

El contrato de reaseguro y sus principales implicaciones jurídicas¹

Durante 2007 nos acompañaron en el evento organizado por FASECOLDA y la firma DLA Piper Liliana Verú-Torres y David Murphy, abogados de dicha firma, quienes manifestaron algunos de los puntos más sensibles en el tratamiento legal del reaseguro internacional.

Por:

Rebeca Herrera Díaz

Directora de Asuntos Internacionales
FASECOLDA

Los abogados ingleses manifestaron, entre otros, sus preocupaciones acerca de los contratos de reaseguro facultativo que se utilizan, especialmente, en aquellos casos en que los riesgos son de difícil cobertura en el país y, requieren mayor fortaleza patrimonial o cuando existen barreras regulatorias que impiden que estos riesgos se coloquen directamente en el mercado de Londres.

Principales problemas durante la etapa de suscripción (“underwriting/placement”)

En el derecho inglés el principio que rige tanto la negociación como el perfeccionamiento y la ejecución del contrato de reaseguro es el principio de ubérrima buena fe (“duty of utmost good faith”). Por ello, el asegurador tiene la obligación de enviarle al reasegurador toda la información que sea ma-

terialmente ligada al riesgo, pues de lo contrario el reasegurador tiene derecho a anular el contrato de reaseguro (“avoidance of the contract”). Además, es muy común que la obligación de informar sea una garantía (“warranty”) dentro del contrato de reaseguro cuyo incumplimiento, según el derecho inglés, exonera al reasegurador de toda responsabilidad frente al asegurador así la garantía no esté materialmente relacionada con las causas que llevaron a la materialización del riesgo.

Esta obligación puede llegar a ser muy onerosa para los aseguradores, por lo que la jurisprudencia inglesa ha elaborado dos criterios para evaluar si un hecho está materialmente vinculado con un riesgo. El primero, hace referencia a todos los hechos que un suscriptor prudente y diligente quisiera conocer. El segundo, parte de la base de demostrar que el reasegurador fue inducido a contratar con base en información incorrecta, falsa o por reticencia

¹ Ninguna de las traducciones escritas en los pies de página son traducciones oficiales, pues dichos conceptos son introducidos por la jurisprudencia inglesa y por la práctica contractual del reaseguro. Las traducciones literales que aquí se presentan son simples acercamientos que hace FASECOLDA que permitir una mejor comprensión del artículo.



del asegurador. Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que existen hechos que “per se” no son materiales con respecto al riesgo. Estos hechos son aquellos que el reasegurador ha debido conocer en el curso de sus negocios.

La negociación del reaseguro facultativo inicia con la presentación del “slip”² que hace el corredor al reasegurador. En esta etapa, el corredor actúa en nombre del reasegurado y, por ello, se entiende que el contrato queda perfeccionado cuando el reasegurador coloca sus iniciales sobre el “slip” o hace el “scratch”³.

Un contrato de reaseguro no es aceptado por un solo reasegurador, sino por varios reaseguradores los cuales nombran a uno de ellos como líder. El corredor de reaseguro, después de obtener el “scratch” del líder, procede a conseguirlo de los demás reaseguradores. Estas últimas firmas son muy importantes pues así el contrato de reaseguro facultativo sea uno solo, comprende varios contratos entre el asegurador y los reaseguradores, por ello, solicitar los “slips” firmados por todos los reaseguradores involucrados en la cadena de reaseguro es una muy buena práctica en la negociación de reaseguro. Además, porque como se menciona más adelante, el “slip” es el verdadero contrato de reaseguro según la ley inglesa.

La relación entre la cedente y el corredor de reaseguros

Sin duda alguna, el tema que más debate ha suscitado en la jurisprudencia y en la doctrina inglesa es la responsabilidad del corredor de reaseguro en la negociación del reaseguro facultativo. En ese proceso intervienen dos corredores: El “producing broker”⁴ localizado en Colombia y el “placing

broker”⁵, que es quien se acerca a los reaseguradores en Londres y negocia con ellos.

La presentación que hace el “placing broker” es sagrada y no se registra por escrito, pero en Lloyd’s se levanta un archivo de colocación al cual los reaseguradores tienen derecho de acceder. Es muy común que los reaseguradores pidan copias de este archivo cuando están planeando terminar el contrato (o irse en “cut-off”). Por esta razón, es recomendable que los corredores de reaseguro en Londres avisen a las cedentes sobre las solicitudes de copias que hagan los reaseguradores y siempre, ellos mismos, solicitar copias de estos archivos, con el fin de contar con documentación sobre la etapa precontractual.

Sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre los dos tipos de corredores descritos previamente, en el derecho inglés ambos son considerados como agentes o mandatarios del reasegurado, lo cual jurídicamente implica que todas las actuaciones de esos corredores frente a los reaseguradores son vinculantes para el reasegurado. Sobre este punto, los doctores Murphy y Verú-Torres recomendaron tener mucho cuidado sobre las actuaciones del broker frente a los reaseguradores, pues éste debe evitar entrar en situación de conflicto.

El tema se vuelve más complejo cuando, por ejemplo, el corredor coloca el reaseguro pero todavía no ha sido expedida la póliza o cuando se ha colocado el reaseguro pero la cedente todavía no ha sido identificada ni menos informada. Esta práctica es muy común entre los corredores de reaseguros que encuentran más sencillo encontrar primero la cobertura y luego a la cedente.

2 Una traducción del término al español puede ser “papeleta”, pero dado que se trata de un término que exclusivamente hace referencia a la “tirilla” de papel que firman los reaseguradores no tiene una traducción comúnmente aceptada.

3 O “arañazo”, queirando significar las iniciales que coloca el reasegurador sobre el “slip”.

4 O “corredor de suscripción”.

5 O “corredor de colocación”.

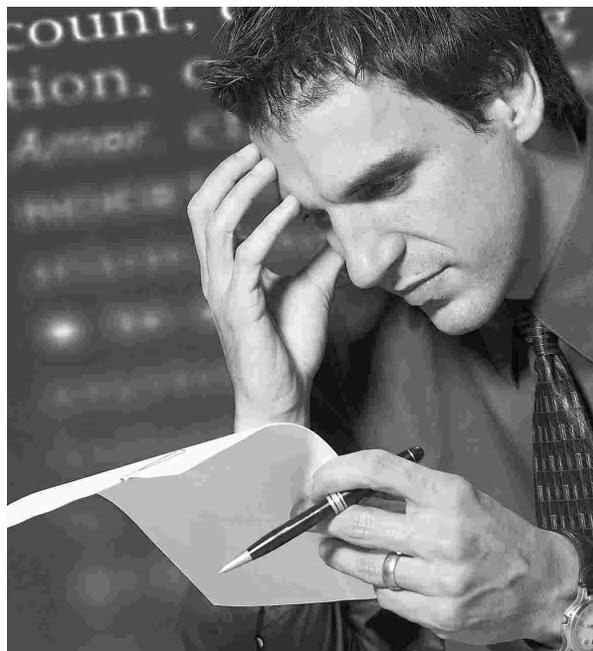
Jurídicamente, en estos casos, las cortes inglesas han interpretado que el corredor deja de ser un agente de la cedente y que sus actos, por ende, no son vinculantes para ésta última, pues se entiende que éste es un intermediario independiente.

Clausulados

Como se mencionó anteriormente, las condiciones escritas en el “slip” son el detalle de la cobertura otorgada por el reasegurador. Cualquier anexo al “slip” es considerado que forma un solo cuerpo con éste. Dentro de estas condiciones es preciso diferenciar entre las condiciones precedentes y las condiciones normales, ya que las primeras son aquellas cuyo incumplimiento exonera totalmente de responsabilidad al reasegurador. El incumplimiento de las segundas, según el derecho inglés, no da derecho a que el reasegurador alegue exoneración de responsabilidad, sino solamente luego de haber probado que el incumplimiento de esa condición equivale a que el reasegurado rechazó el contrato de reaseguro.

Una vez el contrato de reaseguro está perfeccionado, los reaseguradores envían una nota de cobertura (“cover note”) a los aseguradores, la cual según la ley Inglesa, es considerada como una simple confirmación de cobertura, no es un contrato, pues la ley inglesa le da más peso al “slip”. Normalmente, en las notas de cobertura se incluye una cláusula según la cual la cobertura en reaseguro es otorgada “back to back”⁶ lo cual ha sido interpretado por muchas cedentes como que la cobertura del reaseguro es igual a la del seguro y, por ende, las cláusulas del segundo se aplican al primero.

Ésto es erróneo, pues, según la jurisprudencia inglesa, “back to back”⁷ hace referencia a que los términos del contrato de seguro que se “pasan” al contrato de reaseguro son exclusivamente aquellos que tienen



que ver con la descripción del riesgo y su naturaleza pero no, por ejemplo, aquellos que tengan que ver con elementos accesorios al contrato tales como la vigencia de su cobertura y la ley aplicable, entre otros.

Existen dos excepciones en las cuales se entiende que otras cláusulas se “pasan” al contrato de reaseguro y, éstas son aquellas cláusulas que son apropiadas respecto del riesgo y aquellas cláusulas que tienen una función propia en el seguro. Lo mismo ocurre con las cláusulas que indican que se entienden “all terms & conditions as original”⁸, pues aquí nuevamente, lo único que se “pasa” al contrato de reaseguro son los elementos relacionados con el riesgo. Por ejemplo, los fallos de las cortes inglesas⁹ han sido enfáticos en afirmar que una de las cláusulas que definitivamente no trasciende al contrato de reaseguro es la cláusula sobre ley y jurisdicción aplicable. Estas cláusulas son independientes en el contrato de reaseguro y, normalmente tienen como principio general que tanto la ley como la

⁶ Puede ser traducido como “con respaldo de la original”.

⁷ *Vesta vs Butcher*, 1989 AC 852, confirmed subsequently in *Groupama v Catatumbo CA Seguros* (2001) 2 Lloyd’s Rep 350.

⁸ “Todos los terminus y condiciones como el original”.

⁹ *AIG Europe v Ethniki* (2000) (C of A): Confirmed in *GAN v Tai Ping* (2001).

jurisdicción aplicables son las inglesas. Los abogados de la firma DLA Piper recomendaron que lo mejor es incluir en el contrato de reaseguro una clausulado del siguiente tenor, para que se entienda que la ley y la jurisdicción aplicable del seguro “pasen” al reaseguro: “jurisdiction & proper law as original”¹⁰.

“Off the record”¹¹, es un término que se suele incluir, el cual tiene mucha connotación en Colombia, pues busca especificar que ciertas comunicaciones no son obtenidas de manera oficial. Pero, según la ley inglesa este término no tiene ningún significado. “Reservation of rights”¹² es un término muy utilizado por los reaseguradores para reservarse los derechos relacionados con la cobertura por lo que los doctores Verú-Torres y Murphy recomendaron que en caso de que el reasegurador incluya éste término, es preferible solicitarle detalle estricto de qué es lo que se reserva.

Finalmente, “follow the settlements” y “follow the fortunes”¹³ son cláusulas que se incluyen en los contratos de reaseguro facultativo para querer decir que el reasegurador entra a cubrir al asegurador, luego de cualquier arreglo o transacción entre el asegurador y el asegurado. Sin embargo, según el Doctor Cardona, es preciso diferenciar ambos términos. El término “follow the settlements”, según la jurisprudencia inglesa, quiere decir que el reasegurador otorga cobertura luego de una transacción entre el asegurador y el asegurado, siempre y cuando, la transacción haya sido hecha de buena fe y que la transacción fue “business like”¹⁴ o eficiente. Mientras tanto “follow the fortunes” quiere decir que el reasegurador “seguirá la fortuna” del asegurador, pero éste término no ha sido abordado por los jueces ingleses, es un término más utilizado ante los tribunales estadounidenses.

Etapas de reclamación

Por regla general en el derecho inglés, en un reaseguro facultativo la pérdida para la cedente ocurre cuando

se establece su responsabilidad frente al asegurado, no cuando ésta paga la indemnización. Sin embargo, las partes del contrato de reaseguro pueden pactar lo contrario. Así las cosas, la sentencia de un tribunal colombiano contra un asegurador es suficiente para activar la cobertura del reaseguro facultativo, siempre y cuando, durante el juicio el asegurador se haya defendido “exhaustivamente”, el tribunal sea uno competente y que la sentencia no incluya “errores perversos” o incluya errores de derecho. Sobre este punto existen muchas críticas, pues es un juez inglés quien entra a evaluar si una sentencia colombiana es “perversa” o si un juez colombiano cometió un error al hacer un juicio en derecho colombiano.

La etapa de reclamación del contrato de reaseguro es igualmente una etapa en la



10 “Jurisdicción y ley aplicable como el original”.
11 “Fuera de las actas oficiales de la comunicación”.
12 “Reserva de derechos”.
13 “Seguir las transacciones” o “Seguir la suerte”.
14 “Del tipo empresarial”.



cual es preciso tener cláusulas claras, pues en principio, en el derecho inglés se entiende que los períodos de reclamación del contrato de seguro no trascienden al de reaseguro. En este último, cualquier demora en presentar la reclamación da derecho para que el reasegurador la objete. Adicionalmente, algunas cláusulas en los contratos de reaseguro implican que la reclamación se debe presentar inmediatamente cuando se presenta el siniestro asegurado, pero en estos casos, se permite que la cedente alegue retraso.

La jurisprudencia inglesa contiene dos casos que permiten alegar retraso. El primero de ellos es *Royal & SunAlliance et. al.* 2005, caso en el cual se otorgó el retraso pues se permitió que la cedente sólo presentara la reclamación hasta tanto fuera establecida la responsabilidad de la cedente en la jurisdicción local. El segundo caso es *AIG Europa versus Farraday*, 2007, caso en el cual se alegó que el retraso era justificado pues el simple acercamiento entre asegurado y cedente no implicaba la materialización de la pérdida. Sin perjuicio de los fallos de las cortes inglesas, los abogados de la firma DLA Piper recomiendan notificarle al reasegurador, de manera inmediata, cualquier reclamación que presente el asegurado con el fin de evitar controversias sobre posibles demoras.

Por otra parte, señalaron que la prescripción en la ley inglesa es de 6 años¹⁵ que se contabilizan de la siguiente manera: si se trata de un seguro de responsabilidad civil, la prescripción de la acción

contra la aseguradora se empieza a contar desde que se establece la responsabilidad del asegurado. Si se trata de un seguro de daños, la prescripción de la reclamación se empieza a contar desde que el asegurado sufrió la pérdida.

Por regla general, en el derecho inglés, los reaseguradores no otorgan cobertura sobre los gastos de defensa en que incurra la aseguradora. Como excepción existe un caso, *Baker vs. Black Sea*, 1998, en el cual se autorizan estos pagos si existe pacto expreso entre las partes bajo el cual el reasegurador indemnizará los gastos de defensa del reasegurado.

Finalmente, es preciso mirar con detalle la inclusión de cláusulas de control de reclamos, dado que en la mayoría de los casos estas cláusulas son interpretadas como precedentes, por lo cual si el asegurador no mantiene informado al reasegurador de todo lo relacionado con la reclamación del asegurado, para que el reasegurador mantenga control sobre la misma, el reasegurador queda exonerado de toda responsabilidad.

Otros temas

Uno de los principales puntos de debate en la actualidad en el derecho inglés recae sobre la situación según la cual el asegurado no tiene relación directa con el reasegurador, lo que conlleva a que sin perjuicio de que la aseguradora (cedente) ceda el 100% del riesgo, su responsabilidad frente al asegurado se mantiene intacta. Algunas compañías cedentes han manifestado, que en caso de cederse el 100% del riesgo, carecen

¹⁵ Limitation Act 1980

de responsabilidad frente al asegurado, lo cual es incorrecto.

En el reaseguro facultativo los reaseguradores exigen a las cedentes la suscripción de la cláusula de control de reclamos, según la cual parecería que el asegurado tiene cierta relación con el reasegurador. Justamente aquí viene la primera discrepancia entre el derecho colombiano y el derecho inglés, pues según el segundo la existencia de una cláusula de control de reclamos no implica, en ningún caso, la existencia de una relación contractual entre el reasegurador y el asegurado. De ahí que según el derecho inglés, la responsabilidad por el manejo de la información frente al reasegurador es de la aseguradora, por tanto, la reticencia y la inexactitud en que incurra el asegurado y no sean alegadas por la aseguradora no pueden alegarse frente al reasegurador en caso de objeción de la cobertura del reaseguro.

Existe una excepción según la cual podría predicarse una relación contractual entre el asegurado y el reasegurador, y es la negociación de una cláusula de “cut through”¹⁶. Según esta cláusula, el asegurador puede reclamar directamente del reasegurador. Antes de 1999 en el derecho inglés las cláusulas de “cut through” no eran admisibles debido a que el asegurado no era parte del contrato de reaseguro. Sin embargo, con el “Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999”¹⁷ se permitió la exigencia de este tipo de cláusulas, pero con mucha prevención por parte de los jueces ingleses quienes ven con temor la aplicación de estas cláusulas en caso de insolvencia del reasegurado. Ante este panorama descrito, vale la pena revisar las prácticas en la negociación y en la contratación del reaseguro, con el fin de evitar problemas jurídicos a futuro y enfrentarnos a juicios complejos ante jurisdicciones foráneas, donde las probabilidades de pérdida y los costos de éxito son muy altos.

Bibliografía

International Reinsurance Issues. How to avoid problems occurring and how to resolve them if they arise. David Murphy & Liliana Verú-Torres, Bogotá. 27 de agosto de 2007.

El contrato internacional de reaseguro facultativo. normatividad aplicable, particularidades del mercado ingles, experiencia en el mercado latinoamericano y concretamente en el colombiano. Christopher Cardona, socio, Chadbourne & Parke, London. Octubre 2007



¹⁶ “Cortar a través”.

¹⁷ “Ley inglesa sobre los derechos del tercero”