

El significado de las palabras *actually paid* en la cláusula *Ultimate Net Loss*

Francisco Cañizares
MAPFRE RE

Finalmente, la Cámara de los Lores falló estimando que las palabras «actually paid» no tenían el carácter de condición previa. Bastaba con que Charter Reinsurance Co. Ltd. demostrara que tenía la obligación conocida y cierta de pagar a sus cedentes.

El 22 de mayo de 1996 la Cámara de los Lores dictó sentencia en el caso Charter Reinsurance Co. Ltd. contra los Sindicatos de Lloyd's 540 y 542.

El caso ha tenido una enorme repercusión en el mercado de Londres, no solamente por el contenido de la sentencia, sino también porque las cantidades inicialmente en litigio ascienden a unos tres mil millones de libras.

Este informe es un resumen de los numerosos análisis efectuados desde hace casi un año por las publicaciones y los despachos de abogados especializados en el sector.

El origen del litigio

Charter Reinsurance Company, Ltd. suscribió con los Sindicatos de Lloyd's 540 y 542 tres contratos de XL que incluían la cláusula «Ultimate Net Loss» (UNL), utilizada en el mercado de Londres tradicionalmente en este tipo de negocio. Los contratos establecían: «el reasegurador sólo será responsable cuando la

«Ultimate Net Loss» a cargo del reasegurado sobrepase ...£» («The Reinsurer shall only be liable if and when the "Ultimate Net Loss" sustained by the Reinsured exceeds £...») y la UNL definía el término "net loss" como la cantidad realmente pagada por el reasegurado en la liquidación de siniestros, una vez deducidos todos los recobros...» («The term Net Loss shall mean the sum actually paid by the Reinsured in settlement of losses after making deductions for all recoveries...»).

Charter recibió varias declaraciones de siniestros muy importantes y las aceptó, aunque no pudo hacer frente a su pago por haber entrado en liquidación. Reclamó entonces a los sindicatos las cantidades a las que ascendían sus deudas, pero aquéllos rehusaron la reclamación hasta tanto Charter les demostrase que había pagado a su vez previamente a sus cedentes.

El problema estaba, pues, en interpretar las palabras «actually paid»; los sindicatos sostuvieron en Primera y Segunda Instancias y en la Cámara de los Lores que había que tomarlas literalmente y que el pago real, efectivo y anterior por parte de su reasegurado constituía una condición previa inexcusable para la obtención de las cantidades pretendidas.

Por su parte, Charter argumentó reiteradamente que, al contratar, ninguna de las partes había tenido la intención de establecer la necesidad de que el reasegurado tuviera que contar con liquidez para hacer frente a los posibles siniestros antes de recurrir al amparo del contrato de reaseguro.

La sentencia

En Primera Instancia, la Commercial Court falló a favor de Charter; en Segunda Instancia, la Court of Appeal ratificó la sentencia por mayoría. Finalmente, la Cámara de los Lores falló en el mismo sentido por unanimidad, estimando que las pa-

labras «actually paid» no tenían el carácter de condición previa. Bastaba con que Charter demostrara que tenía la obligación conocida y cierta de pagar a sus cedentes; es decir, demostrar su responsabilidad, sin que fuera necesario que hubiera transferido físicamente fondos a las mismas y ello por motivos de interpretación y de tradición reaseguradora y comercial.

El resumen de los considerandos puede establecerse así:

– Si bien es cierto que, a primera vista, la cláusula podría significar que el reasegurado tenía que sufrir algún «detrimento financiero» antes de recobrar del reasegurador, en una clase de reaseguro tan especializado las palabras deben ser analizadas dentro del contexto global del contrato y teniendo además en cuenta el fondo comercial y objetivo de la transacción; de esta forma esas palabras pierden su sentido literal y se refieren más bien al cómputo o cálculo de la pérdida neta para determinar que lo que debe pagar el reasegurador es exactamente lo mismo que tendría que pagar, como responsable frente al cedente, el reasegurado. Aquí, «actually» significa «cuando la pérdida ha sido definitivamente calculada» («in the event when finally ascertained»), y «paid» quiere decir «responsable a consecuencia del siniestro asegurado» («exposed to liability as a result of the loss insured»).

– El riesgo asegurado por el contrato de XL no es la pérdida de la cedente como consecuencia de la reclamación de sus asegurados originales, sino las pérdidas sufridas por éstos con motivo del siniestro y ello porque las pólizas suscritas por el asegurado inicial con la cedente no guardan relación con los derechos y obligaciones que existen entre la cedente y el reasegurador final.

– Solamente se necesitan dos condiciones para que el contrato de XL deba cumplirse: que el siniestro ocurra dentro del período de vigencia de la póliza y que la indemniza-



ción final alcance una cantidad tal que haga entrar en juego la capa específica reasegurada.

– El mercado de Londres operando por sentado que el contrato de XL libera absolutamente al reasegurado del pago de reclamaciones cubiertas por las capas reaseguradas.

– Las normas aplicables a la solvencia de los aseguradores consideran que la cobertura del reaseguro reduce sus responsabilidades, por lo que no tendría sentido que tuvieran que pagar primero -por definición- con sus propios recursos para recobrar después de sus reaseguradores.

– El conflicto se habría evitado si se hubieran establecido en los contratos cláusulas con términos más claros e incontestables. No era, sin embargo, solución suficiente la sugerida por la Court of Appeal: las condiciones hubieran estado más claras si hubieran contenido la cláusula que utilizan los Protection and Indemnity (P & I) Clubs: «deberá ser responsable del pago y deberá haber pagado **de hecho**» («Shall have become liable to pay and shall have **in fact** paid»).

– Por último, la misión del Tribunal es aclarar lo que las partes han querido decir a la vista de los términos contractuales escritos y no limitarse a contemplar éstos en su literalidad.

Las reacciones y las posibles consecuencias futuras

– El Department of Trade and Industry (DTI), máximo órgano de control de seguros en el Reino Unido –que tiene en cuenta los posibles recobros del reaseguro cuando valora la solvencia de una entidad–, ya en diciembre de 1994 había expresado formalmente su preocupación a las aseguradoras en cuanto a un posible fallo favorable a los Sindicatos, pidiéndoles que en su siguiente presentación de cuentas hicieran constar las eventuales reduc-

ciones de sus activos para el caso de que en el futuro no pudieran obtener el pago anticipado de fondos por parte de los reaseguradores.

Una sentencia distinta a la que finalmente se dictó hubiera supuesto que el DTI revisara sus criterios sobre solvencia. Lógicamente ha mostrado su satisfacción por el resultado del litigio, y se considera que a partir de ahora intentará impedir que las partes incluyan en los contratos cláusulas que establezcan claras condiciones de pago previo.

– Los liquidadores de compañías en situación de insolvencia se encuentran también muy satisfechos; a menudo los recobros del reaseguro son el único activo importante en tales casos, de forma que una sentencia en contra de Charter hubiera sido muy negativa para esas entidades. Además, consideran que se ha eliminado el obstáculo que había para cobrar varios miles de millones de libras, lo que por otra parte puede salvar a insolventes potenciales.

– En cuanto a las partes afectadas directa o indirectamente, se piensa que los reasegurados intentarán incluir desde ahora en los contratos condiciones por las que el reasegurador deba responder sin necesidad del pago previo en casos de insolvencia; eso sí, en términos inequívocos como sugiere la sentencia.

– Ello con el argumento de que si el reasegurado no es insolvente, pero tiene problemas de liquidez, el que tuviera que anticipar los pagos podría llevarle a la insolvencia, sobre todo en el caso de grandes siniestros que debieran ser liquidados en un corto período de tiempo.

Por su parte, los reaseguradores defienden el pago previo porque según ellos tal medida significaría que los reasegurados llevarían un control más riguroso de las reclamaciones y, en algunos casos, evitaría la utilización de los fondos anticipados para cuestiones no relacionadas con el pago de los siniestros.

– Lo que es evidente es que la sentencia tendrá un impacto importante, si tenemos en cuenta el montante afectado, aunque las cifras manejadas hay que considerarlas en términos brutos: algunos de los reaseguradores de Charter y de los retrocesionarios de los sindicatos son insolventes; los acreedores son a veces también deudores, así que probablemente deberá llegarse a una compensación de saldos («set-off»).

– Finalmente, otras de las consideraciones de algunos expertos son: la sentencia está más basada en consideraciones comerciales y económicas que en la aplicación estricta de principios legales; por otro lado, de momento sólo es aplicable a los contratos de XL, así que habrá que ver qué influencia puede tener en el futuro en otra clase de contratos. Como se espera que se produzca un elevado número de peticiones de pago a los reaseguradores, es previsible un gran impacto económico en el mercado reasegurador y en el de la retrocesión.

Queremos hacernos eco en TRÉBOL del repentino fallecimiento de Marino A. Zuluaga, vicepresidente técnico de la Reaseguradora Hemisférica, ocurrido el día 9 de enero del presente año. Su desaparición ha dejado entre todos sus compañeros en Bogotá y en el conjunto de las entidades de la Unidad Reaseguro de MAPFRE un recuerdo imborrable por sus grandes cualidades humanas y profesionales.