

El contrato internacional de reaseguro facultativo. Particularidades del mercado inglés y experiencia en el mercado latinoamericano*

CHRISTOPHER CARDONA **

Fecha de recepción: 2 de junio de 2009
Fecha de aceptación: 17 de septiembre de 2009

SUMARIO

1. Definición de la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro
2. Las partes del contrato de reaseguro
3. La celebración del contrato facultativo de reaseguro
4. El principio de la buena fe en el contrato de reaseguro
5. Las condiciones del contrato de reaseguro
6. Las cláusulas de control y de cooperación

* El presente artículo es un trabajo reflexivo, resultado de la investigación personal del autor a nivel Anglosajón-latinoamericano, el cual se profundiza debido a la gran experiencia en el mercado reasegurador con estos países. Específicamente desarrollado con base en la jurisprudencia Inglesa, fue presentado como conferencia especial en el marco del Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros (CILA 2009) organizado por AIDA Sección Uruguay en la ciudad de Montevideo en abril de 2009.

** Abogado de la Universidad de Cambridge, actualmente es socio de Chadbourne & Parke, London. U.K. Se ha especializado en la resolución de disputas de seguros y reaseguros de alto valor, sobre todo en un nivel internacional. Miembro del British Insurance Law Association, ha publicado artículos como: "Will Recent Nationalisations in Bolivia Give Rise to Claims Under Political Risk Insurance Policies?", Client Alert (reprinted in *Latin America Law & Business Report*), en el año 2006.

Correo electrónico: ccardona@chadbourne.com

RESUMEN

Teniendo en cuenta la importancia a nivel latinoamericano del contrato de reaseguro facultativo, se ha hecho necesario exponer la siguiente presentación reflexiva acerca del mismo, no sólo desde el punto de vista de la parte técnica, sino también desde la práctica; repasando situaciones particulares como las controversias o polémicas respecto de las condiciones del contrato de reaseguro, los comentarios, decisiones y precedentes que se han marcado por parte de la jurisprudencia inglesa. Así, la evaluación parte desde el concepto mismo del contrato de reaseguro, pasando por sus partes, su celebración, el principio básico de la buena fe, condiciones y las cláusulas de control y cooperación. Resaltando el importante encuadre de todos estos temas no sólo jurisprudencialmente, como ya se ha mencionado, sino también con conclusiones de algunos tribunales y académicos ingleses.

Palabras clave: Contrato de reaseguro, reaseguro facultativo.

Palabras clave descriptor: Reaseguros, contrato de reaseguro.

ABSTRACT

Taking into account how important the reinsurance policy is at the Latin American level and notwithstanding that there're two types of reinsurance, the present research will focus on the facultative reinsurance as it has become necessary to address the topic as a process of reflection and thought not only from the technical standpoint but also from the practical viewpoint by reviewing particular situations such as controversies or discussions about the conditions of that policy, comments, decisions and precedents that have been key in English jurisprudence. All is presented as an assessment between Latin American reinsurance companies and reinsurance companies in the English arena (London). Hence, the review starts on the very concept of the reinsurance policy, going through its parts, its execution, the good faith principle, conditions, loss of the facultative contract and control and cooperation clauses. The emphasis on the legal nature of the contract, the reinsurance broker, the insured risk and the importance of relevant cases and the day to day development along discussions generated are in great part analyzed along with English jurisprudence, tribunals and English scholars in trying to inform about the development of the contract, its usefulness and the least positive consequences that may arise, all of which is part of this article.

Key words: Contract of reinsurance, facultative reinsurance.

Key words plus: Reinsurance, contract of reinsurance.

I. DEFINICIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE REASEGURO

¿Qué significa el reaseguro? El contrato de reaseguro ha sido definido en estos términos -El seguro de las aseguradoras. Y en la realidad, el reaseguro no es más que un contrato de seguro bajo el cual la aseguradora adquiere cobertura de otra aseguradora en cuanto a su propio riesgo frente al asegurado.

El reaseguro existe en dos modalidades principales. La primera es el reaseguro facultativo y la presentación se centrará en el análisis de este tipo de contrato. ¿En qué consiste el reaseguro facultativo? Consiste en el reaseguro de un solo riesgo reasegurado en una forma proporcional, en el sentido de que el reasegurado (o la compañía de seguros que emite la póliza en Latinoamérica) retiene un porcentaje del riesgo y cede el resto o balance del riesgo a los reaseguradores. Este tipo de reaseguro se utiliza frecuentemente para enviar riesgos al mercado de Londres que no pueden ser asegurados directamente desde ahí por razones de ende regulatoria. Sabemos que lo normal es que un asegurado en Latinoamérica no puede asegurarse directamente con un asegurador en el mercado de Londres. Es por esto que aparece el reasegurado local quien en realidad juega el papel de un “*front*” suscribiendo el riesgo y reasegurando la totalidad del riesgo asegurado (o casi la totalidad) con los reaseguradores extranjeros.

La segunda modalidad principal de reaseguro es el llamado “*treaty*” o contrato, a veces denominado seguro automático. El “*treaty reinsurance*” es un mecanismo para asegurar un gran número de riesgos clasificados bien por clase o por cartera entera. Estos contratos pueden ser proporcionales, bajo los cuales el reasegurado cede al reasegurador una proporción de todos los riesgos aceptados, o pueden ser no-proporcionales —por ejemplo, el contrato de reaseguro en exceso de pérdida (o “*excess of loss*”). Bajo este tipo de contrato, los reaseguradores no asumen responsabilidad frente al reasegurado hasta que los siniestros agregados del reasegurado lleguen a una

suma predeterminada. Pero no nos vamos a enfocar más en los llamados “*treaty reinsurances*”. Sólo se mencionan para resaltar la diferencia entre el contrato facultativo y el contrato general. Aparte del hecho ya explicado de que el reaseguro facultativo ofrece cobertura a un sólo riesgo mientras que el contrato o tratado ampara múltiples riesgos, la diferencia más destacada entre las dos modalidades es que la cesión por parte del reasegurado bajo un tratado o contrato es casi siempre obligatorio, lo que quiere decir que la cesión del riesgo al reasegurador es casi siempre automática, sin que ninguna parte tenga discreción alguna en la materia. Por lo contrario, en el reaseguro facultativo, la cesión no es ni obligatoria ni automática. Las partes han negociado la colocación libremente y se ponen de acuerdo sobre los términos bajo el cual el riesgo asegurado es asumido por el reasegurador.

2. LAS PARTES DEL CONTRATO DE REASEGURO

El contrato de reaseguro es un contrato totalmente distinto al contrato entre el asegurado y la aseguradora. En consecuencia, no existe relación contractual alguna entre el reasegurador y el asegurado y esta consecuencia puede tener una gran importancia cuando el asegurado sufre una pérdida y presenta una reclamación bajo la póliza o también cuando la aseguradora o, lo que es lo mismo, el reasegurado, deja de existir porque quiebra la compañía. Esto es así aún en el reaseguro facultativo cuando la relación entre asegurado, reasegurado y reasegurador es como una especie de “*partnership*” o sociedad. Si quiebra el reasegurado, sus asegurados no pueden reclamar directamente del reasegurador.

El problema se vuelve serio cuando, como muy a menudo, el reasegurado o la compañía cedente no retiene proporción alguna del riesgo y cede 100% del riesgo asumido por él al reasegurador. Es muy normal que la cedente opine que realmente no pinta nada en la relación tripartita entre el asegurado, cedente y reasegurador. Es perfectamente comprensible ya que la cedente se considera liberada de toda responsabilidad al haberse reasegurado 100%. Sin embargo, la cedente a pesar de ser un “*front*” sigue siempre en la primera línea frente al asegurado, ya que el asegurado sólo tiene un contrato con la compañía local y nunca con el reasegurador.

Como veremos más adelante, el contrato facultativo frecuentemente requiere que el reasegurado le ceda control de reclamaciones presentadas por el asegurado al reasegurador. Esto por supuesto resulta en el contacto directo entre el asegurado y los reaseguradores, pero este contacto nunca puede ser suficiente, a lo menos bajo el derecho inglés, para crear una relación contractual entre el asegurado y el reasegurador. Igualmente, si un reasegurador en ejercicio de sus derechos contractuales le exige a su reasegurado que no se haga responsable por una reclamación presentada por un asegurado, ese mismo reasegurador nunca se hace responsable frente al asegurado. Por esta misma razón, para el asegurado será sumamente difícil poder alegar que los reaseguradores han interferido en la relación contractual entre el asegurado y el reasegurado porque para poder prosperar con este argumento se tendría que demostrar que el reasegurador tuvo la clara

intención de interferir en la relación contractual, en lugar de adelantar sus propios intereses y ejercer sus propios derechos en una manera que posteriormente afecte los derechos del asegurado.

En ciertos casos, los contratos de reaseguro facultativo (como así también los *"treaties"*) contienen cláusulas de *"cut-through"*. Este tipo de cláusula permite que el asegurado reclame directamente al reasegurador, normalmente en el caso de la insolvencia del reasegurado. Hasta hace poco en Inglaterra estas cláusulas no eran exigibles ya que el asegurado no forma parte del contrato de reaseguro. En 1999 se introdujo el estatuto denominado *"Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999"* el cual expresamente permite que un tercero ajeno a la relación contractual exija el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Desde entonces, las cláusulas *"cut-through"* se han vuelto más populares pero siguen causando problemas, en particular en el evento de la insolvencia del reasegurado. En esta situación, la objeción es que la cláusula *"cut-through"* permite que el asegurado adquiera una reclamación prioritaria en la forma de la indemnización del reasegurador. Generalmente, el pago del reasegurador debe pertenecer a la masa general de los acreedores del reasegurado y no directamente a un asegurado en particular. Sin embargo, esta objeción teórica no debería impedir la utilización de la cláusula *"cut-through"*. Simplemente, las aseguradoras en Latinoamérica deberían tomar en cuenta que los tribunales ingleses no han sido muy receptivos de estas cláusulas. Debido a los múltiples problemas que han existido y que siguen existiendo con respecto a los contratos de reaseguro facultativo me atrevo a decir que la cláusula *"cut-through"* debería hacerse más popular y más aceptable al mercado. Pero la flexibilidad del reasegurador también depende del estado comercial del mercado. Actualmente, el mercado sigue relativamente *"soft"* o blando, y quizá sea éste un buen momento para tratar de introducir una cláusula *"cut-through"*, pero según se vaya endureciendo el mercado, estas cláusulas van a ser menos aceptables.

Como consecuencia de lo que hemos dicho en relación con la absoluta independencia del contrato de reaseguro, es pertinente reflexionar un momento sobre la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro.

En los tribunales en Inglaterra ha habido gran debate sobre la naturaleza del interés asegurable del reasegurado. Algunos tribunales han concluido que el interés asegurable del reasegurado consiste en la responsabilidad que éste tiene para con el asegurado, lo cual realmente convierte al contrato de reaseguro en algo parecido a una póliza de responsabilidad civil. El otro punto de vista que es más popular entre los académicos ingleses es que el reaseguro no es más que el seguro del interés asegurable en la materia de la póliza original. Lo que sí es claro y fuera de debate es que la doctrina y jurisprudencia inglesa sostiene el principio de que el contrato de reaseguro es un nuevo contrato de seguro tomado por el asegurador para amparar los riesgos asumidos frente a sus asegurados, totalmente separado de la póliza original.

3. LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO FACULTATIVO DE REASEGURO

Quizá la figura más notable en la colocación de este negocio es el corredor de reaseguros. Lo normal es que exista un productor del negocio de reaseguro en Latinoamérica, lo que denominamos en Inglaterra el *"producing broker"* y en el otro lado del Atlántico, en Inglaterra, está el corredor de reaseguros que recibe el negocio del productor y quien se acerca a los reaseguradores en Londres y coloca el negocio con ellos. Esta persona se llama en Inglaterra el *"placing broker"*. Lo curioso es que bajo el derecho inglés, el corredor de reaseguros, tanto el productor como el colocador del negocio en Londres es siempre el mandatario o *"agent"* del reasegurado, es decir, no del asegurado, no del reasegurador, pero el mandatario de la compañía de seguros que se está reasegurando en el mercado de Londres. Y esto tiene unas consecuencias jurídicas sumamente importantes pues las actuaciones del corredor frente al reasegurador son vinculantes para su cliente, la compañía de seguros. En otras palabras, cuando el reasegurador está negociando las condiciones de la colocación con el corredor de reaseguros es como si lo estuviera haciendo con la compañía de seguros directamente. Pero esto tiene sus complicaciones.

Por ejemplo, la estructura del mercado y la forma en la cual estos contratos facultativos suelen ser negociados resulta en que, muy a menudo, la colocación del reaseguro en Londres se concluye antes de que la póliza de seguros haya sido emitida en Latinoamérica. Es más, a veces el reaseguro ya está colocado pero aún la compañía de seguros no ha sido identificada ni seleccionada. Es bastante común encontrar en el contrato de reaseguro bajo el rubro *"reinsured"* - las palabras *"to be agreed"*. Este fenómeno sucede porque el corredor de reaseguros puede llegar a la conclusión de que va a ser más sencillo colocar el riesgo si el contrato de reaseguro lo tiene ya arreglado antes de encontrar la compañía de seguros que esté dispuesta a emitir la póliza local. En esta situación, lo que el corredor de reaseguros ha logrado realmente es la presentación de una oferta, hecha por los reaseguradores, de reasegurar a la compañía de seguros, sea quien sea, una vez que ésta emita la póliza de seguros al asegurado. Esto es un tipo de contrato unilateral que puede ser retirado en cualquier momento antes de que el reasegurado haya emitido la póliza. Esta figura presenta unas cuestiones jurídicas difíciles aún sin resolver en cuanto a la posición del corredor. Es obvio que en estas circunstancias el corredor de reaseguros no puede ser el mandatario del reasegurado porque el reasegurado no ha contratado al corredor de reaseguros para colocar el reaseguro. Al mismo tiempo, tampoco puede ser el mandatario del reasegurado, porque no se sabe quién va a ser el reasegurado. Por lo tanto, la jurisprudencia inglesa ha determinado que en esta situación lo más apropiado es tratar al corredor de reaseguros como si fuera un intermediario independiente. Esto resulta interesante para Latinoamérica, pues en dicho continente en general el corredor de reaseguros siempre es un intermediario independiente. En Inglaterra, es todo lo contrario salvo cuando el corredor de reaseguros se ofrece para colocar el reaseguro antes de la selección del reasegurado.

El primer paso en la preparación del contrato facultativo es la redacción del llamado *"slip"* de reaseguro. La palabra *"slip"* quiere decir un pedazo de papel, una papeleta. Es decir, un documento escueto y simple, con pocas palabras. Eso es un *"slip"* de reaseguro y

debido a esa brevedad del documento surgen múltiples cuestiones de comprensión y de interpretación. El “*slip*” contiene una serie de puntos, empezando con el tipo de contrato facultativo (si es una póliza de reaseguro en exceso, por ejemplo), el nombre del asegurado y su dirección, el nombre del reasegurado si es que ha sido ya seleccionado, el período de cobertura, la suma asegurada, las condiciones (que sobre esta materia hablaré más dentro de un momento), la prima, la comisión del corredor y en una o dos líneas, una descripción general de la información presentada al reasegurador por el corredor sobre la cual el reasegurador ha basado la apreciación del riesgo.

Este primer borrador del *slip* preparado por el corredor se le presenta al reasegurador líder en una reunión personal entre el corredor y el reasegurador, muy probablemente en el mismo “*box*” en Lloyd’s donde el reasegurador recibe visitas de los distintos corredores. En ese primer intercambio, el reasegurador examina el “*slip*” presentado por el corredor y le introduce los cambios que él ve necesarios según el negocio: los límites, el monto del deducible, los puntos claves de la cobertura, la prima, etc. Y aquí comienza una negociación entre el corredor y el reasegurador líder. No se olviden que esta presentación hecha por el corredor se hace en nombre del reasegurado (si es que ha sido identificado) y una vez que el reasegurador decida suscribir el riesgo y ponga su sello y sus iniciales sobre el “*slip*” (lo cual en Inglaterra denominamos el “*scratch*”¹ del reasegurador) el contrato ya está perfeccionado y comienza la cobertura otorgada por el reasegurador. Lo que cuenta, entonces, es el “*scratch*” del reasegurador y la fecha en la cual ese “*scratch*” se introduce en el “*slip*”. El reasegurador líder habrá suscrito el riesgo en un porcentaje predeterminado. Ese porcentaje, por ejemplo 5 ó 10% del riesgo, también aparece en el *slip* al lado del “*scratch*” del suscriptor. Para el corredor de reaseguros conseguir la suscripción del reasegurador líder es lo más importante y también lo más difícil. Una vez que obtenga este compromiso, el corredor se acerca a otros reaseguradores del mercado y el proceso sigue exactamente en la misma forma hasta llegar al 100%, con el resultado de que el corredor celebra una serie de contratos distintos con cada suscriptor. Y es imperativo comprender que aunque se suele hablar de un contrato de reaseguro facultativo, la realidad jurídica es que ese contrato está compuesto por múltiples contratos independientes entre el reasegurado, representado por el corredor, y cada uno de los reaseguradores, quienes pueden ser sindicatos de Lloyd’s o compañías de seguro operando en el mercado de Londres o bien en el mercado internacional.

4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Los contratos de seguro y reaseguro se hallan impregnados del principio no sólo de la buena fe, sino de la buenísima fe o *uberrimae fides*. En inglés le llamamos el “*duty of utmost good faith*”. Esta obligación existe tanto en la etapa pre-contractual como en la contractual.

1 La palabra “*scratch*” quiere decir “arañazo” lo cual esperamos que sea una referencia a las agudas plumas antiguas y no a las uñas del reasegurador.

En la etapa pre-contractual, el reasegurador está negociando con el reasegurado normalmente a través del corredor de reaseguros. El reasegurador solicita información para poder evaluar el riesgo que está a punto de suscribir. En cuanto a la suministración de toda esta información media el principio de la más absoluta buena fe. Por mis años de experiencia trabajando en Latinoamérica soy consciente de que en muchos países la obligación del asegurado en cuanto a la provisión de información está delimitada por el cuestionario completado por el asegurado. Bajo el derecho inglés, la posición no es así. El reasegurado tiene la obligación de presentarle al reasegurador todos los hechos materiales relacionados con el riesgo, sean o no tema de pregunta en el cuestionario. Si el cuestionario contiene respuestas falsas o información incorrecta y la misma es traspasada al reasegurador, el reasegurador tendrá el derecho de anular el contrato de reaseguro y este derecho existe aunque el reasegurado haya decidido mantener vigente el contrato con el asegurado. Todo depende de la presentación hecha por el reasegurado al reasegurador y es aquí que el papel del corredor cobra una gran importancia porque, en la práctica, como ya he explicado, la presentación al reasegurador la hace el corredor de reaseguros. Si, por ejemplo, el corredor le dice al reasegurador —“Aquí tengo un formulario completado por este asegurado. Realmente no sé si ha contestado todas las preguntas correctamente pero se lo paso a usted para que usted lo revise”. —El corredor no está confirmando la exactitud de las respuestas dadas por el asegurado. Por lo tanto, en estas circunstancias, si la información presentada al reasegurador resulta ser incorrecta o inexacta, el reasegurador no podrá anular el contrato de reaseguro. Por lo contrario, si el corredor al presentar el riesgo le dice al reasegurador— “Aquí tengo un formulario completado por el asegurado. Le puedo confirmar que todo lo dicho es correcto y no falta ninguna información”. -el reasegurador sí podrá anular el contrato de reaseguro si la información presentada no es correcta o si la información no es completa.

La información presentada al reasegurador también puede ser el objeto de una garantía -denominado en inglés “*warranty*”. Esta garantía puede ser verbal o escrita- por ejemplo, el “*slip*” puede hacer referencia a la información presentada utilizando palabras que podrían ser interpretadas como una garantía o un “*warranty*”. En este caso, el reasegurado estaría garantizando que la información es correcta y completa. Si no lo es, existiría un incumplimiento de la garantía o “*breach of warranty*”, el cual, bajo el derecho inglés exonera inmediatamente al reasegurador de toda responsabilidad frente al reasegurado. Por esta razón hay que tener mucho cuidado con el uso del término “*warranty*” en el “*slip*” de reaseguro.

Como hemos visto, la consecuencia del incumplimiento con la obligación de la máxima buena fe manifestada en el “*misrepresentation*” o “*non-disclosure*” por parte del reasegurado es la anulación del contrato -en inglés “*avoidance of the contract*”. Anulación significa anulación *ab initio*. Esto quiere decir que el contrato nunca existió y las partes se tienen que retrotraer a las posiciones que mantenían antes de la celebración del contrato. Es decir, el reasegurador debe devolver la prima y el reasegurado debe devolver el valor de todas las reclamaciones anteriores ya pagadas.

Pero la obligación de presentar información correcta y completa al reasegurador se refiere solamente a hechos materiales (en inglés "*material facts*"). ¿Qué significan estas palabras? Todo lo que tenga que ver con el riesgo original es material para los efectos del reaseguro - por ejemplo, el hecho de que un presidente en un banco asegurado bajo una póliza bancaria está bajo investigación por defraudación. Igualmente, en una póliza de accidentes, el hecho de que un futbolista haya sufrido ya varios accidentes. Aparte de los hechos relacionados con el riesgo original, también habrá cuestiones específicas relacionadas con el reaseguro que tendrán que ser presentadas al reasegurador. Por ejemplo, la cuantía de la prima cobrada por el reasegurador está basada en la cuantía de la prima pagada al reasegurado. En consecuencia, es importante o material que el reasegurador conozca la cuantía de la prima pagada por el asegurado.

En realidad, la obligación de tener que presentar todos los hechos materiales es sumamente onerosa. La jurisprudencia en Inglaterra ha establecido que para determinar si un hecho es un hecho material hay que satisfacer dos condiciones. En primer lugar, objetivamente, el hecho debe ser un hecho que cualquier suscriptor prudente y razonable querría conocer. Hay que observar que aquí no estamos hablando del reasegurador en particular que está suscribiendo el riesgo, sino de un hipotético reasegurador razonable. En segundo lugar, es necesario probar que el reasegurador en particular que está suscribiendo el riesgo fue inducido a celebrar el contrato por la información incorrecta, inexacta, o por la reticencia del reasegurado. Por supuesto que puede haber discusión sobre la cuestión de si el hecho es material o no, pero quiero enfatizar que las consecuencias de la inexactitud o de la reticencia son extremadamente serias para el reasegurado.

Un punto final en cuanto a aquellos hechos que no son materiales y que no tienen que ser presentados al reasegurador. La jurisprudencia inglesa ha decidido ya hace bastantes años que los hechos que el reasegurador conoce o debería conocer en el curso de su negocio normal no tienen que ser presentados al reasegurador. Sin embargo, el hecho de que el reasegurador podría haberse informado de un hecho concreto a través de varias preguntas no exonera al reasegurado de la obligación de presentar los hechos al reasegurador. En ocasiones, se puede argumentar que el reasegurador renunció al derecho de que se le presente la información si, por ejemplo, el reasegurador conoce algún hecho material pero decide no hacer más preguntas sobre el tema o decide no profundizar su conocimiento. En tal situación, se podría decir que hubo una renuncia por parte del reasegurador. Pero esto es un caso especial - la obligación de presentar todos los hechos materiales es una obligación casi sagrada bajo el derecho inglés.

5. LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE REASEGURO

Las condiciones introducidas en el "*slip*" de reaseguro pueden ser condiciones normales o condiciones precedentes a la responsabilidad del reasegurador. Si la condición es una condición precedente, el incumplimiento de la condición resulta en que el reasegurador no es responsable por el siniestro y no importa en absoluto si no ha sido perjudicado

por el incumplimiento. El mero incumplimiento de la condición precedente basta. Al otro extremo, el incumplimiento de una condición que no es una condición precedente difícilmente produce una defensa para el reasegurador porque bajo el derecho inglés el reasegurador tiene que probar que la conducta del reasegurado al incumplir la condición equivale al rechazo por parte del reasegurado de la existencia general del contrato de reaseguro. Esto es casi siempre imposible de probar si el incumplimiento de la condición está relacionado con una cláusula en concreto, como por ejemplo, la condición que prescribe que se tiene que pagar la prima dentro de un plazo determinado. Por supuesto que estamos hablando aquí de una condición normal y no de una garantía, el incumplimiento de la cual produce distintos efectos como ya hemos examinado. El punto clave es que el incumplimiento de la condición normal no tiene grandes consecuencias jurídicas bajo el derecho inglés. Es por esta razón que el reasegurador prudente exige que las condiciones más importantes sean condiciones precedentes a su responsabilidad.

Además de las condiciones del reaseguro negociadas entre las partes, la práctica del mercado en el campo del reaseguro facultativo siempre ha sido que el “*slip*” de reaseguro se refiera a un clausulado o póliza original a ser emitido por la cedente.

Probablemente se conocerán las palabras “*terms and conditions as original*” en los “*slips*” de reaseguro, cuyo significado es que las condiciones de la cobertura son según la póliza original. Recientemente hubo un gran debate en los tribunales ingleses en cuanto a la supuesta incorporación de las condiciones de la cobertura de la póliza original en el reaseguro, en el sentido de que la teoría tradicional es que estas mismas condiciones son trasladadas por las meras palabras “*as original*” al contrato de reaseguro. La jurisprudencia inglesa está dividida y existe también la teoría de que las palabras “*as original*” son equivalentes a una garantía (o un “*warranty*”) de que las condiciones de la póliza original son las que fueron presentadas al reasegurador antes de la celebración del contrato.

A veces, las condiciones trasladadas al reaseguro no tienen sentido ya que no tienen nada que ver con el riesgo asegurado bajo el reaseguro. Sin embargo, el tribunal inglés ha dictado que es aceptable manipular la condición en la póliza original para que tenga o adquiera sentido en el contexto del reaseguro. Por ejemplo, cambiar la palabra “asegurado” por “reasegurado”. Pero el debate sigue y el “*Commercial Court*” en Londres (el tribunal de primera instancia que resuelve la mayoría de las disputas en el campo del reaseguro) todavía tiene que fallar en varios asuntos importantes donde se está discutiendo el significado y el alcance de las palabras “*as original*”.

Lo que sí está claro es que las palabras “*as original*” en el “*slip*” sí incorporarán las condiciones relacionadas directamente con el riesgo asegurado, incluso las garantías. Sin embargo, está bien establecido que las cláusulas auxiliares, como por ejemplo las cláusulas relacionadas con la notificación de siniestros, no se incorporan al reaseguro si no coinciden con las condiciones expresas en el reaseguro relacionadas con la notificación de siniestro. También se ha establecido después de muchos años que las cláusulas de arbitraje o de jurisdicción o ley aplicable en el contrato original no son trasladadas al

reaseguro por las palabras "*as original*". Esto se debe a que los tribunales han considerado que estas cláusulas en concreto son arreglos independientes o colaterales entre las partes que no tienen nada que ver con la cobertura ofrecida por la póliza de seguros. Esto tiene una consecuencia importante en cuanto a la difícil cuestión de la ley aplicable. La póliza emitida en Uruguay, por ejemplo, se regirá por el derecho uruguayo y así lo dirá la póliza. Sin embargo, si el "*slip*" de reaseguro contiene las palabras "*as original*" eso no quiere decir que el contrato de reaseguro también se regirá por la ley uruguaya. Todo lo contrario. Los tribunales ingleses han decidido que a menos que existan palabras expresas en el contrato de reaseguro que permitan o exijan la incorporación de la cláusula de ley aplicable, la misma no será trasladada al reaseguro.

En los contratos facultativos, además de la regla que acabamos de estudiar relacionada con la incorporación de las condiciones de la póliza original, existe una regla de interpretación la cual presume que la cobertura ofrecida por la póliza original coincide con la cobertura ofrecida por el reaseguro.

Esta presunción ha sido denominada la presunción de la cobertura "*back-to-back*". El tema fue tratado por primera vez en el famoso caso inglés "*Vesta v. Butcher*" en 1989. En este caso había una póliza que amparaba a una crianza industrial de peces en Noruega. La póliza original se regía por la ley noruega pero el contrato de reaseguro facultativo se colocó en Londres y el reaseguro se regía por la ley inglesa. La póliza local incluía una garantía exigiendo que la crianza se vigilase 24 horas al día. Un día ocurrió una tormenta terrible causando grandes inundaciones y la muerte de millares de peces. Cuando se presentó la reclamación, se descubrió que la crianza no había sido vigilada las 24 horas al día. Bajo el derecho inglés por el cual se regía el reaseguro (y como ya hemos visto) el incumplimiento de la garantía era suficiente para exonerar al reasegurador de toda responsabilidad por el siniestro. Sin embargo, bajo la ley noruega el incumplimiento de la garantía no tenía ese resultado porque la ley noruega requiere que haya un nexo de causalidad entre el incumplimiento de la garantía y el siniestro ocurrido. Y aquí habían sido las terribles tormentas las que habían causado el siniestro lo cual no tenía nada que ver con el hecho de que no había vigilancia las 24 horas al día. Se presentó por lo tanto un conflicto entre el derecho inglés y el derecho noruego. La disputa llegó hasta la Cámara de los Lores y los lores dijeron lo siguiente: aunque el contrato de reaseguro se regía por la ley inglesa, la presunción de cobertura '*back-to-back*' tenía que prevalecer. El resultado fue entonces que el tribunal inglés tuvo que interpretar el contrato de reaseguro en una manera que fuera consistente con la interpretación de la póliza local. Este principio se aplicó en otros casos también importantes. En uno de estos casos relacionados con Venezuela en el año 2001 sucedió lo mismo y el tribunal inglés determinó que una garantía en una póliza venezolana prevalecería sobre la misma garantía en el contrato de reaseguro regido por la ley inglesa. Sin embargo, es necesario enfatizar que esta presunción de cobertura "*back-to-back*" no es absoluta y no se aplicaría cuando se puede demostrar que los dos contratos se han negociado por separado o cuando la interpretación del contrato nacional es dudosa o ambigua.

¿Cuándo ocurre la pérdida bajo un contrato de reaseguro facultativo? La pérdida ocurre, al igual que en una póliza de responsabilidad civil, cuando la responsabilidad del reasegurado ha sido determinada y cuantificada bien por sentencia, laudo arbitral o transacción formal entre las partes. La pérdida no ocurre en el momento posterior cuando el reasegurado indemniza al asegurado. Por cierto las partes pueden ponerse de acuerdo de que el momento en que nace la responsabilidad del reasegurador no ocurrirá hasta el momento en que el reasegurado haya pagado, pero para que esto suceda es necesario que el contrato de reaseguro sea muy claro. Esto es así porque si no, el reasegurador podría salvarse y no pagar, por ejemplo en el caso de que la compañía de seguros quiebra y no puede pagar al asegurado. Por esta razón lo que importa es la sentencia, laudo arbitral o transacción que fija la responsabilidad de la compañía de seguros. Una vez que se haya concretado esta responsabilidad, el reasegurador tendrá que pagar.

Sin embargo, según el derecho inglés, el reasegurado tiene que satisfacer dos condiciones principales antes de que el reasegurador tenga que indemnizar al reasegurado. En primer lugar, el reasegurado tiene que probar su responsabilidad frente al asegurado, y en segundo lugar, el reasegurado también tiene que probar que los reaseguradores son responsables según las condiciones del contrato de reaseguro. En el caso de un reaseguro facultativo, como ya hemos visto, esta segunda condición normalmente es fácil de satisfacer según la presunción de cobertura "*back-to-back*". Es más problemático satisfacer la primera condición —como ya he dicho—, tiene que haber una sentencia contra el reasegurado o bien tiene que haber un laudo arbitral contra el reasegurado o una transacción vinculante y exigible entre el reasegurado y el reasegurador.

Ahora bien, la sentencia de un tribunal latinoamericano contra el reasegurado es suficiente para activar la cobertura del reaseguro. Pero es importante que la sentencia contra el reasegurado haya sido dictada por un tribunal competente en la materia, y también que no haya habido un error patente de derecho ni que la sentencia haya sido manifiestamente perversa ni que el reasegurado no se haya defendido exhaustivamente en el proceso local. En todas estas excepciones la sentencia del tribunal latinoamericano no sería vinculante para el reasegurador. En cuanto a los laudos arbitrales y el hecho de que un laudo arbitral es confidencial entre las partes, los tribunales ingleses ya han aceptado que los reaseguradores tienen obligación de indemnizar al reasegurado cuando se decreta un laudo arbitral a favor del reasegurado, a pesar de que el laudo es confidencial.

Sin embargo, es mucho más difícil argumentar que una transacción entre un asegurado y su aseguradora vincula automáticamente al reasegurador. El hecho de que existió una transacción es nada más que el primer paso para establecer la responsabilidad del reasegurador. Según el derecho inglés, el reasegurado también tiene que establecer que si el caso hubiese seguido a juicio, el asegurado hubiera conseguido una sentencia contra la compañía bajo la ley aplicable al contrato de seguro, si no por la totalidad, por lo menos por el monto fijado por la transacción. Es importante entender que no es suficiente que el reasegurado pueda demostrar que la transacción celebrada con el asegurado fue una transacción razonable.

Esta dificultad que tiene el reasegurado de tener que establecer después de una transacción que realmente existió responsabilidad frente al asegurado a veces puede ser superada por el uso de cláusulas en el contrato de reaseguro denominadas “*follow the settlements*” y “*follow the fortunes*”.

Estas cláusulas, que frecuentemente aparecen en los contratos facultativos de reaseguro, fueron inventadas hace muchos años precisamente para que los reaseguradores tuvieran que indemnizar a la compañía de seguros en el momento en que se haya celebrado una transacción de buena fe entre el asegurado y la compañía de seguros. La idea siempre fue que el reasegurador no tuviera que cuestionar la transacción celebrada por el reasegurado, si fue buena o mala o si realmente no se debería haber pagado nada. Sin embargo, quiero destacar la diferencia entre la cláusula “*follow the settlements*” y “*follow the fortunes*”. Esta última significa que el reasegurador le seguirá la suerte al reasegurado, sea cual sea la suerte, (pero siempre sujeto a los límites de indemnización de la póliza) mientras que el “*follow the settlements*” sólo significa que el reasegurador indemnizará al reasegurado en base a la transacción celebrada por el reasegurado.

La cláusula “*follow the settlements*” ha sido examinada por los tribunales ingleses en múltiples ocasiones y ya tenemos muy claro lo que hay que establecer para poder invocar la cláusula.

El primer requisito es que el reasegurador debe establecer —y observen que la carga de la prueba la lleva el reasegurador— que la transacción celebrada por el reasegurado no fue hecha en buena fe y que no fue una transacción hecha de una manera eficiente o práctica. La palabra que utilizan los tribunales en Inglaterra es “*business-like*”. Los reaseguradores pueden insistir que el reasegurado presente información para justificar la eficiencia de la transacción pero es el reasegurador quien tiene que probar que la transacción no fue eficiente. Una vez satisfecha esta condición, el reasegurador tiene que indemnizar al reasegurado por la cuantía de la transacción, aún cuando después se establezca que el reasegurado no estaba estrictamente obligado a indemnizar al asegurado, por ejemplo porque la reclamación no era válida. Como se pueden imaginar, ha habido muchos casos en Inglaterra en los cuales se discute la interpretación de la condición de “transacción eficiente”². En muchos de los casos, el reasegurado ha tenido que obtener informes y conceptos de ajustadores y otros peritos para demostrar que la transacción sí fue eficiente y razonable. En otros casos conceptos de abogados han sido obtenidos. Sin embargo, probar que la transacción fue razonable es solamente el primer requisito. El segundo requisito es que el reasegurado tiene que probar que su reclamación sí está amparada bajo los términos del reaseguro. Entramos aquí en un conflicto jurídico bastante complicado ya que, como les he explicado, en los contratos facultativos la presunción de la cobertura “*back-to-back*” prevalece en casi todos los casos, y de ser así, se podría decir que en los contratos facultativos, nunca es necesario satisfacer esta segunda condición cuando el contrato contiene una cláusula de “*follow the settlements*”. Sin embargo, los tribunales ingleses han insistido que cuando hay una cláusula “*follow the settlements*” en el contrato de reaseguro, el reasegurado sí tiene que probar por separado

2 En inglés “*business-like settlement*”.

que su reclamación está amparada bajo el contrato de reaseguro. En la práctica, esto no quiere decir que el reasegurado tiene que probar con absoluta certeza que su reclamación (acuérdense basada en una transacción) está amparada bajo el contrato de reaseguro. Los tribunales han dicho que el reasegurado sólo tiene que probar que la reclamación probablemente estaría cubierta por el reaseguro. Esto no resulta tan oneroso para el reasegurado.

También es menester recordar la existencia de la cláusula llamada "*full reinsurance clause*". Traducido literalmente, esto quiere decir "cláusula de reaseguro completo". Lamentablemente, sabemos por la experiencia que el reaseguro nunca es tan sencillo ni tan completo. El "*full reinsurance clause*" consiste de dos ingredientes. El primero de ellos siendo que el reaseguro sigue las condiciones de la póliza original, es decir "*as original*", y el segundo, la cláusula "*follow the settlements*". Es decir, cuando el "*slip*" de reaseguro se refiere a "*full reinsurance clause*" esto simplemente significa la existencia de estas dos condiciones.

En algunas pólizas, los reaseguradores han intentado modificar la cláusula "*follow the settlements*" para tratar de quitar la necesidad de tener que probar que la transacción fue hecha en buena fe y que fue eficiente y razonable. Por ejemplo, existen cláusulas que prescriben que el reasegurador seguirá la transacción del reasegurado sin reserva o sin condiciones, sea o no responsable. Pero cada vez que estas modificaciones han sido examinadas por el tribunal inglés las mismas han sido ignoradas. En pocas palabras, el tribunal ha decidido que permanece la necesidad de tener que probar que la transacción fue hecha en buena fe y que fue razonable.

Se añadirá unas palabras sobre la cláusula denominada "*follow the fortunes clause*"³. a pear que esta cláusula es poco común en los contratos facultativos colocados en el mercado de Londres. El concepto "*follow the fortunes*" es más bien americano que anglosajón. Son muy, muy pocos los contratos de reaseguro que yo he visto en Londres con cláusulas "*follow the fortunes*". Por lo tanto, no existe ninguna jurisprudencia en Inglaterra que nos explique cómo interpretar estas cláusulas. Toda la jurisprudencia en la materia se refiere a cláusulas "*follow the settlements*".

Otra cuestión en el contrato de reaseguro facultativo que ha sido materia de controversia es la polémica de si el reasegurador tiene que indemnizar al reasegurado por los gastos de defensa incurridos por él al defender una reclamación hecha contra él por el asegurado.

La Cámara de los Lores en el famoso caso "*Baker v. Black Sea*" en el año 1998 ha decidido que a menos que exista una condición expresa en el contrato de reaseguro que obligue al reasegurador a pagar los gastos de defensa del reasegurado, los reaseguradores no tienen que indemnizar los gastos de defensa del reasegurado. La Cámara de los Lores dijo que cambiaría de opinión si se podía probar que la práctica aceptada en el

3 Traducida literalmente quiere decir "cláusula de seguir la suerte", es decir, la suerte del reasegurado.

mercado era que los reaseguradores siempre pagan los gastos de defensa del reasegurado en estas situaciones. Sin embargo, la práctica del mercado no fue probada satisfactoriamente y hasta el día de hoy no se ha probado contundentemente que ésta es la práctica del mercado. Por el momento entonces, la regla sigue. Mi consejo a las compañías de seguro en Latinoamérica colocando sus reaseguros en Londres es que insistan en que el contrato de reaseguro contenga una condición expresa que exija que los reaseguradores indemnicen sus gastos de defensa.

6. LAS CLÁUSULAS DE CONTROL Y DE COOPERACIÓN

Las famosas cláusulas de cooperación y cláusulas de control también han sido problemáticas en este mercado. Las típicas cláusulas de cooperación contienen varios requisitos. El primero, y el más importante, es la obligación del reasegurado de notificar al reasegurador toda ocurrencia de circunstancias que podrían dar lugar a una reclamación. La cláusula de cooperación no puede exigir que el reasegurado notifique la existencia de una pérdida porque, como ya hemos visto, la pérdida del reasegurado no nace hasta que su responsabilidad frente al asegurado haya sido establecida y cuantificada. En consecuencia, la cláusula de cooperación sólo pretende que se le notifiquen al reasegurador circunstancias que podrían dar lugar a reclamaciones. En segundo lugar, la cláusula de cooperación normalmente requiere que el siniestro sea investigado por el reasegurado, y no por el reasegurador. Sin embargo, la cláusula normalmente requiere que el reasegurado le suministre información al reasegurador durante la investigación y ahí es donde aparece la cooperación entre el reasegurado y el reasegurador. Por último, la cláusula normalmente prohíbe que el reasegurado admita su responsabilidad frente al asegurado y también normalmente exige que toda transacción tenga que ser aprobada por el reasegurador.

El alcance de la cláusula de control es más amplio. Bajo esta cláusula, el reasegurado traslada todo el manejo, todo lo relacionado con la reclamación, al reasegurador, incluso el derecho de negociar con el asegurado. Estas cláusulas de control son muy usuales en los contratos facultativos especialmente cuando la compañía de seguros latinoamericana no retiene ninguna proporción del riesgo y actúa como *"front"*. Como podrán observar, existe un conflicto entre las cláusulas de cooperación y de control y la cláusula *"follow the settlements"*. Una cosa no va con la otra. Realmente, los contratos de reaseguro no deberían contener las dos cosas, pero sabemos por experiencia que los contratos no son perfectos aunque hayan sido redactados por abogados. El famoso caso en Inglaterra de Scor en 1985 decidió que las cláusulas de control y de cooperación prevalecen sobre las cláusulas *"follow the settlements"* si las dos cláusulas aparecen juntas en un contrato de reaseguro.

Normalmente, las cláusulas de control y de cooperación están redactadas expresamente como condiciones precedentes a la responsabilidad del reasegurador. Esto quiere decir que si el reasegurado no ha cumplido con las condiciones de la cláusula no podrá recobrar su pérdida del reasegurador a pesar de que el reasegurado pueda probar que él sí es responsable frente al asegurado o que ha sido condenado a pagar en virtud de

una sentencia contra él. Ni tampoco tiene el reasegurador que probar que ha sido perjudicado por el incumplimiento. Bajo el derecho inglés, basta el incumplimiento de por sí. Por lo contrario, si la cláusula de control o de cooperación no es una condición precedente, el reasegurador no puede salirse de su responsabilidad por el simple hecho de que la cláusula no ha sido cumplida. En muchos casos, la disputa ha sido si realmente la cláusula de control o de cooperación es una condición precedente a la responsabilidad del reasegurador. Todo depende de la redacción de la cláusula. Para que sea una condición precedente, la cláusula debe ser muy clara sin ningún tipo de ambigüedad. En muchos casos, el texto de la cláusula no existe. Lo único que aparece es la referencia a la cláusula de control o cláusula de cooperación en el "*slip*" de reaseguro, pero sólo aparecen las palabras "Cláusula de Control" o "Cláusula de Cooperación" sin clausulado. A veces el "*slip*" se refiere al texto de la cláusula anexo al "*slip*" pero el anexo no existe o ha desaparecido. Para que no haya problemas de interpretación es importante que se aseguren que exista un clausulado concreto para la cláusula de cooperación o cláusula de control y que las partes estén de acuerdo con las condiciones de la cláusula. En resumen, si los reaseguradores han insistido en que la cláusula sea una condición precedente a su responsabilidad, es importante que la misma sea transparente y que las partes entiendan sus obligaciones respectivas y en particular las consecuencias que trae el incumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Codificación

Estatuto Contracts (Rights of third parties) Act. 1999

Jurisprudencia

Caso inglés "Vesta v. Butcher" 1989

Caso "Scor" 1985

Caso "Baker v. Black sea" 1998