecto véase: MANGIALARDI, Eduardo. Coordinador. Obra citada. Páginas 189 y 190.

(8) En MANGIALARDI, Eduardo. Coordinador. Obra citada. Página 201.

(9) Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Artículo 5. El Contrato de seguro es aquél en virtud del cual una empresa de seguros, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos, que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados el daño producido

al tomador, al asegurado o al beneficiario, o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia de un evento denominado siniestro, cubierto por una póliza.

(10) Pagar la suma asegurada o la indemnización que corresponda en caso de siniestro en los plazos establecidos en este Decreto Ley o rechazar, mediante escrito debidamente motivado, la cobertura del siniestro.

(11) Las empresas de seguros que sin causa justificada, a juicio del Superintendente de Seguros, eludan o retarden el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus contratantes, asegurados o beneficiarios, serán sancionadas, de acuerdo con la gravedad de la falta, con multa comprendida entre cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) y el equivalente en bolívares a quinientos (500) salarios mínimo urbano; sin perjuicio de que le sea suspendida temporalmente la licencia o revocada la autorización para actuar en el ramo donde ocurra la demora.

(12) SOBRINO. Waldo . www.estudio-sobrino.com.

(13) Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros Artículo 4°.- Los contratos de seguros que se celebren en el exterior no producirán efectos en Venezuela, aunque hubiesen sido hechos por empresas autorizadas conforme a esta ley, a menos que la prima correspondiente haya ingresado real y efectivamente al patrimonio de una empresa en el país, de acuerdo con tarifas aprobadas en el mismo.

(14) Los contratos de seguros no podrán contener cláusulas abusivas o tener carácter lesivo para los tomadores, los asegurados o los beneficiarios. Los

contratos de seguros se redactarán en forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas que contengan la cobertura básica y las exclusiones. Todo contrato de seguro estará sometido a las autorizaciones de la Superintendencia de Seguros, en los términos previstos en la ley que rige la actividad aseguradora.