

XVII Congreso Nacional de Seguros Mendoza, 2, 3 y 4 de Mayo de 2018

Comisión N° 5: Reaseguros.

Ponencia: Ley y Jurisdicción en los contratos de reaseguro.

Autor: Carlos A. Estebenet

1

Al igual que en otras cuestiones que suceden en la República Argentina, el marco legal de reaseguro ha tenido vaivenes que lo han caracterizado como frágil a los ojos de los naturales operadores internacionales.

En este devenir de la historia de la actividad hemos pasado de un sistema de monopolio estatal a uno de libertad total con alguna fiscalización.

Luego del fracasado intento del año 2.011 en fundar lo que se dio en llamar un mercado de reaseguros “Local”, en la actualidad convive un sistema de libertad con ciertas restricciones meramente artificiales entre las cuales se incluye una mínima reserva de mercado para un futuro cercano.

Es que por más que las regulaciones pretendan establecer sistemas voluntaristas, la realidad se impone al igual que la “ley de la gravedad” y por lo tanto la “Capacidad” de tomar riesgos es lo que determina quienes serán los receptores de los mismos.

De todos modos, si bien se ha producido una importante evolución en las regulaciones emitidas por el supervisor en favor de una oferta amplia y de calidad en la materia, quedan algunas cuestiones que no se compatibilizan con la naturaleza propia del reaseguro, las características de las partes que celebran el contrato y la evolución de las legislaciones, en especial la que surge del Código Civil y Comercial de la Nación en el Título IV del Libro Sexto : “ Disposiciones de Derecho internacional privado”.

Me refiero específicamente al punto de la ley y jurisdicción aplicable al contrato.

Debo dejar aclarado que desde la disolución del Instituto Nacional de Reaseguros (INdeR) a los inicios de la década del 90, la actividad no ha tenido norma de nivel legislativo que la enmarque.

El órgano de supervisión ha llenado dicho vacío con su actividad reglamentaria y ello no implica que sea la vía adecuada, especialmente en materias que lo pueden exceder como ser las restricciones a la libre elección por parte de las cedentes de su reasegurador y la operación de las entidades extranjeras en tanto no se encuentra prohibida por ley del congreso su actividad a nivel local.

2

En el Reglamento general de la Actividad Aseguradora (RGAA) se incluyen normas sobre el reaseguro y entre ellas se destaca la que ponemos en crisis(Anexo del punto 2.1.1.) y que expresa:

“9.5. En todos los Contratos de Reaseguro que se celebren de acuerdo a lo establecido en el presente régimen deberá establecerse la aplicación de la legislación argentina y someterse cualquier conflicto a los tribunales nacionales, quedando prohibida la prórroga de jurisdicción a tribunales extranjeros. Sólo se admite el sometimiento a Tribunales Arbitrales con sede en la Argentina y, en todos los casos, debe aplicarse la legislación argentina”

“9.6. Los Contratos de Reaseguro celebrados en violación de la presente Resolución, no serán oponibles a este Organismo a efectos de acreditar el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, ni se tendrán en cuenta para las relaciones técnicas de las entidades cedentes.”

Lo que expresan ambos puntos del Reglamento es que Los contratos deben prever la aplicación de la ley y jurisdicción local.

En caso de arbitraje, además, la sede del tribunal debe estar situada en la República Argentina.

El incumplimiento trae consecuencias de carácter administrativo en materia de supervisión, ya que imposibilita que el contrato sea tenido en cuenta para la observancia de las relaciones técnicas y/o de normas, por la tanto puede generar la imposición de sanciones pero en ningún caso la nulidad del mismo ni de cláusula en particular.

En el título IV del Libro VI del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) se han introducido normas específicas sobre derecho internacional privado¹, estableciendo principios que resultan favorables a la libertad de las partes en materia contractual y que parecerían contradictorias con las emitidas por el organismo de control cuya permanencia en la reglamentación es de antigua data.

Es claro que parto de la base fundamental en el sentido que no resultan de aplicación los artículos 16 y 57 de la Ley de contrato de Contrato de Seguro 17.418² en tanto resultan normas específicas del seguro ajenas al reaseguro.

Es así que en materia Contractual y especialmente en el ámbito de los derechos disponibles, el CCCN establece el principio de libertad en materia de elección de la ley y del foro.

Lo expuesto surge del sistema que comprende los Arts. 2.601y 2.650 del CCCN que establecen la posibilidad de prórroga de jurisdicción y elección del foro, con las excepciones previstas en el Art. 2.609 del CCCN que establece los supuestos de jurisdicción exclusiva.³

En este último punto existen tres supuestos muy específicos relacionados con derechos reales, validez y nulidad de sus inscripciones y de las correspondientes a patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales o derechos análogos.

Pero el punto que más interesa a esta ponencia es la referencia a la ley, esto es que la prórroga se encuentre prohibida por la ley, tal como se establece en el Art. 2.605 del CCCN⁴.

En materia de elección del derecho rige el principio de autonomía de la voluntad y por lo tanto las partes tienen la facultad de decidir el derecho al cual se sujetarán.

¹ Título IV Disposiciones de derecho internacional privado.

² Art. 16. Se prohíbe la constitución de domicilio especial. Es admisible la prórroga de la jurisdicción dentro del país. Art. 57. Son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza. La valuación del daño puede someterse a juicio de peritos.

³ ARTICULO 2609.- Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

En defecto de elección por las mismas partes, se incluyen normas específicas que resuelven la cuestión según las pautas e información que surge del contrato, sobre las cuales volveré más adelante

Hay que tener presente que siempre me refiero a supuestos en los que se encuentra comprometida la materia patrimonial y va de suyo en el ámbito de los derechos disponibles.

Esta facultad esta precisamente establecida en el primer párrafo del Art. 2.651 del CCCN⁵.

Si esta situación la trasladamos al supuesto de Arbitraje, permitido por la reglamentación del supervisor, cumple con las directivas del Art. 1.649 del CCCN en el sentido de que estamos frente a cuestión de derecho privado y en modo alguno se encuentra comprometido el orden público⁶.

Por otro lado no se constata la presencia de alguna de las cuestiones excluidas previstas en la norma antedicha⁷.

4

El análisis de esta enjambre normativo dispara algunas cuestiones que hacen a la operatoria del reaseguro como natural y necesariamente internacional.

⁴ ARTICULO 2605.- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

⁵ ARTICULO 2651.- Autonomía de la voluntad.

Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones.

La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

⁶ ARTICULO 1649.- Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

⁷ ARTICULO 1651.- Controversias excluidas.

Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b) las cuestiones de familia;
- c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e) las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

En este contexto cabría preguntarse si una resolución del organismo de control puede ser considerada como ley en el contexto del régimen que prevé el CCCN y así definir que estamos en presencia de una prohibición.

De lo contrario podría pensarse que el supervisor ha excedido sus facultades al regular una materia que no le es propia en contradicción con las normas del CCCN.

Por otro lado no debe ignorarse que nos encontramos frente a derechos disponibles por las partes y por lo tanto aun cuando se hubiera pactado la ley y jurisdicción local en el contrato una vez producido el conflicto no existiría impedimento para que los contratantes resolvieran la cuestión en la forma que consideren más apropiado, incluso recurrir a métodos alternativos de solución de conflictos como ser el arbitraje y la mediación y elegir el derecho y el foro.

Entre las reglas que establece el Art. 2.651 referidas a la autonomía de la voluntad en materia de elección del derecho, se incluye: " *a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;*".

Por otro lado si no se incluyera cláusula alguna resultarían de aplicación los Arts.2.650 y 2.652 del CCCN en los que se establece para el foro la opción del actor de elegir los jueces del domicilio del demandado, del lugar del cumplimiento del contrato o del lugar de ubicación de la agencia, sucursal o representación del demandado; y para el derecho en principio por las leyes y usos del lugar de cumplimiento o del domicilio del deudor de la prestación más característica o las leyes del lugar de celebración y en casos de contratos entre ausentes las leyes del lugar del cual parte la oferta aceptada.⁸

⁸ ARTICULO 2650.- Jurisdicción. No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;
- b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;
- c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

ARTICULO 2652.- Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es

En todos los casos el foro sería el local o por lo menos a elección del local, pero el derecho aplicable podría variar según las circunstancias y aún más, podría resultar aplicable el derecho extranjero y por consiguiente las normas previstas en el CCCN⁹.

Finalmente puede ocurrir que en un contexto de acuerdo general de reaseguros, las partes consideren suscribir convenio de solución de controversias incluyendo la cláusula de ley y del foro que exceda los contratos en particular y por fuera de ellos.

En este caso el contrato en particular no se vería afectado, tampoco el orden público ya que no existe norma alguna prohibitiva de naturaleza adecuada.

Insisto con un aspecto esencial en esta ponencia: Siempre me refiero a derechos disponibles de naturaleza patrimonial.

5

Conclusiones

- a) Considero que la norma del RGAA cubren un vacío legal pero en exceso de sus facultades y en clara contradicción a la política legislativa planteada por el CCCN.
- b) El supervisor solo podría intervenir en un contexto sancionatorio y/o considerando inoponible el contrato a los efectos de las relaciones técnicas de la cedente. En todo caso cabe la posibilidad de impugnación con el fundamento mencionado en el punto a).
- c) La cuestión pierde transcendencia si las partes se ponen de acuerdo en la forma de resolver el conflicto tanto en el caso que se incluya la cláusula de acuerdo a lo requerido por el RGAA como en caso de ausencia de la misma.

el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

⁹ ARTICULO 2595.- Aplicación del derecho extranjero.

Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

- a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
- b) si existen varios sistemas jurídicos cogigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
- c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas

d) También considero válido el acuerdo que los contratantes suscriban en exceso del contrato de reaseguros en particular para regir sus relaciones en general.

e) Toda limitación que pretenda incluirse en la materia debería ser establecida por una ley del Congreso de la Nación.

Buenos Aires 26 de Abril del 2.018

relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.