



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL**

**ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA EJECUCIÓN DEL
CONTRATO DE REASEGURO EN LA LEY CHILENA.**

**El impacto de las cláusulas de cooperación y control de
siniestros.**

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales.**

PEDRO CUNILL DÍAZ.

Profesor Guía: Rafael Gómez Balmaceda

Santiago, Chile

2021

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a:

Todos quienes me ayudaron y orientaron en el proceso de escribir este trabajo. En especial a mi profesor guía don Rafael Gómez Balmaceda y a los abogados Javier Carvallo Pardo, Edmundo Agramunt Orrego, Arturo Prado Puga, Javier Yáñez Gómez y Waldo Sobrino.

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene por objetivo general analizar el impacto que ha tenido la masificación de las cláusulas de cooperación y control de siniestros en la concepción tradicional del contrato de reaseguro y su ejecución en Chile. Más específicamente, se buscará responder la pregunta sobre si existe algún límite al control que puede ejercer el reasegurador extranjero en la liquidación del siniestro ocurrido en nuestro país, atendido el silencio de la ley chilena en esta materia. Para analizar el efecto de estas cláusulas en la estructura tradicional del reaseguro se hará primero una revisión de la dogmática clásica de este contrato. Desde ese punto, iremos viendo cómo la presencia de estas estipulaciones exige replantearse ciertas definiciones, características y principios. Además, nos haremos cargo del posible impacto de estas estipulaciones en el procedimiento de liquidación de siniestros, teniendo en cuenta la regulación chilena. Para efectos de determinar si es posible fijar normativamente un límite a las facultades del reasegurador analizaremos las redacciones más comunes del mercado, el ordenamiento jurídico chileno, los usos y costumbres internacionales y algunas decisiones judiciales relevantes. Las cláusulas de cooperación y control de siniestros producen, sin lugar a duda, un cambio de paradigma en el contrato de reaseguro, pues van en un sentido contrario a los conceptos y principios asentados en la doctrina tradicional del reaseguro, producto de siglos de desarrollo. Pero esto no debe extrañar, por cuanto estamos ante una rama donde prevalece la autonomía privada y es precisamente esta, manifestada en las prácticas diarias de los operadores, la que da forma a la institución jurídica. Ahora bien, esto mismo exige hacerse cargo, desde un punto de vista teórico, de las constantes evoluciones padecidas por las instituciones, cuestión que pretendemos lograr en este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	I
TABLA DE JURISPRUDENCIA	II
INTRODUCCIÓN	1
I. Del Contrato de Reaseguro, en General.....	4
1. Generalidades	4
2. Naturaleza jurídica	13
3. Intervinientes.....	22
4. Principios	26
4.1. Independencia y autonomía	27
4.2. Máxima buena fe	30
4.3. Comunidad de suerte	34
5. Efectos	40
6. Dinámica tradicional del contrato de reaseguro	42
7. Clasificación	45
II. De las Cláusulas de Cooperación y Control de Siniestros	49
1. Generalidades	49
2. Definiciones.....	50
3. Clasificaciones	53
4. Cláusulas de uso frecuente.....	60
5. Incumplimiento	62

III. Del Alcance de las Cláusulas de Cooperación y Control en la Concepción Tradicional del Reaseguro	71
1. Generalidades	71
2. Impacto en la naturaleza jurídica del reaseguro. Consideraciones en relación con otros contratos	72
2.1. ¿Sociedad?.....	73
2.2. ¿Joint Venture?.....	79
3. Incidencia en la autonomía del reaseguro, la máxima buena fe y la comunidad de suerte	83
IV. De la Injerencia del Reasegurador en la Liquidación del Siniestro	105
1. Generalidades	105
2. Regulación de la liquidación.....	106
3. Facultades del Reasegurador en la liquidación de acuerdo con las cláusulas de cooperación y control.....	110
4. Críticas y observaciones	112
V. Restricciones al Régimen de Control del Reasegurador.....	122
1. Generalidades y precisiones fundamentales.....	122
2. Doctrina y jurisprudencia.....	128
VI. CONCLUSIONES.....	148
ANEXO 1.....	153
ANEXO 2	154
ANEXO 3	160
BIBLIOGRAFÍA	165

ABREVIATURAS

CC	Código Civil Chileno
CCC	Cláusulas de cooperación y control de siniestros, indistinta y genéricamente
CCom	Código de Comercio Chileno
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
LS o Ley de Seguros	Decreto con Fuerza de Ley N° 251
NCG 421	Norma de Carácter General N° 421 dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy CMF) en noviembre de 2017, que establece principios de gestión del reaseguro e información sobre programas de reaseguro
PRICL	Principios Internacionales sobre Contratos de Reaseguro (<i>Principles of Reinsurance Contract Law</i>)
Reglamento	Decreto Supremo N° 1055 de 2012 que contiene el Reglamento sobre Auxiliares del Comercio de Seguros y Liquidación de Siniestros

TABLA DE JURISPRUDENCIA

AUSTRALIA	<p>Distillers Company Bio-chemicals (Aust.) Pty. Ltd. v. Ajax Insurance Company Limited.</p> <p>Corte Superior de Australia, 1974.</p> <p>Citado como: <i>Distillers v. Ajax</i>.</p>
ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	<p>Iowa Mutual Tornado Insurance Assurance v. Timmons.</p> <p>Corte Suprema de Iowa, 1960.</p> <p>Citado como: <i>Iowa Mutual. v. Timmons</i>.</p> <p>General Reinsurance Corporation v. Missouri General Insurance Company.</p> <p>Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito, 1979.</p> <p>Citado como: <i>GRC v. Missouri</i>.</p> <p>American Insurance Company v. North American Company for Property and Casualty Insurance.</p> <p>Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1982.</p> <p>Citado como: <i>AIC v. NACPAC</i>.</p>

	<p>Ascherman v. General Reinsurance Corporation. Corte de Apelaciones de California, 1986. Citado como: <i>Ascherman v. GRC</i>.</p> <p>Surplus Lines Insurance v. Fireman’s Fund Insurance. Corte del Distrito Norte de Illinois, 1989. Citado como: <i>Surplus v. Fireman’s</i>.</p> <p>Christiania General Insurance v. Great American Insurance. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1992. Citado como: <i>Christiania v. GAI</i>.</p> <p>Unigard Security Insurance v. North River Insurance. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1993. Citado como: <i>Unigard v. North River</i>.</p> <p>Wohlers v. Bartgis. Corte Suprema de Nevada, 1998. Citado como: <i>Wohlers v. Bartgis</i>.</p>
--	--

	<p>Reliastar Life Insurance v. IOA Reinsurance Incorporated.</p> <p>Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito, 2002.</p> <p>Citado como: <i>Reliastar v. IOA</i>.</p>
<p>REINO UNIDO</p>	<p>Delver v. Barnes.</p> <p>Corte del Banquillo del Rey de Inglaterra, 1807.</p> <p>Citado como: <i>Delver v. Barnes</i>.</p> <p>Insurance Company of Africa v. Scor (UK) Reinsurance Limited.</p> <p>Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1985.</p> <p>Citado como: <i>ICA v. Scor</i>.</p> <p>Forsikringsaktieselskapt Vesta v. Butcher.</p> <p>Casa de los Lores, 1988.</p> <p>Citado como: <i>Vesta v. Butcher</i>.</p> <p>The Meadows Insurance Company Limited and The Insurance Corporation of Ireland plc. v. International Commercial Bank plc.</p> <p>Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1989.</p> <p>Citado como: <i>Meadows v. ICB</i>.</p>

	<p>Hill v. Mercantile & General Reinsurance Company. Casa de los Lores, 1996. Citado como: <i>Hill v. M&G</i>.</p> <p>Gan Insurance Company Limited v. Tai Ping Insurance Company Limited. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2001. Citado como: <i>Gan v. Tai Ping 2</i>.</p> <p>Eagle Star Insurance v. Cresswell. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2004. Citado como: <i>Eagle Star v. Cresswell</i>.</p> <p>Royal and Sun Alliance v. Dornoch. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2005. Citado como: <i>R&S v. Dornoch</i>.</p> <p>Kosmar Villa Holidays Plc. v. Trustees of Syndicate 1234. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2008. Citado como: <i>Kosmar v. Trustees</i>.</p>
--	---

	<p>Lexington Insurance Co. v. Multinacional de Seguros S.A. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2009. Citado como: <i>Lexington v. Multinacional</i>.</p> <p>Wasa International Insurance Co. Ltd. v. Lexington Insurance Co. Casa de los Lores, 2009. Citado como: <i>Wasa v. Lexington</i>.</p> <p>Beazley Underwriting Limited & Others v. Al Ahleia Insurance Company & Others. Corte Superior de Inglaterra y Gales, División del Banquillo de la Reina, Corte Comercial, 2013. Citado como: <i>Beazley v. Al Ahleia</i>.</p>
--	--

INTRODUCCIÓN¹

Es innegable la importancia de la problemática de las cláusulas de cooperación y control de siniestros en el reaseguro (en adelante “**CCC**”, por su denominación en inglés como *Claims Control* o *Claims Cooperation Clauses*). Estas producen un cambio de paradigma en el contrato de reaseguro pues van en un sentido contrario a los conceptos y principios asentados tradicionalmente en la doctrina y jurisprudencia internacional. De ahí que resulte imprescindible ahondar en el impacto que estas producen en la figura tradicional del reaseguro a la luz de la ley chilena.

Tradicionalmente, en una relación de reaseguro toca al reasegurado encargarse de la gestión de la póliza reasegurada en todas sus etapas (contratación, vigencia y liquidación), sin que el reasegurador tenga injerencia alguna en ellas. Las CCC pueden morigerar lo anterior, dando relevancia a la opinión del reasegurador e incluso disponer justo lo contrario, que el reasegurador se encargue de y dirija la liquidación del siniestro.

¹ Quisimos dejar esta primera nota al pie para hacer una aclaración de suma importancia para la honestidad intelectual de este trabajo. Existe un libro en la materia llamado *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Su problemática*, escrito por el distinguido profesor colombiano don Carlos Jaramillo Jaramillo. En este se aborda la problemática que supone para la doctrina tradicional del reaseguro la inclusión de ciertas estipulaciones contractuales como las cláusulas de cooperación y control de siniestros. Es decir, un propósito similar al de esta investigación, pero que analiza además otras figuras modernas del reaseguro. Hubiese sido muy enriquecedor poder contar con esta fuente, sin embargo, no pudimos dar con ella. Por esto, cualquier similitud entre este trabajo y el del profesor Jaramillo debe entenderse como una coincidencia del razonamiento, más no como un plagio, pues nunca tuvimos a la vista dicha obra.

Como se aprecia, aquí hay un giro de 180 grados. Es como si sobre el contrato de compraventa comenzara a señalarse que el vendedor nunca está obligado a sanear los vicios ocultos de la cosa vendida. El problema radica finalmente en que toda la institución del reaseguro se construyó a partir de su funcionamiento común, que en buena medida se ve ahora superado con la aparición de estas estipulaciones.

Esto genera desafíos teóricos y prácticos. Teóricos, porque nos obliga a adaptar la concepción tradicional del reaseguro a esta nueva realidad. Prácticos, porque necesariamente estas disquisiciones provocan consecuencias relevantes para el desenvolvimiento de este negocio, y por consiguiente, para el patrimonio del asegurador y del reasegurador. Por tanto, se justifica sobradamente la necesidad de una investigación sobre la materia, en especial por las importantes consecuencias jurídicas que puede tener la recepción de una u otra teoría sobre aspectos centrales como la naturaleza del contrato, los efectos del incumplimiento de determinadas cláusulas, entre otros.

Se sugiere al lector recordar, a lo largo de este trabajo, el carácter dinámico del Derecho Comercial. Como dice el profesor Sandoval, esta es “una rama del derecho progresiva, en donde la especulación y el espíritu de lucro que guía todas sus operaciones le dan tal movilidad para satisfacer sus necesidades, que de continuo exige reglas jurídicas nuevas”.² Precisamente, la realidad de las CCC y su aceptación transversal en el mercado exige repensar las soluciones que la teoría tradicional da a los problemas jurídicos derivados del reaseguro.

² Sandoval, Ricardo. (2007). *Derecho Comercial (Actos de comercio. Noción general de empresa individual y colectiva)*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago, p.24.

El presente trabajo se estructurará en cinco capítulos. En primer lugar, nos referiremos al principal instrumento de derecho uniforme en materia de reaseguros y explicaremos su importancia frente a la ley chilena. En segundo lugar, revisaremos brevemente el contrato de reaseguro tradicional, junto con sus características y principios fundamentales. Así, tendremos claro cuál es el contexto en que inciden las CCC y la operatoria de un reaseguro común y corriente. En tercer lugar, explicaremos el qué, el por qué y el cómo de las CCC. Es decir, daremos su definición, su fundamento o justificación y sus efectos. En cuarto lugar, ahondaremos en el impacto que tienen estas estipulaciones en las características, los principios y la operatoria del reaseguro tradicional. En este sentido, reflexionaremos sobre la naturaleza jurídica del reaseguro con CCC, sobre la vigencia de sus principios fundamentales y sobre su impacto en la etapa de liquidación de siniestros en Chile. En quinto lugar, intentaremos responder a la pregunta sobre si es posible, ante el silencio de la ley, construir normativamente un límite a las facultades del reasegurador, de manera que el reasegurado pueda eximirse del deber de sometimiento a las decisiones de su reasegurador.

I. Del Contrato de Reaseguro, en General

1. Generalidades

Cabe precisar desde ya que el debate en materia de reaseguro no versa sobre la licitud o legitimidad de las estipulaciones que pretendemos analizar, que son ampliamente reconocidas y aceptadas por los operadores, sino que sobre las adaptaciones que deben hacerse ante el completo silencio de la ley en la materia. Otra cuestión sobre la cual debe haber claridad desde un comienzo es que las CCC son disposiciones contractuales conocidas por las partes en las negociaciones y respecto de las cuales habrá normalmente pleno consentimiento. Sea que el asegurado o el asegurador busque la cobertura de reaseguro, tendrá que aceptar este término para lograr obtenerla en el mercado extranjero. Es lógico que esto funcione así porque es en definitiva el reasegurador quién pagará el siniestro, pudiendo imponer la inclusión de una disposición especial. Entonces, es muy difícil que el asegurado o el asegurador puedan defenderse con una alegación basada en el desconocimiento o falta de consentimiento respecto de la CCC, pues es una carta que se pone sobre la mesa desde el inicio de las tratativas.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.667³ en el año 2013 nuestro CCom contiene una definición expresa del contrato de reaseguro. El inciso primero del artículo 584 dispone lo siguiente:

“Por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga a indemnizar al reasegurado, dentro de los límites y modalidades establecidos en el contrato, por las responsabilidades que afecten su patrimonio como consecuencia de las obligaciones que éste haya contraído en uno o más contratos de seguro o de reaseguro”.

Otra definición que debemos tener en cuenta es la contenida en los *Principles of Reinsurance Contract Law*⁴ (en adelante los “**PRICL**”). Este instrumento -sobre el que volveremos en seguida- lo define en su artículo 1.2.1 como un contrato en virtud del cual el reasegurador, en consideración de una prima, promete al reasegurado cubrirlo respecto del riesgo de exponerse a una reclamación de pago en atención a un contrato de seguro o reaseguro.⁵

³ La Ley 20.667 que Regula el contrato de seguro reemplazó la totalidad del Título VIII del Libro II del Código de Comercio, modernizando la legislación de seguros. Con anterioridad, había menciones al reaseguro, pero no definiciones como la del actual artículo 584.

⁴ Project Group on Principles of Reinsurance Contract Law & International Institute for the Unification of Private Law. (2019). *Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)*. (Eds: Heiss, Helmut; Schauer, Martin & Wandt, Manfred). Zurich. Este documento se citará en lo sucesivo como: PRICL. La riqueza y utilidad de este documento es mayor en su versión original en inglés, pues incluye latos comentarios y ejemplos que ayudan a situar la teoría en la realidad, revelando siempre un enfoque práctico

⁵ PRICL, p.21. Traducción libre del texto original (“ ‘Contract of reinsurance’ means a Contract under which one party, the reinsurer, in consideration of a premium, promises another party, the reinsured, cover against the risk of exposure to insurance or reinsurance claims”).

¿Por qué es relevante esta definición? Simplemente porque en el ámbito de los reaseguros son especialmente importantes los usos y prácticas comerciales. El Derecho de Reaseguros es característicamente dinámico y no estático, se moldea y define según las costumbres mercantiles.⁶ Justamente, los PRICL son una recopilación de las principales costumbres mercantiles en la materia. Como ya dijimos, nuestro ordenamiento jurídico reconoce esta relevancia en el artículo 584 CCom. Por su parte, la doctrina ofrece múltiples definiciones del contrato de reaseguro.⁷

⁶ Esto no debe sorprender, pues estamos estudiando una materia propia del Derecho Comercial, que según nos enseña Jequier, Eduardo. (2017). *Curso de Derecho Comercial. Tomo I*. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, p.4, “se concibió como un derecho creado por y para los comerciantes, cuya estructura se fue modelando a la par con las costumbres observadas por aquellos de cara a unos fines específicos y a unas exigencias particulares que imponía el tráfico jurídico-mercantil”.

⁷ Baeza, Sergio. (1967). *El seguro*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, p.142 (“se puede definir el reaseguro como un contrato bilateral, por el cual una de las partes, el asegurador directo, cede la responsabilidad que le afecta en los seguros contratados, total o parcialmente, a la otra, el reasegurador, obligándose este último a restituirle, proporcionalmente, las indemnizaciones que deba pagar en razón de sus contratos de seguros, a cambio de una retribución consistente en el total o parte de las primas percibidas. (Jorge Bande, Economía del Seguro)”; Cardona, Christopher. (2009). “El contrato internacional de reaseguro facultativo. Particularidades del mercado inglés y experiencia en el mercado latinoamericano”. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 31(18), Bogotá, p.93 (“un contrato de seguro bajo el cual la aseguradora adquiere cobertura de otra aseguradora en cuanto a su propio riesgo frente al asegurado”); Carter, Robert. (1983). *Reinsurance*. Editorial Springer, Segunda Edición, p.4 (“*the insurance of contractual liabilities incurred under contracts of direct insurance or reinsurance*”); Ehrenberg, Victor. (2019). *El reaseguro*. Traducción por José María Navas Müller. Editorial Olejnik, Argentina, p.29 (“cuando un asegurador se asegura a su vez contra el riesgo de la obligación de indemnización que ha asumido por el contrato de seguro, se designa este nuevo seguro como reaseguro”); Stempel, Jeffrey; Swisher, Peter & Knutsen, Erik. (2020). *Principles of Insurance Law*. Editorial Lexis Nexis, Quinta Edición, Estados Unidos de Norte América, p.930 (“*reinsurance is a transaction in which an insurance company (the primary insurer or reinsured) cedes all or part of a risk of loss to another insurance company (the reinsurer)*”) y; Stiglitz, Rubén. (2001). *Derecho de Seguros. Tomo II*. Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, p.528 (“el reaseguro es un contrato por el cual el asegurador se asegura (se garantiza), total o parcialmente, dentro de los límites estipulados convencionalmente, contra la aparición de un daño con motivo de tener que afrontar eventualmente las consecuencias dañosas de un siniestro que sufra su asegurado).

Pero existen dos conceptualizaciones que, según nuestro criterio, reflejan de buena manera la esencia de este contrato. Una es la acuñada por el insigne Antigono Donati, que a pesar de su antigüedad es clara y refleja prácticamente a la perfección el funcionamiento de este contrato. Dicha definición es la siguiente:

“El reaseguro es un seguro con el cual, dentro de los límites del contrato, el asegurador se cubre a su vez del riesgo asumido, es decir, se asegura contra el daño que puede repercutirle por la realización del riesgo que ha asegurado”.⁸

Otra es la esbozada por los profesores Edelman & Burns, quienes conciben el contrato de reaseguro como uno por medio del cual un asegurador acuerda ceder una parte del riesgo asumido en un contrato de seguro a un reasegurador.⁹ Como se aprecia, los elementos fundamentales son los mismos.

En cuanto a definiciones jurisprudenciales, es icónica la propuesta precursora del Lord Mansfield en la sentencia del caso *Delver v. Barnes*.¹⁰ Allí lo definió como un nuevo seguro suscrito en una nueva póliza, sobre el mismo riesgo que fue asegurado previamente, con el objeto de indemnizar a los aseguradores por la suscripción previa.¹¹ La similitud de esta definición antiquísima con las expuestas anteriormente demuestran su vigencia y precisión. Con todo, debemos tener en cuenta que, como

⁸ Donati, Antigono. (1960). *Los seguros privados. Manual de Derecho*. Traducción por Arturo Vidal Solá. Editorial Bosch, Barcelona, p.421.

⁹ Edelman, Colin & Burns, Andrew. (2013). *The Law of Reinsurance*. Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Reino Unido, Cap. 1, Para. 3. Traducción libre del texto original (“*reinsurance is essentially a contract under which an insurer agrees to pass a defined part of an insurance risk to a reinsurer*”).

¹⁰ *Delver v. Barnes*, Corte del Banquillo del Rey de Inglaterra, 1807.

¹¹ *Delver v. Barnes*, 1807, 1 *Taunt* 48 & 51.

advierte la doctrina, esta definición no se condice con ciertas prácticas modernas y tampoco abarca diversos métodos actuales de suscripción de reaseguros.¹² Además, se encuentra en el centro de la discusión sobre si el reaseguro es un seguro sobre el mismo riesgo asegurado en el seguro directo, o bien, es un seguro sobre el riesgo de la aparición de un débito en el patrimonio del reasegurado. Volveremos sobre esto último.

Nosotros pensamos que el objetivo principal de un contrato de reaseguro es siempre el mismo: cubrir al asegurador de su responsabilidad contractual frente al asegurado.¹³ De esta forma, el asegurador puede redistribuir el riesgo asumido, diluirlo, de manera que en caso de producirse un siniestro no tenga que cargar con todos los costos.¹⁴

Aparte de este objetivo central, la institución del reaseguro cumple otras funciones. Permite que el asegurador asuma riesgos de mayor envergadura, cuestión que no podría hacer por sí solo, lo que redundaría en un mayor beneficio económico para su empresa.¹⁵ También, desde un punto de vista técnico, la contratación del reaseguro es clave pues permite deshacerse de una porción de riesgo con el propósito de satisfacer el umbral de solvencia requerido por el regulador.¹⁶

¹² Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.1, Para. 22.

¹³ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 9.

¹⁴ Carter, 1983, Ob. Cit., pp.7-8.

¹⁵ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 10; Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.932.

¹⁶ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 11; Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.932.

Sobre esto último, hay que recordar que el mercado de seguros y reaseguros se encuentra regulado en nuestro país, siendo la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante “**CMF**”) el ente encargado de su fiscalización. Una de las herramientas empleadas por este para fiscalizar y velar por el buen funcionamiento del mercado es exigir que las compañías mantengan un margen de solvencia determinado. En su artículo primero, el Decreto con Fuerza de Ley N°251 (en adelante la “**Ley de Seguros**”, o bien, la “**LS**”) explica que “el objetivo principal del margen de solvencia es que la entidad cuente con recursos disponibles para cubrir variaciones extraordinarias provocadas por desviaciones de los riesgos, en exceso de lo esperado estadísticamente”. Es decir, se exige para proteger la estabilidad del mercado asegurador frente a sucesos extraordinarios no consistentes con la estadística que obliguen a los aseguradores a pagar altas sumas de dinero por siniestros que pensaban se producirían con otra frecuencia.

Luego, la norma establece los márgenes mínimos de solvencia. Uno de los varios factores que toma en consideración para determinarlos es el reaseguro. Esto es de toda lógica, pues la existencia de un reaseguro quiere decir que la aseguradora cuenta con el apoyo de otra empresa en caso de siniestro y la estabilidad del mercado asegurador se encuentra protegida.

Pero la verdad es que la importancia del contrato de reaseguro llega mucho más allá. Su relevancia es inconmensurable. Aquí no existen exageraciones. Si no existieran los reaseguros, en Chile no habría un mercado de seguros para riesgos de cuantía importante. En otras palabras, si el gran empresario chileno o la compañía aseguradora local no tuviese la posibilidad de ir en búsqueda de una cobertura de reaseguro en el extranjero entonces muchos riesgos no podrían cubrirse. ¿Por qué? Simplemente, porque no habría ninguna compañía capaz de soportar riesgos tan

importantes. Una compañía chilena de seguros, o bien una filial de compañía extranjera, no tiene la capacidad financiera suficiente para asegurar, por ejemplo, las obras de la gran empresa minera chilena o la flota de naves de la principal aerolínea chilena. No es capaz de solventar el gasto en caso de concretarse el siniestro. Así, se llega a la necesidad de contar con un reasegurador extranjero.

En el mismo sentido y por esta misma razón, la existencia del reaseguro es fundamental e irremplazable para el desarrollo de la economía chilena. El mercado local de seguros no da abasto para el aseguramiento de grandes riesgos como los que provienen de la actividad marítima o minera, que como sabemos en nuestro país son esenciales. Tampoco podrían asegurarse los riesgos relativos a la responsabilidad civil medioambiental, cuya cobertura, en la práctica, se busca directamente en el mercado reasegurador. Entonces, el gran empresario chileno que pretende desarrollar una actividad de gran cuantía y riesgo va a buscar su cobertura directamente al mercado reasegurador extranjero y no acude a las compañías de seguros presentes en Chile. Dicho de otra forma, ese gran empresario no piensa en una compañía local de seguros cuando quiere asegurar su exposición, por mencionar una, de responsabilidad civil medioambiental, sino que piensa en contactar con un corredor de reaseguro que le pueda conseguir una buena cobertura en el mercado extranjero, los trámites de emisión de la póliza en Chile son una preocupación posterior. Entonces, se aprecia que el reaseguro como institución es clave también para la existencia misma del mercado asegurador chileno, y por consiguiente, para el desarrollo de la economía chilena.

Lo que venimos diciendo es válido también en el otro sentido. Para la existencia y desarrollo del mercado reasegurador también es fundamental la consolidación de un mercado asegurador que sea fuente de negocios, esto es evidente. Ahora, si tuviéramos que responder a la pregunta de qué vino antes, si el huevo o la gallina, pero en términos de seguros y reaseguros, y en lo que a su importancia respecta, diríamos sin dudar que el reaseguro es más importante, porque sin la presencia del primero el segundo estaría condenado a satisfacerse con pequeños riesgos y ver limitado su potencial.

En nuestro medio, un documento que es preciso tener a la vista para ilustrarse acerca del concepto, función y dinámica del contrato de reaseguro es la Norma de Carácter General N° 421 dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy CMF) en noviembre de 2017, que establece principios de gestión del reaseguro e información sobre programas de reaseguro (en adelante “**NCG 421**”). Si bien esta aborda el contrato de reaseguro desde la óptica del mercado local, pues establece principios de conducta de mercado que rigen a las compañías locales que suscriban reaseguros, contiene diversas definiciones que antes no se recogían expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Volveremos sobre ella más adelante.

Actualmente, no puede pretenderse estudiar o analizar el contrato de reaseguro sin tener en cuenta los PRICL. Estos son un cuerpo normativo de *soft law* elaborado por el *Project Group on Principles of Reinsurance Law* junto con el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado entre 2016 y 2019. Se trata de un instrumento similar a los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales pero ajustado a las especificidades del mercado reasegurador. Son una recopilación de las prácticas comerciales más reconocidas en el rubro y tiene por objetivo proveer un set de reglas uniformes para ser utilizadas en las relaciones

contractuales. Un instrumento de este tipo se hizo necesario puesto que, si bien el reaseguro se caracteriza por ser un negocio internacional, las leyes que lo regulan siempre serán nacionales, pudiendo variar enormemente las soluciones que en cada ordenamiento se prevén para los conflictos.¹⁷ Para ejemplificar esto basta mencionar las múltiples y disímiles interpretaciones que existen sobre principios importantísimos del reaseguro como la comunidad de suerte, el seguimiento de los acuerdos, la incorporación de los términos desde la póliza original y la construcción o interpretación *back-to-back*.¹⁸

En nuestro país, los PRICL se encuentran en una situación muy interesante. La regla general es que los instrumentos de *soft law* carecen de valor vinculante para las partes contractuales mientras estas no se remitan a ellos eligiéndolos como ley aplicable. Sin embargo, creemos que bajo la ley chilena es posible invocar los PRICL atribuyéndoles valor para la interpretación del contrato de reaseguro, incluso a pesar del silencio de las partes. Esto, ya que el inciso final del artículo 584 del Código de Comercio Chileno (en adelante “**CCom**”) establece que en los reaseguros “servirán para interpretar la voluntad de las partes los usos y costumbres internacionales sobre reaseguros”. Justamente, los PRICL son una recopilación rigurosa y detallada de los principales usos y costumbres internacionales sobre reaseguros, por lo que perfectamente podrían invocarse como un antecedente relevante a tener en cuenta para efectos de interpretar el contrato de reaseguro.

¹⁷ PRICL, p.2.

¹⁸ Para ahondar en las razones, método y objetivos de los PRICL, véanse: Bork, Kevin & Wandt, Manfred. (2019). “The modern Guidon de la Mer: the Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)”. *VersR 2019*. Artículo recuperado el 18 de enero de 2021 en el sitio web: <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl/Publications-about-the-PRICL.html> y Heiss, Helmut. (2018). “From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: the Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)”. *Scandinavian Studies of Law*, 64. Artículo recuperado el 18 de enero de 2021 en el sitio web: <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl/Publications-about-the-PRICL.html>.

2. Naturaleza jurídica

Como bien sabrá el lector, la pregunta por la naturaleza jurídica de una institución es clave porque permite determinar la normativa supletoria. La importancia práctica de los debates que se generan en torno a la naturaleza jurídica de una figura jurídica es tremenda porque pueden determinar la aplicación de unas u otras normas que llevan a soluciones distintas.

Sobre la naturaleza del reaseguro siempre existió discusión doctrinaria. Algunas de las obras más importantes en la materia nos indican que se lo ha calificado como un mandato diferido, una fianza, una cesión de deudas, una sociedad, una asociación o una figura independiente y autónoma.¹⁹ Pero estas teorías se consideran superadas, desde hace ya mucho tiempo, por la tesis que le atribuye al reaseguro la naturaleza de un seguro.²⁰

¹⁹ Baeza, 1967, Ob. Cit., pp.142-143, considerando como tesis mayormente aceptada la que le atribuye naturaleza de un seguro, pero decantándose finalmente por considerar el reaseguro como una figura autónoma que no requiere el auxilio de otras; Contreras, Osvaldo. (2020). *Derecho de Seguros*. Editorial Thomson Reuters, Cuarta Edición, Santiago, pp.644-646; Donati, 1960, Ob. Cit., pp.424-426, señalando que el reaseguro se ha asimilado a la fianza, la cesión, la sociedad y la asociación en participación, para luego descartar rápida y certeramente dichas hipótesis, advirtiendo que la discusión sobre la naturaleza jurídica del reaseguro estaba bastante superada, siendo la tesis predominante aquella que le atribuye el carácter de un seguro de daños contra la aparición de un débito y; Narváez, Jorge en Arenas, Marco; Ariza, Rafael; Camacho, María; Cruz, Jorge; Díaz-Granados, Juan & Franco, Javier, et al. (2018). *Estudios sobre derecho de seguros. In Memoriam doctor Andrés Eloy Ordoñez*. (Eds: Gaona, Tatiana & Sotomonte, Saúl). Universidad Externado de Colombia, Colombia, p.365.

²⁰ Vance, W.R. (1902). "The Contract of Reinsurance". *The Virginia Law Register*, 7(10), Estados Unidos, p.669. En el mismo sentido, Donati, 1960, Ob. Cit., p.425; Baeza, 1967, Ob. Cit., p.143 y, más recientemente; Narváez, 2018, Ob. Cit., pp.361-366.

La razón que explica el abandono de estas teorías es la independencia y autonomía de los contratos. Así se desprende de lo escrito por los autores que venimos citando.²¹ Todas las teorías mencionadas implican una cierta relación entre Asegurado y Reasegurador, mientras que el principio férreamente establecido es el opuesto.

Nuestro ordenamiento jurídico regula el contrato de reaseguro en la Sección Segunda del Título VIII del CCom, dentro de las normas generales aplicables a los seguros de daños. A partir de esto, el profesor Contreras indica que en nuestro país cualquier debate sobre la naturaleza jurídica del reaseguro es infructífera y puramente teórica.²²

No estamos de acuerdo, porque la sola ubicación de las normas sobre reaseguro dentro de la geografía del CCom no nos parece una razón suficiente para atribuirle la naturaleza de un seguro genérico de daños contra el patrimonio y excluir, por ejemplo, la posibilidad de que sea verdaderamente un seguro de responsabilidad civil. Justamente, esta es la discusión que permanece en la doctrina internacional: si el reaseguro es un seguro de daños contra el patrimonio o un seguro de responsabilidad civil.²³

²¹ Baeza, 1967, Ob. Cit., p.142 (“para rechazar la idea de incluirlo en la fianza, bastaría considerar que éste añade, en interés del acreedor, un nuevo deudor y en el reaseguro no existe vínculo alguno entre asegurado y asegurador. Por lo mismo, tampoco se le puede asimilar a una cesión ya que ésta crea un vínculo entre el cesionario y el deudor o acreedor cedidos”); Contreras, 2020, Ob. Cit., pp.644-645, indica que, para rechazar las teorías del mandato diferido, la fianza o la cesión de deudas basta considerar que entre el asegurado y el reasegurador no existe vínculo jurídico alguno y; Donati, 1960, Ob. Cit., p.424 (“¿Cómo puede hablarse de cesión cuando no hay ninguna relación entre reasegurador y reasegurado?”).

²² Contreras, 2020, Ob. Cit., p.645.

²³ Por ejemplo: Gurses, Ozlem. (2009). *Facultative Reinsurance and the Full Reinsurance clause*. Tesis doctoral de la Universidad de Southampton, Reino Unido, pp.6-21 y López, Domingo & Vilá, Nancy. (2006). “Ley aplicable al contrato de reaseguros”. Trabajo expuesto en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, México, p.85.

Las implicancias prácticas de esta discusión son muy relevantes.²⁴ Si asumimos la teoría del reaseguro como seguro de daños patrimoniales entonces la materia se rige por un set de normas.²⁵ Si es uno de responsabilidad civil, entonces debemos considerar también aquella regulación específica. En nuestro ordenamiento jurídico la consecuencia es de una relevancia tremenda porque resultaría de aplicación el inciso segundo del artículo 570 CCom, que dispone el pago directo al tercero perjudicado, que en el esquema del reaseguro sería el Asegurado.²⁶

En buena medida, la discusión sobre la naturaleza jurídica del reaseguro se relaciona con la distinción de la materia asegurada en el seguro y el reaseguro. Las consecuencias de seguir una u otra teoría son importantes. Si lo que se asegura en el reaseguro es la misma materia del seguro, pero mediante una nueva póliza, entonces para que el Reasegurador deba pagar no basta con probar la responsabilidad del Reasegurado bajo la póliza original, sino que debe comprobarse la responsabilidad

²⁴ Así lo reconoce Narváez, 2018, Ob. Cit., p.368 (“Esa determinación sobre la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro es crucial, para así esclarecer con precisión la regulación legal a la cual deba acudir ante la falta de previsión de las partes...”).

²⁵ Primero, por las normas especiales de los artículos 584, 585, 586 y 587 del CCom. Segundo, por las normas comunes a los seguros de daños, contenidas en el Párrafo 1° de la Sección Segunda del Título VIII del CCom. Tercero, por las normas comunes a todos los seguros, contenidas en la Sección Primera del Título VIII del CCom. Cuarto, por las normas generales contenidas en el CCom que resulten aplicables. Y, por último, por las normas generales del Código Civil Chileno (en adelante el “**CC**”) que resulten aplicables. También son aplicables la Ley de Seguros y el Reglamento sobre Auxiliares del Comercio de Seguros y Liquidación de Siniestros, contenido en el Decreto Supremo N°1055 de 2012 (en adelante el “**Reglamento**”).

²⁶ Sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil véase: Corral, Hernán. (2015). “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo Laneri ,42(2), Santiago, pp.397-422.

del Reasegurador bajo el contrato de reaseguro. Para esto son fundamentales los principios de incorporación de términos e interpretación *back-to-back*²⁷.

En cambio, si consideramos que mediante el reaseguro se asegura la responsabilidad del Reasegurado emanada del seguro directo, entonces establecida ésta queda automáticamente fijada la del Reasegurador, perdiendo relevancia los principios antedichos.²⁸

En este trabajo defenderemos la teoría dominante, que considera al reaseguro como un seguro de daños patrimoniales, entendido como “un seguro que cubre el riesgo de que nazca una deuda”²⁹. Aunque las consecuencias beneficiosas que puede tener la tesis de la responsabilidad para el Asegurado la hacen bastante seductora, la realidad es que en el estado actual de la legislación chilena resulta complicado afirmar que el reaseguro pueda ser un seguro de responsabilidad civil.

Anticipándonos un poco a lo que sigue, diremos que la famosa distinción esbozada por el profesor Enrique Barros entre “estar obligado” y “ser responsable” resulta clave para explicar por qué el reaseguro no es un seguro de responsabilidad civil a la

²⁷ Según Hayvard, Rodrigo. (2014). “La naturaleza jurídica del reaseguro a la luz de la ley N°20.667”. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, AIDA Chile, 16 (23), Santiago, p.12, la incorporación de términos al reaseguro se entiende como “el efecto del acuerdo de las partes en relación a que los términos del seguro original se entenderán incorporados al reaseguro, en términos tales que ambos se registrarán por idénticos términos y condiciones”, y el principio de construcción o interpretación *back-to-back* como “una presunción bajo la cual si ambos instrumentos se encuentran bajo los mismos términos y condiciones, estos deben ser interpretados de la misma manera que los términos en el seguro original, es decir, bajo la interpretación que se le da a los mismos términos bajo el derecho aplicable al seguro original”. En relación con el principio de interpretación *back-to-back* véase el caso inglés *Vesta v. Butcher*, Casa de los Lores, 1988.

²⁸ En este sentido, Gurses, 2009, Ob. Cit., p.6.

²⁹ Uría, Rodrigo. (1992). *Derecho Mercantil*. Marcial Pons Editores, Decimonovena Edición, Madrid, p.740.

luz de la ley chilena.³⁰ Gracias a esta distinción resulta más clara la diferencia entre el riesgo asegurado por cada uno de estos contratos, que, al ser un elemento esencial de todo seguro, impide equipararlos en cuanto a su naturaleza jurídica.

El artículo 570 CCom define el seguro de responsabilidad civil como un contrato en virtud del cual “el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza”. El artículo 584 CCom define el reaseguro como un contrato en virtud del cual “el reasegurador se obliga a indemnizar al reasegurado, dentro de los límites y modalidades establecidas en el contrato, por las responsabilidades que afecten su patrimonio como consecuencia de las obligaciones que éste haya contraído en uno o más contratos de seguro o de reaseguro”.

Como se ve, ambas definiciones se refieren a la “responsabilidad” del que resulta asegurado en el caso concreto, el Asegurado en el seguro de responsabilidad civil y al Reasegurado en el caso del reaseguro. Esto puede conducir a confusiones y conclusiones apresuradas respecto de la naturaleza del reaseguro. Consideramos que el empleo del concepto tiene sentidos y alcances diversos en cada norma.

El artículo 570 CCom se refiere a lo que Barros define como “responsabilidad civil en sentido estricto”, es decir una responsabilidad por haber incurrido en una conducta ilícita que provoca un daño en otra persona, como consecuencia de la infracción de un contrato o de un deber general de cuidado.³¹ Así se desprende del

³⁰ Barros, Enrique. (2006). “*La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos. Estudios de Derecho Civil IP*”. Editorial LexisNexis, Santiago, pp.721-752.

³¹ Barros, 2006, Ob. Cit., pp.724-725.

tenor literal del artículo pues menciona los daños y perjuicios respecto de los cuales el asegurado es civilmente responsable y necesariamente estos menoscabos provienen de una conducta culpable o dolosa del asegurado. De lo contrario, no podría afirmarse su responsabilidad civil.

Por lo mismo, el artículo 570 CCom no puede interpretarse de manera que se considere su referencia al término “responsabilidad” como hecha a lo que Barros define como “responsabilidad patrimonial en sentido amplio”, significando el estar obligado a realizar una prestación bajo la eventual sanción de verse exigido por la fuerza su cumplimiento, respondiendo con la totalidad del patrimonio.³² Además, como el 570 CCom se refiere a daños y perjuicios queda descartada de plano la posibilidad de que esté aludiendo a la responsabilidad en sentido amplio, ya que esta por sí sola no genera ningún perjuicio o daño para el acreedor, muy por el contrario, le significa un beneficio, ya que ante el incumplimiento de la prestación a que tiene derecho puede exigir forzosamente su cumplimiento o invocar otro remedio contractual para satisfacer su interés. En suma, el riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad civil es claramente la responsabilidad civil estricta del Asegurado, entendida como la obligación de indemnizar los perjuicios que resultaren de su conducta culpable o dolosa, ya sea en la ejecución de un contrato o en la observancia de un deber de cuidado.

Ahora toca analizar si la referencia a la voz “responsabilidad” en el artículo 584 CCom alude a la responsabilidad en sentido amplio como estar obligado y responder por dicha obligación con la totalidad del patrimonio, o bien a la responsabilidad en sentido estricto como obligación de responder por los daños ocasionados por una conducta civilmente ilícita. Nos parece que desde la primera lectura queda claro que

³² Barros, 2006, Ob. Cit., pp.721-723.

se está aludiendo a la responsabilidad en sentido amplio. La definición señala que el Reasegurador responderá ante el Reasegurado por “las responsabilidades que afecten su patrimonio como consecuencia de las obligaciones que éste haya contraído”. Las responsabilidades que el Reasegurador se compromete a asumir son aquellas que se radican en el patrimonio del Reasegurado a consecuencia de las obligaciones contraídas en el seguro. Estas son, precisamente, las responsabilidades del Reasegurado en sentido amplio, que a pesar de tener carácter de condicionales, pues están sujetas a la ocurrencia de un siniestro cubierto, no emanan de una conducta ilícita, sino que directamente del compromiso contractual. En suma, el riesgo asegurado en el reaseguro es la responsabilidad civil del Reasegurado en sentido amplio, o como dice Donati, “la aparición de un débito”³³.

Entonces, por un lado el contrato de reaseguro tiene la naturaleza de un contrato de seguro contra daños patrimoniales que cubre la responsabilidad civil amplia del Reasegurador, es decir, “un seguro contra el nacimiento de una deuda o el surgir de un débito de carácter contractual comprometido por el asegurador reasegurado”.³⁴ Por otro lado, el seguro de responsabilidad civil tiene la naturaleza de un contrato de seguro contra daños patrimoniales, pero cubre la responsabilidad civil estricta del Asegurado, esto es, la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a un tercero consecuencia de una conducta culposa o dolosa en la ejecución de un contrato o en la observancia de un deber de cuidado.

Como dijimos, la distinción del profesor Barros resulta extremadamente útil para entender con claridad la diferencia entre estos contratos. Nos complace saber que el mismísimo Donati estaría de acuerdo con nosotros, atendida su visión acerca de la

³³ Donati, 1960, Ob. Cit., p.426.

³⁴ Stiglitz, 2001, Ob. Cit. p.530.

naturaleza jurídica del reaseguro, dado que según él “el reaseguro es un seguro contra la aparición de un débito y se distingue del seguro afín de responsabilidad civil porque es contra un débito primario y no, como éste, contra un débito sancionador”.³⁵

La principal consecuencia de aceptar la teoría de la responsabilidad civil como naturaleza del reaseguro sería que el Reasegurador deberá pagar directamente al Asegurado la cobertura, protegiendo a este último de incómodas situaciones de insolvencia del Reasegurado u otras en que pueda ver burlado su derecho. Estamos completamente de acuerdo con la necesidad de otorgarle un medio directo de acción al Asegurado frente al Reasegurador, sobre todo considerando la realidad actual de las CCC. A lo largo de este trabajo se apreciará el compromiso que tenemos con encontrar estos medios, pero esta no es la vía. O sea, no puede forzarse el ordenamiento jurídico al punto de tergiversar el texto positivo bajo el pretexto de encontrar una protección para el Asegurado. Sin embargo, ya veremos que hay otras maneras de alcanzar esta protección.

³⁵ Donati, 1960, Ob. Cit., p.426. Llegando a la misma conclusión Narváez, 2018, Ob. Cit., p.369.

Si reflexionamos sobre la naturaleza jurídica del reaseguro no podemos dejar de citar el famoso *landmark case* inglés *Wasa v. Lexington*.³⁶ En este fallo, la Casa de los Lores se pronunció sobre una larga discusión acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro, inclinándose por la postura tradicional de considerar el reaseguro como un seguro adicional sobre la misma materia asegurada en el seguro directo. Lo anterior, por oposición a considerarlo como un seguro que cubre la responsabilidad del Reasegurado. La relevancia práctica de este razonamiento es tremenda, ya lo vimos. Como Wasa no estaba asegurando la responsabilidad de Lexington, entonces el hecho que esta haya acordado un pago por el siniestro ocurrido en Estados Unidos no hace automáticamente responsable a Wasa, puesto que es una póliza de seguro distinta de aquella suscrita por Wasa.³⁷ Para establecer la responsabilidad de Wasa debía probarse aquella en los términos del reaseguro, no siendo suficiente que se compruebe la responsabilidad de Lexington frente a la minera.

³⁶ *Wasa v. Lexington*, Casa de los Lores, 2009. Este caso giró en torno al reaseguro de una póliza emitida en Estados Unidos que cubría daños materiales y pérdidas de beneficio. *Wasa International Insurance Co. Ltd.* (en adelante “Wasa”) reaseguró parte de la póliza emitida por *Lexington Insurance Co.* (en adelante “Lexington”) a favor de una compañía minera, sujetándose dicho reaseguro a la ley inglesa. En los 90’ la autoridad estadounidense ordenó a la minera la limpieza de sitios contaminados. La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que los aseguradores de la minera eran responsables por todos los daños materiales y pérdidas producto de dicha orden de limpieza. Lexington acordó con la minera un pago de más de USD100.000.000.- En Inglaterra, la controversia se ventiló primero ante la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, quien sostuvo que mediante el reaseguro se asegura la responsabilidad de la compañía reasegurada. Luego, la Casa de los Lores de Inglaterra sostuvo que Wasa no era responsable frente a Lexington por ese acuerdo de pago, ya que la naturaleza jurídica del reaseguro era la de un seguro sobre la misma materia. Este resumen de los hechos es una traducción libre de Clarke, Malcolm. (2010). “The Contractual Nature of Reinsurance”. *The Cambridge Law Journal*, 69(1), Cambridge University Press, p.24.

³⁷ Clarke, 2010, Ob. Cit., p.25. En igual sentido, Gurses, Ozlem. (2010). “The Construction of Terms of Facultative Reinsurance Contracts: Is Wasa v. Lexington the Exception or the Rule?” *The Modern Law Review*, 71(1), pp.122-123.

Como indica Gurses, este fallo (esperado durante mucho tiempo por el mercado reasegurador inglés, quien sin duda lo aceptó felizmente) resulta contradictorio e inconsistente con las prácticas que se venían dando en el negocio reasegurador, en especial, los principios de incorporación e interpretación *back-to-back*.³⁸

Para esclarecer las dudas que este antecedente jurisprudencial pudiera genera en cuanto a la conclusión que expusimos para el caso del ordenamiento chileno, basta recordar que la definición que nuestro CCom da al reaseguro en su artículo 584 se refiere expresamente a la “responsabilidad” del Reasegurado. De hecho, esta fue precisamente la intención del legislador: atribuirle la naturaleza de un seguro que cubre la responsabilidad del Reasegurado, pero no la responsabilidad civil en sentido estricto, sino que la responsabilidad de primer grado consistente en el surgimiento de un débito en el patrimonio.³⁹

3. Intervinientes

De acuerdo con la definición ya entregada, las partes contratantes son el reasegurado (en adelante, sin distinción, el “**Reasegurado**” o el “**Asegurador**”) y el reasegurador (en lo que sigue el “**Reasegurador**”)⁴⁰. El asegurado directo (en adelante el “**Asegurado**”) no forma parte de esta figura contractual.

³⁸ Gurses, 2010, Ob. Cit., p.129. También se muestra crítico frente al fallo Clarke, 2010, Ob. Cit., pp.24-25.

³⁹ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.646.

⁴⁰ Advertimos que, a pesar de referirnos al Reasegurador en singular, normalmente las coberturas de reaseguro son pactadas por una multiplicidad de Reaseguradores que participan del riesgo en distintos porcentajes.

En principio y teóricamente, el Asegurado es un sujeto completamente extraño a la relación contractual entre Reasegurado y Reasegurador. El vínculo entre ambos es de naturaleza contractual y complejo. Lo primero pues se relacionan a través de un contrato, y lo segundo pues a partir de este surgen distintos derechos y obligaciones recíprocos que convierten a cada parte en acreedor y deudor de manera simultánea.

Aunque intuitivamente podría pensarse que los contratos de seguro y reaseguro tienen algún nivel de conexión, la realidad es que se ha sostenido invariablemente por la doctrina y la jurisprudencia que estos son contratos completamente independientes y autónomos jurídicamente.⁴¹ Es común ver que el lego y el letrado no especialista presenten problemas para aceptar este principio.

Nosotros creemos que esta afirmación debe ser matizada. Los contratos pueden entenderse vinculados hasta cierto punto en atención al efecto absoluto o reflejo de los contratos. Como los contratos no son otra cosa que una realidad fáctica en el mundo, un hecho, nadie puede negar su existencia, y por ende, pueden producir ciertos efectos respecto de terceros. Sin embargo, este efecto absoluto no implica que se generen obligaciones para terceros, sino que se extiende solamente hasta configurar un deber de respetar el contrato ajeno.⁴²

⁴¹ En la doctrina: Baeza, 1967, Ob. Cit., p.142; Carter, 1983, Ob. Cit., p.4; Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.1, Para. 12; Stempel, Jeffrey; Swisher, Peter & Knutsen, Erik. (2012). *Principles of Insurance Law*. Editorial Lexis Nexis, Cuarta Edición, Estados Unidos de Norte América, p.1503; William, Oliver. (2021). *Reinsurance and the Law of Aggregation. Event, Occurrence, Cause*. Editorial Routledge, Reino Unido, pp.9-11. En la jurisprudencia: *Ascherman v. GRC*, Corte de Apelaciones de California, 1986; *GRC v. Missouri*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito, 1979; *Iowa Mutual v. Timmons*, Corte Suprema de Iowa, 1960 y; *Meadows v. ICB*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1989.

⁴² López, Jorge. (1986). *Los contratos: Parte general*. Editorial Jurídica, Chile, p.261.

Es importante distinguir entre la independencia y autonomía propiamente jurídica, entendida como la imposibilidad de que un contrato genere derechos u obligaciones para un tercero, de la independencia y autonomía fáctica o material, entendida como la relación de hecho existente entre un contrato y otro. Resulta complicado negar que entre seguro y reaseguro existe una relación fáctica porque el reaseguro no puede concebirse sin un seguro que le anteceda.⁴³ Pero de acuerdo con el principio de independencia y autonomía esto no permite a las partes de uno exigir prestaciones a las partes de otro. Entonces resulta pertinente dejar planteada la siguiente pregunta: ¿Cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas de esta relación fáctica entre seguro y reaseguro?

Por lo demás, en una multiplicidad de casos las coberturas de reaseguro son negociadas directamente por el Asegurado y el Reasegurador, lo que complica aún más el entendimiento de este principio tajante sobre la relatividad de la relación contractual en el reaseguro. Un ejemplo deja esto muy claro. Cuando una importante compañía minera quiere contratar un seguro de responsabilidad civil ambiental no piensa en la póliza de seguro directo que va a contratar en Chile, sino que en la cobertura de reaseguro que tendrá que ir a buscar en el extranjero para reasegurar parte o la totalidad del riesgo, ya que nuestro mercado no es capaz de soportar riesgos tan grandes por sí solo. Entonces, le solicita a su corredor de reaseguro extranjero que vaya a buscar la mejor cobertura posible en el mercado inglés, francés, norteamericano, alemán u otro. Dada esta negociación directa entre Asegurado y Reasegurador ¿dónde queda la independencia y autonomía?

⁴³ Hay que tener en cuenta que muchas veces el reaseguro se concreta antes que el seguro, por lo que esta anterioridad no es necesariamente temporal, sino que conceptual.

Debe notarse también que la relación entre Reasegurado y Reasegurador puede revestir características distintas de las que tiene la relación entre Asegurado y Asegurador. Esto porque, en principio, el reaseguro se celebra entre entes especializados que negocian y contratan en un pie de igualdad mientras que en el seguro hay una relación asimétrica. De ahí que se hable del reaseguro como un contrato “entre dos adultos informados” y del seguro como un contrato de adhesión.

No obstante, la realidad del mercado chileno nos demuestra que no hay propiamente una relación igualitaria entre Reasegurado y Reasegurador. El Reasegurador ofrece sus coberturas de acuerdo con sus términos y condiciones y el Reasegurado del mercado chileno no tiene mucha capacidad de negociación. Eventualmente, podría existir negociación si este tuviera una envergadura descomunal que resulta difícil de imaginar dentro del mercado chileno.

Normalmente, para que un Reasegurado pueda negociar los términos a un Reasegurador deberá tener una moneda de cambio importante, como una relación de tratado de reaseguro sumamente cuantiosa que el Reasegurador no quiera perder. En Chile no hay una sola compañía de seguros que pueda negociar directamente las condiciones al Reasegurador extranjero. Básicamente, la respuesta que se obtendría sería: “si no le gustan mis condiciones, entonces búsquese otro reasegurador”. Entonces, el Asegurador chileno que busca ceder sus riesgos en el mercado reasegurador extranjero no se encuentra en un plano de igualdad verdadera.

También en la relación entre Asegurado y Asegurador podría decirse que no siempre hay una asimetría. Cierta doctrina estadounidense se refiere a esto bajo el tópico de “tomador de seguro sofisticado”.⁴⁴ El propósito de esta distinción es

⁴⁴ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., pp.142-143. En inglés: *sophisticated policyholder*.

descartar o quitar fuerza a las reglas propias del derecho de consumo, puesto que no hay una asimetría o desigualdad que necesite corrección. Entre el Asegurado sofisticado y el Asegurador no hay una relación de desigualdad que amerite especial protección por parte del ordenamiento jurídico, cuestión que sí ocurre en los seguros que son contratos de adhesión. Una consecuencia comúnmente apuntada de lo anterior es la inaplicabilidad de la regla interpretativa *contra proferentem* en casos donde exista un tomador de póliza sofisticado. Imaginemos una empresa multinacional que contrata un seguro, esta contará muy probablemente con una asesoría jurídica especializada que le permitirá negociar los términos del acuerdo y que la protegerá de cualquier abuso por parte del Asegurador. No es tan sencillo en ese caso afirmar que hay una desigualdad o asimetría, resultando menos intuitivo aplicar sin más una regla de interpretación contra redactor. Con todo, no es una cuestión pacífica.⁴⁵

4. Principios

Los principios que orientan al contrato de reaseguro no son más que una traducción de la realidad práctica de su utilización por los operadores del mercado. No hay un testimonio más certero acerca del funcionamiento del reaseguro que el construido conjuntamente por todos los sujetos que le dan uso diario. Por ello, junto con ser el fiel reflejo de su fisonomía, los principios del reaseguro permiten discernir su dinámica, es decir, cómo funciona y se desenvuelve en la práctica de los negocios.

⁴⁵ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., pp.142-143.

Las máximas fundamentales que pudimos identificar a partir de las principales obras en la materia son: la independencia y autonomía respecto del contrato de seguro, la máxima buena fe y la comunidad de suerte.⁴⁶

4.1. Independencia y autonomía

Como dijimos, uno de los principios básicos es que el contrato de reaseguro se considera independiente y autónomo respecto del seguro. Nuestro ordenamiento jurídico recoge este principio en distintas disposiciones, a saber, el artículo 28 LS y los artículos 585 y 586 CCom.

En primer lugar, el artículo 28 LS dispone que “el reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado, y su pago, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro”. El reaseguro no altera en nada el seguro, precisamente, porque son independientes y autónomos. El artículo 585 CCom, que lleva por título “Autonomía”, dispone exactamente lo mismo.

En segundo lugar, el artículo 586 CCom dispone que:

“el reaseguro no confiere acción directa al asegurado en contra del reasegurador, salvo que en el contrato de reaseguro se disponga que los pagos debidos al asegurado por concepto de siniestros se hagan directamente por el reasegurador al asegurado o, en caso de que producido el siniestro el asegurador directo ceda al asegurado los derechos que emanen del contrato de reaseguro para cobrarle al reasegurador”.

⁴⁶ Barroso, 2012, Ob. Cit., pp.53-58; Cardona, 2009, Ob. Cit., p.97; Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 12; Cap. 4, Para. 48; Cap. 6, Para. 13 y; Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., pp.946-947.

Esta norma también revela la intención del legislador de consagrar la independencia y autonomía entre el seguro y el reaseguro. Aquí ocurre lo mismo que con el artículo 28 de la LS, la razón que explica que el Asegurado no posea una acción directa contra el Reasegurador es que no existe un vínculo contractual entre ellos, porque los contratos de seguro y reaseguro son distintos e independientes. La segunda parte del artículo 586, que trata de la subrogación convencional de los derechos del Reasegurado, también demuestra la independencia y autonomía, puesto que si es necesaria una cesión de los derechos para que el Asegurado pueda dirigirse contra el Reasegurador, entonces se confirma que no hay vínculo jurídico entre ellos.

Por su parte, el artículo 587 CCom dispone que los artículos 585 y 586 son de carácter imperativo. Por ende, no están a disposición de las partes y no pueden ser ignorados. En un primer momento, podría pensarse que esta norma se explica por la importancia que el legislador chileno atribuye al principio de independencia y autonomía. Sin embargo, creemos que la explicación es distinta. Esta norma tiene por objetivo proteger al Asegurado y no necesariamente reforzar la independencia y autonomía de los contratos.

La doctrina internacional ha afirmado consistentemente el principio de independencia y autonomía. Los profesores Edelman & Burns afirman que estos son contratos distintos y que sus partes son necesariamente diferentes.⁴⁷ Los profesores Stempel, Swisher & Knutsen indican que los contratos de reaseguro se celebran exclusivamente entre Asegurador y Reasegurador, y que como consecuencia no se genera vínculo contractual alguno entre el Asegurado y el Reasegurador.⁴⁸

⁴⁷ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 13.

⁴⁸ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.958.

La jurisprudencia británica y estadounidense también afirma estos principios.⁴⁹ Son icónicos en esta materia los fallos *Meadows v. ICB*⁵⁰ y *Ascherman v. GRC*⁵¹. El primero corresponde a un tribunal inglés y el segundo a un tribunal estadounidense. En el primer caso, el tribunal afirmó que el Asegurado y el Reasegurador no tenían derechos u obligaciones entre ellos, puesto que no se encuentran en una relación contractual. En el segundo caso, el tribunal indicó que el contrato de reaseguro va en beneficio del Reasegurado que el Asegurado no tiene ningún interés en él, y como consecuencia, negó conceder legitimación activa al Asegurado para fundar una alegación basada en el reaseguro. En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico consagra expresamente la independencia y autonomía como una recepción de los principios desarrollados tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia más autorizada sobre la materia.

¿Cuáles son las consecuencias de este principio? Primero, el Reasegurador no puede interferir en el contrato de seguro directo, pues no es parte. Esto es aplicación de un principio básico de la contratación: el efecto relativo de los contratos.⁵² Segundo, el Asegurado no puede dirigirse en sede contractual contra el Reasegurador, pues no posee una acción en su contra ya que carece de legitimación activa. Esto último también se deriva del principio de efecto relativo de los contratos.

⁴⁹ La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses y británicos es especialmente relevante, porque son dos de los países con mayor desarrollo dogmático, jurisprudencial y práctico en materia de seguros y reaseguros.

⁵⁰ *Meadows v. ICB*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1989.

⁵¹ *Ascherman v. GRC*, Corte de Apelaciones de California, 1986.

⁵² En inglés: *privity of contract*.

Estas son las principales consecuencias de la independencia y son recogidas expresamente por legislador nacional. Pero respecto de la acción en contra del Reasegurador hay que precisar. En el mismo artículo 586 del CCom, el legislador acepta la posibilidad de que se conceda una acción directa al Asegurado contra el Reasegurador mediante una cláusula de atajo.⁵³

4.2. Máxima buena fe

Como bien indica el profesor López Santa María, la buena fe es un principio general del derecho transversal al ordenamiento jurídico que evoca una idea de rectitud, honestidad y lealtad.⁵⁴ En el Derecho de Contratos reviste particular importancia la faz objetiva de este principio general. Según el mismo autor, “la regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato”.⁵⁵

En el contrato de reaseguro el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe se vuelve más exigente. Las partes tiene un deber de comportarse de acuerdo con una máxima buena fe.⁵⁶ ⁵⁷ Cabe preguntarse ¿por qué el deber es más estricto? Sencillamente, las características de este contrato y del mercado a que da lugar hacen que sea necesario un comportamiento más correcto y honesto. El buen funcionamiento del mercado exige que los costos de suscribir el seguro directo y de

⁵³ En inglés: *cut-through clause*.

⁵⁴ López, 1986, Ob. Cit., p.291.

⁵⁵ López, 1986, Ob. Cit., p.292.

⁵⁶ En inglés: *utmost good faith*.

⁵⁷ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 6, Para. 2.

liquidar el siniestro sean soportados exclusivamente por el Reasegurado. El Reasegurador no incurre en esos gastos posteriormente, sino que acepta seguir la suerte y las decisiones del Reasegurado. Pero para esto tiene que confiar en su contraparte y esa confianza solamente puede mantenerse si todos los actores saben de antemano que su contraparte se comportará muy cuidadosamente.⁵⁸

Entonces, se aprecia que la máxima buena fe se hace necesaria por la propia fisionomía del contrato y del mercado reasegurador. Las características del negocio requieren un alto nivel de confianza entre los actores y el medio para asegurar dicha confianza y el buen funcionamiento del reaseguro es la máxima buena fe.

Esto mismo se sostuvo en el caso *Reliastar v. IOA*⁵⁹, en que una Corte de Apelaciones estadounidense afirmó que las relaciones de reaseguro están sujetas a un deber de máxima buena fe porque esta es esencial para el buen funcionamiento de la industria. Precisamente, indicó que los reaseguradores están obligados a descansar sobre este principio porque generalmente no pueden hacerse cargo de las gestiones que corresponden a la aseguradora, es decir, evaluar el riesgo y tramitar las reclamaciones de pago. De lo contrario, se incrementarían excesivamente los costos del reaseguro y, como consecuencia, los del seguro, perdiendo eficacia y sentido el negocio ya que las aseguradoras dejarían de encontrar conveniente pagar una prima alta por reaseguro.

⁵⁸ Thomas, Steven. (1992). "Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment". *Duke Law Journal*, 41(6), Estados Unidos, pp.1551-1554.

⁵⁹ *Reliastar v. IOA*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito, 2002, citando el fallo *Unigard v. North River*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1993.

Por su parte, los PRICL destacan reiteradas veces la importancia de la máxima buena fe. La primera referencia la encontramos en el artículo 1.1.6, norma que regula la interpretación e integración de dicho cuerpo normativo. Este señala que para interpretarlos “debe tenerse en cuenta siempre el carácter internacional de la normativa y sus propósitos, a saber, la observancia de la buena fe y los negocios equitativos en el sector reasegurador”.⁶⁰ El Comentario N°1 de esta norma señala que fue redactada para reflejar los objetivos principales de los PRICL.⁶¹

Luego, el artículo 2.1.1 establece que los deberes contemplados en los PRICL tendrán vigencia a lo largo de todo el íter contractual, y aunque no se pronuncia expresamente sobre la buena fe, sí lo hace su Comentario N°5. Allí se indica que el deber general de máxima buena fe se considera como la base de todos los deberes específicos detallados en los PRICL.⁶²

Pero la norma que verdaderamente consagra este deber se encuentra en el artículo 2.1.2. Este dispone que “las partes se deben la una a la otra el deber de máxima buena fe. ‘Máxima buena fe’ quiere decir honestidad y transparencia, así como tomar razonablemente en cuenta los intereses de la contraparte”.⁶³ Los Comentarios N° 6 y 7 de esta norma explican detalladamente las razones que justifican la existencia de este deber especialmente estricto. Sostienen que la propia naturaleza del reaseguro, dado su carácter aleatorio y fuertemente dependiente de eventos futuros, importa la

⁶⁰ PRICL, p.20.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² PRICL, p.25.

⁶³ PRICL, p.25.

necesidad de confiar prácticamente a ciegas en la conducta de la contraparte.⁶⁴ Además, y creemos es lo más relevante de dichos comentarios, afirman que si bien tradicionalmente se estudia la máxima buena fe con relación a los deberes de información, esta aplica a todos los aspectos y etapas del contrato.⁶⁵

El Comentario N°8 aborda el contenido de este deber señalando que consiste en “una conducta razonable y honesta de acuerdo con el contexto fáctico”. Luego, resume la misma idea diciendo que esto equivale a que las partes se traten recíprocamente de la manera como les gustaría ser tratadas.⁶⁶ El Comentario N°9 insiste en la reciprocidad del deber de máxima buena fe, cuestión especialmente relevante si se considera que usualmente se imputa la infracción de este deber al Reasegurado, y no tan comúnmente al Reasegurador.⁶⁷

El Comentario N°14 trata una materia que es especialmente relevante para este trabajo: la relación entre la máxima buena fe y las cláusulas relativas al consentimiento del Reasegurador.⁶⁸ Estas estipulaciones son aquellas que requieren el consentimiento del Reasegurador para que el Reasegurado pueda transigir o pagar una cobertura, es decir, son una parte específica de una CCC. Al respecto nos enseña que estas estipulaciones deben ejercerse razonablemente y siempre en el marco de la máxima buena fe. El Reasegurador infringiría su deber de máxima buena fe si hace

⁶⁴ PRICL, p.27. El Comentario N°6 cita al efecto el fallo de *Unigard v. North River* (“Históricamente, el mercado reasegurador descansa en la máxima buena fe para abaratar costos de monitoreo y de transacción. Los reaseguradores no pueden duplicar la labor de la cedente consistente en evaluar y suscribir riesgos”).

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ PRICL, p.28.

⁶⁷ PRICL, p.30.

⁶⁸ En inglés: *consent provisions*.

un uso discrecional o abusivo de este tipo de cláusulas, teniendo en cuenta solo sus propios intereses.⁶⁹ ¿La consecuencia de esta infracción? No se menciona expresamente en los PRICL, pero pensamos que no puede ser menos que impedir al Reasegurador la invocación de la CCC correspondiente para evitar pagar la cobertura.

Queda en evidencia entonces la vigencia y el vigor del principio o deber de máxima buena fe en el contrato de reaseguro. Es una constante en la doctrina, la jurisprudencia y la recopilación más actualizada de las prácticas internacionales. Como vimos, esto se explica por una necesidad práctica y técnica del mercado reasegurador. El buen funcionamiento de la industria requiere que haya confianza entre los actores y la única forma de llegar a ese grado de confianza es consagrando un deber de conducta estricto que se plasma en la máxima buena fe.

4.3. Comunidad de suerte⁷⁰

En términos simples, y obviando ciertas discusiones al respecto⁷¹, la comunidad de suerte es un principio en virtud del cual el Reasegurador se encuentra obligado a seguir la suerte del Reasegurado en lo que respecta a la gestión de los siniestros y el pago de las indemnizaciones que emanen de la póliza de seguro directo.⁷² Es tan

⁶⁹ PRICL, p.31.

⁷⁰ En inglés: *follow-the-fortunes*.

⁷¹ Principalmente, si la comunidad de suerte se asimila o no a la cláusula de seguimiento de los acuerdos (en inglés *follow-the-settlements*) y si la frase *follow-the-fortunes* tiene un significado unívoco y constante. Para profundizar sobre esto véase: Hoffmann, William. (1993). “Common Law of Reinsurance Loss Settlement Clauses: A Comparative Analysis of the Judicial Rule Enforcing the Reinsurer’s Contractual Obligation to Indemnify the Reinsured for Settlements”. *Tort & Insurance Law Journal*, 28(4), Estados Unidos. Artículo recuperado el 26 de enero de la base de datos JSTOR.

⁷² Leichtling, Adam & Paredes, Laura. (2005). “Fundamental Concepts in Reinsurance in Latin American Countries”. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 37(1), Estados Unidos, p.23. Artículo recuperado el 17 de enero de 2021 de la base de datos JSTOR; Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 4, Para. 48 y; Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.946.

fundamental en el reaseguro que se considera un elemento de su naturaleza. Es decir, siguiendo los términos del artículo 1444 CC, se entiende incorporado al contrato, aunque nada digan las partes al respecto.⁷³

Cierta doctrina norteamericana señala que el propósito de la comunidad de suerte es otorgar autonomía al Reasegurado en la gestión de la póliza y en las etapas posteriores al siniestro.⁷⁴ De esta forma, el Reasegurador no tendrá que estar preocupado de supervigilar la gestión del seguro, por ejemplo, determinando cuáles riesgos serán cubiertos, y el Reasegurado podrá disponer de un margen flexible para llevar a cabo su negocio.

De forma más breve, pero no por ello menos precisa, se ha dicho que “la doctrina de la comunidad de la suerte sirve para garantizar que los costos de la transacción de reaseguro no se conviertan en económicamente prohibitivos”.⁷⁵

La vigencia de este principio implica que el Reasegurado tendrá amplias facultades en torno a la gestión del negocio, tanto en sus etapas iniciales como finales, a saber, de liquidación. Además, provoca otro efecto relevante, lo libera de tener que probar su responsabilidad para que el Reasegurador le pague.⁷⁶ Habiendo comunidad suerte, la prueba de la responsabilidad del Reasegurado en el seguro directo trae aparejada la prueba de la responsabilidad del Reasegurador frente al primero.

⁷³ Leichtling & Paredes, 2005, Ob. Cit., p.23.

⁷⁴ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.947.

⁷⁵ Ozog, Edward; Schlegel, Stephen; Kearney, Kimbley & Ellin, Jennifer. (1999). “The Unresolved Conflict Between Traditional Principles of Reinsurance and Enforcement of the Terms of the Contractual Undertaking”. *Tort & Insurance Law Journal*, 35(1), Estados Unidos. p.91. Artículo recuperado el 26 de enero de 2021 de la base de datos JSTOR.

⁷⁶ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.68.

Las facultades del Reasegurado consisten en que podrá elegir qué riesgos suscribir, con quién contratar y los términos de dicho contrato; podrá administrar la póliza durante su vigencia, introduciendo modificaciones, aceptando mayores exposiciones al riesgo y podrá dirigir las reclamaciones del Asegurado en la liquidación de siniestros.⁷⁷

En cuanto a los límites de la comunidad de suerte, Hoffmann afirma que según los tribunales ingleses esta obliga al Reasegurador a acatar la gestión del siniestro realizada por el Reasegurado siempre y cuando el riesgo haya estado cubierto por la póliza original; se haya respetado el principio de máxima buena fe y se haya llevado a cabo una investigación diligente de las circunstancias del siniestro.⁷⁸

Además de estos límites doctrinarios, es fundamental tener en cuenta el artículo 2.4.3 PRICL. Este dispone que el Reasegurador deberá compartir la fortuna y seguir los acuerdos del Reasegurado en la medida que una pérdida esté cubierta por el contrato de reaseguro y probablemente cubierta por el seguro directo.⁷⁹

En la jurisprudencia, una buena y actual aproximación al funcionamiento y límites de la comunidad de suerte la encontramos en el caso *AIC v. NACPAC*.⁸⁰

⁷⁷ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.696. En el mismo sentido: Achurra, Juan & Contreras, Osvaldo. (2005). “Las cláusulas de cooperación y control en los contratos de reaseguro”. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, AIDA Chile, 7(14), Santiago.

⁷⁸ Hoffman, 1993, Ob. Cit., p. 671 y Ozog, Schlegel, Kearney & Ellin, 1999, Ob. Cit., p.93.

⁷⁹ PRICL, p.58. Traducción libre del texto original (“*To the extent a loss is covered by the contract of reinsurance, the reinsurer shall: (a) follow the settlements of the reinsured if the losses are arguably within the cover of the primary insurance contract; (b) follow the fortunes of the reinsured*”).

⁸⁰ *AIC v. NACPAC*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1982. En este caso el contrato de reaseguro se celebró entre la *American Insurance Company* (en adelante “AIC”) y la *North American Company for Property and Casualty Insurance* (en adelante “NACPAC”). Dicho contrato tenía una cláusula que consagraba la comunidad de suerte. AIC demandó a NACPAC el

Lo dicho sobre la comunidad de suerte hasta ahora basta para entender la noción de este principio y el rol que juega en el reaseguro. Para efectos de este trabajo de investigación ese entendimiento es suficiente. Sin embargo, no podemos dejar de destacar que existe debate sobre el contenido del deber emanado de este principio, así como sobre su distinción del principio, doctrina o cláusula de seguimiento de los acuerdos.⁸¹

Ahora bien, los PRICL distinguen entre el seguimiento de los acuerdos y la comunidad de suerte, pero los regula en un mismo artículo, cuestión que se presta para confusiones. A continuación, revisaremos qué tiene para decir este cuerpo normativo sobre estos principios tan relevantes en el reaseguro.

El artículo 2.4.3 PRICL dispone que mientras un siniestro esté cubierto por el contrato de reaseguro, el Reasegurador deberá seguir los acuerdos emitidos por el Reasegurado en torno al pago de una cobertura si el siniestro acordado también está presumiblemente cubierto bajo el seguro directo, y en cualquier caso deberá compartir la fortuna del Reasegurado.

pago de la cobertura comprometida en el reaseguro de una póliza de responsabilidad civil. En primera instancia, NACPAC rechazó el pago porque AIC había transigido respecto de un siniestro no cubierto por el seguro. La Corte del Distrito Sur de Nueva York aceptó esta interpretación y rechazó la demanda de AIC. En la apelación, AIC sostuvo que, con independencia de la cobertura bajo el seguro directo, NACPAC estaba obligada porque debía seguir la suerte de AIC, y en ese sentido, seguir la transacción de AIC. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo de la Corte de Distrito señalando que “el desacuerdo entre AIC y NACPAC refleja la tensión inherente entre las cláusulas de seguimiento de la suerte y las limitaciones de responsabilidad de los reaseguradores (...) Sería injusto hacer responsable a NACPAC por pérdidas/daños que escapen la cobertura del contrato de reaseguro”. Esta nota al pie fue redactada por nosotros, pero teniendo a la vista el desarrollo de Osvaldo Contreras en: Contreras, 2020, Ob. Cit., pp.701-702.

⁸¹ Para efectos de este trabajo se considerarán como equivalentes.

El Comentario N°1 establece que “el seguimiento de la suerte y el seguimiento de los acuerdos son principios similares pero distintos”.⁸² De inmediato, el Comentario N°2 define cada uno de estos conceptos. El seguimiento de los acuerdos obliga al Reasegurador a aceptar los acuerdos o transacciones hechos por el Reasegurado. El seguimiento de la suerte establece que el Reasegurador estará obligado por los acontecimientos que escapen al control del Reasegurado.⁸³

Los Comentarios N° 3, 4 y 5 profundizan en el seguimiento de los acuerdos estableciendo sus requisitos y límites. En cuanto a los requisitos, indican que el reclamo acordado por el Reasegurado debe estar presumiblemente cubierto⁸⁴ por el seguro y que debe estar bajo la cobertura del reaseguro como cuestión de derecho.⁸⁵ En seguida explican que la expresión “presumiblemente cubierto” exige que el acuerdo hecho por el Reasegurado no sea “coludido, fraudulento, defraudador, groseramente negligente o descuidado, claramente fuera de la cobertura o fuera de los límites del seguro”.⁸⁶

En resumen, el acuerdo de pago debe ser razonable y ajustarse a la conducta esperable de una persona del rubro.⁸⁷ Además, el siniestro acordado también debe estar cubierto por el reaseguro. Esto es obvio, porque si no está cubierto bajo este

⁸² PRICL, p.58.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ En inglés: *arguably covered*.

⁸⁵ PRICL, p.58.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ En inglés: *in a businesslike manner*.

último entonces el Reasegurador nunca manifestó su voluntad de asumir ese riesgo específico, no pudiendo luego el Reasegurado obligarlo a soportarlo.

Los Comentarios N° 6, 7, 8 y 10 profundizan en la comunidad de suerte. Lo primero que hacen es reiterar que esta obliga al Reasegurador a aceptar las consecuencias de eventos fuera del control del Reasegurado, incluidas sentencias judiciales o arbitrales en su contra.⁸⁸ En definitiva, lo relevante es que efectivamente el hecho haya estado fuera de la esfera de control del Reasegurado. Para ilustrarlo se exponen distintas situaciones. Por ejemplo, si en el juicio respectivo el Reasegurado deja de invocar defensas obvias que cualquier empresa en su lugar hubiera promovido, entonces se considerará que el resultado negativo sí estuvo en su esfera de control, no pudiendo operar la comunidad de suerte. Si es que hay un cambio en la legislación nacional que tiene un impacto en la cobertura del seguro directo, entonces el Reasegurador debe aceptar esa consecuencia.⁸⁹

El Comentario N°9 merece mención aparte porque se refiere a ambos principios y provee un resumen bastante claro sobre sus diferencias. Con este propósito señala:

“en el contexto del seguimiento de los acuerdos, el Reasegurado debe actuar honestamente y como lo haría cualquier empresario del rubro al pactar un acuerdo. En cambio, el seguimiento de la fortuna regula las consecuencias de acontecimientos fuera del control del Reasegurado. Por ende, no puede ni debe evaluarse la honestidad y *businesslikeness* de su conducta”.⁹⁰

⁸⁸ PRICL, p.60.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*. Traducción libre del texto original (“*In the context of the follow-the-settlements rule, the reinsured is under a duty to act honestly and in a businesslike manner when settling a claim. In contrast, the follow-the-fortunes*”).

Cabe advertir que lo que venimos comentando acerca de la comunidad de suerte y el seguimiento de los acuerdos, en cuanto a su aplicación e interpretación en un reaseguro, depende siempre de lo manifestado por las partes. Es decir, estas pueden definir claramente los alcances de cada uno, o bien, asimilarlos bajo una sola cláusula que produzca los efectos deseados.

En suma, lo que nos interesa dejar sentado acá es lo siguiente: sea que se considere que la comunidad de suerte incluye también el seguimiento de los acuerdos, o bien que estos son principios y reglas distintas, la comunidad de suerte es un principio que emana, al igual que la máxima buena fe, de las características y estructura misma del negocio del reaseguro.⁹¹

5. Efectos

Cuando nos referimos a los efectos del contrato de reaseguro lo hacemos a los derechos y obligaciones que este contrato genera. Como ya vimos, las partes de este contrato bilateral son exclusivamente el Reasegurado y el Reasegurador, por ende solo para ellos se generan derechos y obligaciones contractuales. A continuación, seguiremos el listado propuesto en el libro del profesor Osvaldo Contreras.

rule deals with developments beyond the reinsured's control. Thus, there cannot be an evaluation of the honesty and businesslikeness of the reinsured's conduct").

⁹¹ Es esclarecedor lo escrito en Contreras, 2020, Ob. Cit., p.698 (“Hay que precisar que la doctrina “*follow the fortunes*” devino en cláusula de la naturaleza del contrato de reaseguro no por imperativos propios de la ciencia jurídica, sino porque así organizaron su negocio quienes lo practicaban”).

En el contexto de un contrato de reaseguro el Reasegurado tiene derecho a: exigir al Reasegurador el pago de la indemnización pactada, en caso de ocurrir un siniestro cubierto, y su apoyo para las labores de evaluación y prevención de riesgos.⁹² A su vez, el Reasegurado está obligado frente al Reasegurador a: informarle acerca de los riesgos que están siendo transferidos; pagar el precio convenido para la transferencia de los riesgos, normalmente mediante una cantidad de la prima percibida por el seguro directo e; informar los siniestros ocurridos que pudieran dar lugar a una reclamación y las decisiones de pago adoptadas en torno a ellos.

Como contrapartida a las obligaciones del Reasegurado, el Reasegurador tiene derecho a: exigir que se le informe acerca de los riesgos que va a asumir en virtud del reaseguro; exigir el pago del precio del reaseguro, según la modalidad de pago convenida y; exigir que el Reasegurado le informe sobre los siniestros ocurridos y sus decisiones de pago adoptadas en torno a ellos.⁹³ Por su parte, como contraprestación de los derechos del Reasegurado, el Reasegurador está obligado a pagar las indemnizaciones por los siniestros que deba pagar el Reasegurado y a apoyarlo en sus labores de evaluación y prevención de riesgos.⁹⁴

⁹² Contreras, 2020, Ob. Cit., p.672. El autor no contempla un catálogo de derechos del Reasegurado, pero este se desprende del catálogo de obligaciones del Reasegurador.

⁹³ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.672. Al igual que con el catálogo de derechos del Reasegurado, el autor no lo contempla, pero es posible deducirlo respecto del Reasegurador a partir de las obligaciones de su contraparte.

⁹⁴ *Ibidem*.

6. Dinámica tradicional del contrato de reaseguro

Habiendo ya expuesto algunas ideas generales sobre las características, principios y efectos más elementales del contrato de reaseguro podemos esbozar una visión panorámica de la dinámica tradicional de este contrato en la realidad práctica. De esta forma, veremos cómo operan y se relacionan los elementos anteriormente mencionados, a saber, la autonomía e independencia, la máxima buena fe y la comunidad de suerte, en el desenvolvimiento normal de una transacción de reaseguro. Al hacerlo, tendremos especialmente en cuenta la realidad del mercado chileno.

Lo primero que debemos tener en cuenta para entender la dinámica tradicional de este negocio es el contexto del mercado en que se concretaron las primeras operaciones de reaseguro. Este era un mercado pequeño, con pocos actores que frecuentemente se conocían entre sí.⁹⁵

Esta misma característica determinó por mucho tiempo la característica celeridad de las transacciones y la ausencia de trabas formales en la suscripción de reaseguros. De ahí que se hablara durante ese tiempo de un “acuerdo entre caballeros”⁹⁶ y de la cultura del “acuerdo ahora, detalles luego”.⁹⁷ Esta confianza ciega en la conducta del otro se explica también por la fuerza de los principios de máxima buena fe y comunidad de suerte. Como todos reconocen la obligatoriedad de ajustar sus conductas a un estándar especialmente estricto de conducta, entonces resulta más fácil confiar en el otro y aceptar las consecuencias patrimoniales que pudieren afectarle al Reasegurado.

⁹⁵ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.932. En inglés: *amongst repeated players*.

⁹⁶ Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., p.53. En inglés: *gentleman's agreement*.

⁹⁷ Heiss, 2018, Ob. Cit., p.92. En inglés: *deal now, details later*.

En esta línea, cierta doctrina apunta que lo que caracteriza al mercado tradicional de reaseguro es que todos sus actores abrazan la expectativa de que sus cocontratantes se comportarán según la máxima buena fe, y por eso mismo están dispuestos a asumir cualquier consecuencia patrimonial que se imponga sobre el Reasegurado en virtud del seguro directo.⁹⁸

Creemos que este altísimo nivel de confianza explica también la vigencia del principio de independencia y autonomía. Si las partes del reaseguro se comportan de una manera extremadamente diligente es improbable que se generen conflictos entre las partes de los contratos opuestos, es decir, entre Asegurado y Reasegurador. Por ende, ambos contratos pueden correr perfectamente por carriles separados sin necesidad de contemplar mecanismos que permitan intervenir en la relación contractual ajena.

En suma, puede apreciarse que los principios del reaseguro no se entienden ni funcionan separadamente, sino que operan correlacionados. El elemento común y característico de toda la figura del reaseguro tradicional es la confianza. La máxima buena fe garantiza y explica la confianza. Hay mucha de esta porque se sabe de antemano que la contraparte desplegará una conducta cuidadosa y los actores se comportan así porque de lo contrario se exponen a sanciones en el ámbito contractual y regulatorio, además de comprometer su reputación. Por su parte, la comunidad de suerte aparece como consecuencia del alto grado de confianza entre los actores del reaseguro, además de ser una necesidad práctica. La independencia y autonomía también se explican por este contexto fiduciario.

⁹⁸ Stempel, Swisher & Knutsen, 2012, Ob. Cit., p.1503.

En Chile no existe propiamente un mercado de reaseguros porque no hay compañías nacionales que se dediquen a esto, al menos no que funcionen en la práctica. Cuando se busca una cobertura de este tipo para reasegurar grandes riesgos que las compañías de seguro, sea locales o extranjeras, no pueden soportar, la mirada se vuelca siempre al extranjero.⁹⁹ Esto es imprescindible, porque si no existiera esta posibilidad habría una gran cantidad de actividades que no podrían llevarse a cabo por la falta de una seguridad ante el eventual siniestro, pues ningún empresario se atrevería a desarrollar su giro. Es interesante notar también que la cobertura de reaseguro no se busca siempre por la compañía de seguros para la póliza directa que emitió, sino que en muchos casos es el mismo Asegurado quien va directamente a buscar una cobertura para solo luego buscar localmente una compañía que le emita la póliza respectiva.

Para concluir este apartado sobre la dinámica tradicional del reaseguro nos referiremos a la liquidación de siniestros. Si bien la importancia de esta etapa en el ciclo de vida de un seguro la hace merecer un apartado especial, consideramos que basta hacer esta referencia para notar su importancia para el análisis que haremos a continuación. Consecuencia de la máxima buena fe y la comunidad de suerte, el sujeto encargado de dirigir la liquidación del siniestro, es decir, de determinar si es que un determinado siniestro debe cubrirse o no, es el Reasegurado.¹⁰⁰ De acuerdo con el funcionamiento normal del reaseguro, el Reasegurador no cumple ningún rol en la liquidación o ajuste del siniestro, él paga cuando el Reasegurado le comunica el pago de un siniestro cubierto bajo el seguro directo.

⁹⁹ Principalmente a países como Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, México, España y Francia.

¹⁰⁰ Obviamente, a través del liquidador que designe o de la unidad de su organización dedicada a la liquidación en caso de hacerla directamente.

7. Clasificación^{101 102}

La principal clasificación del contrato de reaseguro distingue entre el reaseguro facultativo y el tratado de reaseguro.^{103 104} Esta sección busca definir cada tipo de reaseguro y explicar su relevancia para entender la aparición de las CCC.

Las únicas definiciones que pudimos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en la NCG 421. En esta se define el reaseguro facultativo como:

“aquel reaseguro en que ni el asegurador ni el reasegurador tienen la obligación de ceder o aceptar, respectivamente, una cartera o riesgo específico. Cada cartera o riesgo específico se negocia de manera individual e independiente, fijándose las condiciones para cada uno de los casos”.¹⁰⁵

¹⁰¹ William, 2021, Ob. Cit., p.23. Este autor nos ofrece una breve y clara reseña sobre esta distinción (“*Reinsurance can be taken out in different forms. In treaty reinsurance, the reinsured cedes multiple insurance policies, the portfolio, to the reinsurance treaty and the reinsurer accepts all the risks ceded under one sole reinsurance contract. In facultative reinsurance, the reinsured generally cedes a single risk or policy to the reinsurer so that the terms and conditions of reinsurance can be tailored to each cession*”).

¹⁰² Yáñez, Javier. (2021). Minuta sobre clasificación de los reaseguros. La inclusión de esta pertinente referencia a la principal clasificación de los reaseguros, para el mejor entendimiento de lo que sigue en este trabajo, se la debemos al abogado especialista Javier Yáñez Gómez. Nos recomendó incluirla acá y proporcionó una minuta preparada por él sobre este tema. Su opinión resulta particularmente importante pues refleja una visión práctica del mercado de reaseguros.

¹⁰³ El reaseguro facultativo se conoce simplemente como “facultativo” y el tratado se menciona como “contrato”. En inglés: *facultative reinsurance* y *treaty reinsurance*.

¹⁰⁴ Con todo, existen otras clasificaciones y distintos tipos de reaseguro dentro de cada categoría. Para profundizar sobre este tema, véanse: Baeza, 1967, Ob. Cit., pp.143-146; Carter, 1983, Ob. Cit., pp.69-79; Donati, 1960, Ob. Cit., pp.430-431; Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.1, Paras. 33-71; Ehrenberg, 2019, Ob. Cit., pp.39-48; Sapag, 2021, Ob. Cit., pp.259-266 y; Stiglitz, 2001, Ob. Cit., pp.531-536.

¹⁰⁵ NCG 421, p.16.

Sobre el reaseguro automático o tratado indica lo siguiente:

“Se entiende por reaseguro automático aquel en que la aseguradora debe transferir la porción de riesgo que se encuentra dentro de los límites y condiciones de suscripción previamente pactadas en el contrato y en el que el reasegurador debe aceptar todos los riesgos transferidos, siempre que se cumplan las condiciones y límites previamente establecidos”.¹⁰⁶

En el mismo sentido, la doctrina señala que el facultativo es el reaseguro de riesgos individuales, donde se consideran y negocian ciertos riesgos particulares de manera personalizada.¹⁰⁷ En cambio, el tratado es un acuerdo de reaseguro que comprende varios riesgos, de manera que el Reasegurado y el Reasegurador convienen el traspaso automático de todos los riesgos de una determinada naturaleza.¹⁰⁸ Por ejemplo, el reaseguro de una póliza específica de seguro de responsabilidad civil de todo riesgo de construcción es uno de tipo facultativo, en cambio, el reaseguro de una cartera de riesgos de daños en vehículos motorizados en virtud del cual se traspasan automáticamente los riesgos, es un tratado o contrato. La principal característica del facultativo es que ninguna de las partes está obligada a aceptar la transferencia de un riesgo.¹⁰⁹ Por el contrario, la principal distinción del contrato es que las partes se obligan de antemano a la transferencia de todos los riesgos de un determinado tipo o naturaleza.¹¹⁰

¹⁰⁶ NCG 421, p.32.

¹⁰⁷ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 41.

¹⁰⁸ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 50.

¹⁰⁹ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 41.

¹¹⁰ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap. 1, Para. 50.

En suma, para determinar si estamos frente a un facultativo o un contrato debemos responder a la siguiente pregunta: ¿el Reasegurado y el Reasegurador están obligados a ceder y asumir el riesgo?¹¹¹ Si la respuesta es afirmativa, estamos frente a un tratado; si es negativa, frente a un facultativo.

El facultativo es el método más utilizado para colocar riesgos inusuales o de gran envergadura, que por ello necesitan una negociación específica y ajustada al caso concreto. Es un traje a la medida.¹¹² Por otra parte, el contrato es la alternativa preferida para colocar una gran cantidad de riesgos de menor cuantía, puesto que su funcionamiento automático permite abaratar los costos de contratar múltiples facultativos.

La exposición patrimonial del Reasegurador en uno y otro caso, como podrá advertirse, es diferente. En el facultativo normalmente estarán involucradas mayores sumas de dinero, por lo que la exposición es mayor. En el tratado, las sumas serán menores, aunque los siniestros sean más en cantidad, luego, la exposición del Reasegurador es menor.

La distinta exposición patrimonial del Reasegurador explica que la aparición de las CCC se haya originado en los facultativos y no en los contratos. En estos últimos no es usual encontrar estas cláusulas porque no existe una necesidad de control para el Reasegurador. Este confía plenamente en la administración del Reasegurado y en caso de que esta tome alguna decisión impropia o negligente, la realidad es que el Reasegurador no se verá mayormente afectado porque su interés no está tan involucrado.

¹¹¹ William, 2021, Ob. Cit., p.11.

¹¹² William, 2021, Ob. Cit., p.14. En inglés: *tailor made reinsurance*.

En cambio, en el facultativo, y especialmente en aquellos en que el Reasegurado retiene una porción pequeña del riesgo, e incluso nula en los casos de *fronting*¹¹³, la inserción de CCC es prácticamente una necesidad para el Reasegurador. Esto se explica por una razón muy simple y es que el patrimonio del Reasegurador está muy comprometido en la operación, encontrándose completamente expuesto a la gestión del Reasegurado.

Entonces, se entiende que el Reasegurador quiera incluir CCC en sus facultativos, especialmente en aquellos donde el Reasegurado retiene un porcentaje ínfimo del riesgo. Poco podría decirse en contrario. ¿Por qué no podría controlar la gestión del siniestro si va a soportar todas sus consecuencias económicas?¹¹⁴ Cualquiera estará de acuerdo con que está completamente justificado el interés del Reasegurador en intervenir en la liquidación del siniestro, ya que será él quien deberá pagar en último término. En resumen, las CCC serán frecuentes en los contratos de reaseguro facultativo, por lo que el foco de este trabajo se pondrá sobre este tipo de reaseguros.

¹¹³ El *fronting* es una forma o modalidad del reaseguro. Consiste en una figura mediante la cual el Asegurador contrata directamente con el Asegurado, pero luego cede la totalidad, o casi la totalidad, del riesgo al Reasegurador. Es frecuente en estas operaciones que existan tratativas directas entre Asegurado y Reasegurador. En definitiva, es una figura que permite a un Asegurador extranjero suscribir riesgos en otro país usando al Reasegurado como intermediario, cuando por razones de distinta índole no puede suscribirlo directamente. Así se desprende de: Carvallo, Javier & Sahurie, Emilio. (s.a.). *Las cláusulas de provisión de fondos y cut through en el derecho chileno*. p.1.

¹¹⁴ Dowsey, Paul & Tobin, Andrew. (2014). "Taking charge". *Best's Review*, junio de 2014.

II. De las Cláusulas de Cooperación y Control de Siniestros

1. Generalidades

Ya en el año 1997, los abogados don Juan Achurra y don Osvaldo Contreras escribieron un artículo que abordaba ciertos problemas jurídicos planteados bajo la ley chilena por la aparición y masificación de las CCC. Este trabajo de investigación tiene como propósito retomar, reforzar y actualizar el esfuerzo de estos autores, que hace ya bastante tiempo reconocieron una problemática que sigue dando material para el debate. Por lo demás, entre el año 1997 y el año 2021 el Derecho de Seguros fue objeto de diversas reformas, que quizá pueden hacer variar las conclusiones expuestas en dicho artículo.

Es indudable que estas estipulaciones contradicen abiertamente los postulados tradicionales del contrato de reaseguro recién expuestos y plantean problemas teóricos y prácticos en la ejecución del contrato. El año 2020 Contreras resumió los principales problemas jurídicos que generan las CCC.¹¹⁵ En este trabajo nos ocuparemos de los siguientes: si cambia la naturaleza jurídica del reaseguro; si los principios tradicionales mantienen vigencia; si hay un impacto en el procedimiento de liquidación y; si es posible establecer un límite a las facultades del Reasegurador.

¹¹⁵ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.709. El autor identifica las siguientes problemáticas: “a) Si bajo algunas circunstancias cambia la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro; b) Alcances de las obligaciones de información y consulta al reasegurador; c) Los problemas relacionados con el nombramiento de los liquidadores de siniestros y otros asesores que intervienen en la liquidación; d) El problema relativo a la autorización de los reaseguradores para negociar y finiquitar pérdidas; e) Los conflictos con la legislación local en materia de procedimientos y plazos para el ajuste de siniestros; f) Los conflictos derivados de la intervención de un suscriptor líder; g) Los problemas relacionados con la legislación de fondo y h) Los problemas relacionados con la elección de jurisdicción”.

2. Definiciones

Esta sección tiene como objetivo dejar en claro qué es una cláusula de cooperación y qué es una cláusula de control de siniestros; explicar el motivo de su aparición en el mercado reasegurador y; exponer los derechos y obligaciones que generan para las partes.

La cláusula de cooperación de siniestros ha sido definida como una cláusula que da al Reasegurador derecho para involucrarse en la investigación, ajuste y acuerdo del siniestro subyacente.¹¹⁶ En nuestras palabras, es una estipulación contractual accidental dentro del reaseguro en virtud de la cual se acuerda la cooperación e intervención del Reasegurador en la etapa de liquidación de siniestros.

Por su parte, la cláusula de control de siniestros se define como una cláusula que otorga al Reasegurador derecho a controlar completamente la gestión del siniestro denunciado por el Asegurado.¹¹⁷

Ambas cláusulas tienen en una característica común: crean derechos para el Reasegurador y, correlativamente, obligaciones para el Reasegurado.¹¹⁸ Pero como se ve, una produce efectos mucho más intensos que la otra.

¹¹⁶ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.5, Para.7.

¹¹⁷ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.703.

¹¹⁸ Con todo, esto es discutible. Podría sostenerse que, en la medida que estas cláusulas no pueden ser ejercidas abusiva o discrecionalmente, también se genera un deber para el Reasegurador, que emana de la máxima buena fe.

La aparición de las CCC en los facultativos se explica por diversas razones. La principal es la pérdida de confianza entre Reasegurador y Reasegurado.¹¹⁹ Autores han dicho que esto se debe a los malos resultados financieros de las compañías reaseguradoras, consecuencia de una mala gestión de los Reasegurados.¹²⁰

También se ha sostenido que su origen debe entenderse relacionado con la transición de la cultura de incertidumbre contractual hacia la certidumbre contractual.^{121 122} Esta tendencia hacia la certidumbre contractual se explica por la necesidad creciente de contar con un marco normativo acabado que otorgue previsibilidad a las partes frente a potenciales conflictos. Además, es un principio que interesa al regulador, quien lo promueve. Entonces, estos contratos contemplan cada vez más cláusulas que buscan regular todos los aspectos de la relación jurídica, entre ellos, claro está, el rol del Reasegurador en la gestión del siniestro.

La mejor y más simple explicación para el surgimiento de las CCC es sencillamente que el Reasegurador desea tener el control de la liquidación de los siniestros cuando su patrimonio está muy comprometido en comparación al riesgo que retiene el Reasegurado. Esto es evidente en los casos de *fronting*. Imaginemos un Asegurador inglés que no cuenta con una sucursal en Chile que pueda representarlo para poder suscribir pólizas de seguro en el país. La forma que este Asegurador extranjero tiene

¹¹⁹ Barroso, Sergio. (s.a.). “Límite y alcance de la cláusula de control de siniestros en los contratos de reaseguro”. Artículo recuperado el 21 de enero de 2021 en el sitio web <http://mercadoasegurador.com.ar/backup/adetail.asp?id=1774>.

¹²⁰ Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., p.60.

¹²¹ Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., p.60. En inglés: *from contract uncertainty to contract certainty*.

¹²² La principal manifestación de esta tendencia hacia la certidumbre es el *Contract Certainty Code of Practice*, cuya última versión es de septiembre del 2018. Para mayor información véase el sitio web: www.lmg.london/documents/contract-certainty/. En Chile, esta tendencia fue recogida por la NCG 421, p.7.

para poder efectivamente cubrir el riesgo en Chile es recurriendo a un Asegurador chileno que emita una póliza y luego transfiera el riesgo al Asegurador inglés. Si el riesgo es cedido casi totalmente, o totalmente, estamos ante un *fronting*. En consecuencia, el sujeto que deberá cargar con todo el coste de la indemnización en caso de ocurrir un siniestro será el Asegurador inglés, actuando en esta hipótesis como Reasegurador. Es legítimo su interés en manejar el ajuste del siniestro, es decir, determinar si hay cobertura o no, pocos dirían lo contrario. Si el Reasegurador va a pagar los siniestros, entonces es lógico que pueda controlar la liquidación del mismo.

La incorporación de una CCC en el reaseguro es una cuestión que se negocia desde el comienzo de las tratativas. No estamos ante estipulaciones que se imponen abusivamente por el Reasegurador a último minuto, sino que son discutidas desde un comienzo como parte de los términos propuestos por este último, a pesar de que no esté dispuesto a transar a su respecto. Así, tanto el Asegurado que se hace representar por un corredor de reaseguro para buscar cobertura, como el Reasegurado que busca el reaseguro, conocen la intención del Reasegurador.

En general, la doctrina ha identificado las siguientes obligaciones para el Reasegurado en virtud de una CCC: notificar prontamente la ocurrencia de un hecho que pueda dar lugar a una reclamación; consultar al Reasegurador y permitirle cooperar en la gestión del siniestro; informar sobre los riesgos transferidos en reaseguro; permitirle controlar las negociaciones y acuerdos en torno a los pagos de cobertura y; solicitar autorización previa del Reasegurador para realizar un pago de cobertura, un acuerdo o admitir responsabilidad.¹²³

¹²³ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.5, Paras.9-20.

Antes de revisar una distinción fundamental, queremos dejar planteadas dos cuestiones interesantes. La primera, es que parece posible rebatir el hecho de que las CCC solo generen obligaciones para el Reasegurado y ninguna para el Reasegurador. Tentativamente, podría sostenerse que el Reasegurador se ve obligado a ejercer sus derechos dentro del marco de la máxima buena fe. La segunda es sobre la naturaleza de la cláusula en cuestión y su denominación. Es común que las cláusulas de control se disfracen de cláusulas de cooperación. En definitiva, lo que importa y determina la naturaleza de la cláusula no es su denominación, sino que su contenido esencial.

3. Clasificaciones

Antes de analizar el impacto de las CCC en el reaseguro tradicional, debemos abordar una clasificación esencial para entender el funcionamiento de estas cláusulas. Las CCC pueden separarse en dos categorías. Aquellas que están redactadas como una condición previa a la responsabilidad del Reasegurador y aquellas que no lo están.¹²⁴

Esta clasificación es trascendental porque determina el efecto de su incumplimiento. Si es una *condition precedent* entonces el incumplimiento de la cláusula eximirá al Reasegurador de responsabilidad, incluso a pesar de que el Reasegurado pueda probarle su responsabilidad frente al Asegurado. Si no lo es, su incumplimiento solo impedirá que el Reasegurado pueda invocar la comunidad de suerte o el seguimiento de acuerdos, dejando a salvo la posibilidad de que exija el pago al Reasegurador si logra probar su responsabilidad frente al Asegurado.¹²⁵

¹²⁴ En inglés: *condition precedent*.

¹²⁵ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.5, Paras.25 y 31 y Gurses, 2009, Ob. Cit., p.168.

Salta a la vista la importancia de la distinción. Solo dos palabras pueden determinar si es que el Reasegurador deberá pagar una gran cantidad de dinero o no. Atendida su relevancia, hay que preguntarse entonces ¿Qué es una condición precedente bajo la ley chilena? ¿Es posible calificarla bajo la ley chilena? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Sobre la naturaleza jurídica o regulación de la condición precedente en Chile encontramos dos fuentes. Ambas indican que la *condition precedent* no es una categoría regulada por el ordenamiento chileno.^{126 127} Entonces, en principio, a partir de estas dos fuentes podríamos concluir que la inclusión de la expresión “condición precedente” en una CCC a ejecutarse bajo la ley chilena no es recomendable, puesto que no es una figura conocida en el medio chileno y nada asegura que los tribunales, estatales o arbitrales, la apliquen de acuerdo con el sentido que se le otorga comúnmente en el mercado. Entonces, siguiendo dicha postura, la recomendación sería redactar la cláusula dejando claro que la intención de las partes consiste en exonerar al Reasegurador de toda responsabilidad si el Reasegurado incumple su deber emanado de la CCC.

¹²⁶ Rozas, Ricardo en Balduccini, Bruno; Goncalves, Diógenes; Azevedo, Carlos; Magalhaes Mariana; Baysal, Pelin & Onder, Ilgaz, et al. (2020). *Insurance and Reinsurance Law Review*. (Ed: Peter Rogan). Editorial Law Business Research Ltd., Reino Unido, p.117, indica que la manera que tienen las partes de asegurarse que la cláusula de cooperación o control produzca en Chile el efecto de exonerar al Reasegurador en caso de incumplimiento es elevarlas a la categoría de elemento esencial del contrato, en los términos del artículo 1444 CC. Según nuestras averiguaciones esto no ocurre en la práctica.

¹²⁷ Clyde & Co. (2013). *Key components of insurance and reinsurance: Law and practice in Latin jurisdictions. A practical guide*. p.33.

Nosotros creemos discutible que la ley chilena no ofrezca alguna categoría legal en que pueda subsumirse esta condición precedente, que no es otra cosa que una estipulación que manifiesta la intención de las partes del reaseguro en orden a eximir de responsabilidad al Reasegurador para el caso en que el Reasegurado falle en el cumplimiento de una conducta determinada por el contrato.

Lo primero que podría pensarse es la similitud de la *condition precedent* con las “garantías” definidas en la letra l) del artículo 513 CCom. Como dijimos, en el contexto de un seguro o reaseguro, una cláusula con la calificación de condición previa a la responsabilidad del Reasegurador es una estipulación que refleja la voluntad de las partes de exonerar al Reasegurador de responsabilidad para el caso en que el Reasegurado incumpla la conducta que le impone dicha cláusula. En el caso de las CCC, si por ejemplo esta le exige al Reasegurado contar con el visto bueno del Reasegurador para transigir un conflicto futuro, el primero no será responsable por aquellas transacciones que el Reasegurado celebre sin la previa aprobación del segundo, a pesar de que en los hechos y en el derecho esta deba pagarle la cobertura al Asegurado y logre probarlo.

Las “garantías”, en el contexto de la legislación de seguros, son definidas por el artículo 513 CCom como “los requisitos destinados a circunscribir o disminuir el riesgo, estipulados en un contrato de seguro como condiciones que deben cumplirse para que haya lugar a la indemnización en caso de siniestro”. Nos parece bien claro que las garantías son distintas a la *condition precedent*, a pesar de que posean un elemento en común, pues ambas son condiciones para dar lugar a la indemnización. La diferencia radica en que las garantías dicen relación con “circunscribir o disminuir el riesgo”, mientras que la condición precedente en el reaseguro nada tiene que ver con el riesgo asegurado. No porque el Reasegurado incumpla con su obligación de

obtener la aprobación previa del Reasegurador se va a aumentar o agravar el riesgo. En cambio, si el Reasegurado incumple con la garantía consistente en implementar medidas preventivas de seguridad para la ocurrencia de un siniestro, entonces está incumpliendo la garantía, que es requisito previo a la indemnización y exonera al Reasegurador de indemnizar. En suma, la garantía está estrechamente vinculada con el riesgo mismo y la condición precedente simplemente es una exigencia adicional, pactada libremente por las partes, para que el Reasegurado pueda cobrarle la indemnización a su Reasegurador.

La *condition precedent* también entraña una similitud con el concepto de carga. El famoso concepto procesal acuñado por James Goldschmidt también recibe aplicación en el Derecho Privado. En el contexto de un seguro, y consecuentemente también en el de un reaseguro, la carga es un deber impuesto al contratante de un seguro cuyo cumplimiento debe satisfacer para poder acceder al beneficio que constituye la indemnización.¹²⁸ Es decir, es un deber cuyo cumplimiento favorece exclusivamente al Asegurado y que no puede ser exigido compulsivamente por el Asegurador.

Así, podríamos pensar que la CCC redactada como una condición precedente puede asimilarse a una carga que si el Reasegurado no satisface provoca la pérdida de su derecho a cobrarle la indemnización al Reasegurador. Considerar la CCC condición precedente una carga para el Reasegurado trae consecuencias importantes. Por ejemplo, ante su incumplimiento lo único que el Reasegurador puede hacer es impetrar una excepción de contrato no cumplido, en tanto el Reasegurado no cumpla con su carga consistente en obedecer la CCC.¹²⁹ El Reasegurador no tiene derecho a

¹²⁸ Baeza, 1967, Ob. Cit., p.120.

¹²⁹ Baeza, 1967, Ob. Cit., p.121.

exigirle al Reasegurado que cumpla con una carga. Esto nos lleva a concluir que asimilar la *condition precedent* a una carga en el reaseguro no es la solución correcta, porque no se condice con el real funcionamiento que tiene esta calificación en la doctrina y jurisprudencia internacional, en especial inglesa. Estas fuentes nos muestran que la infracción de una condición precedente trae aparejada ineludiblemente la exoneración del Reasegurador, sin importar que posteriormente el Reasegurado sí cumpla con lo estipulado en la CCC o logre probarle su responsabilidad al Reasegurador.

Finalmente, pensamos que la condición precedente es sencillamente un tipo de condición, de las reguladas en nuestro CC a propósito de las asignaciones testamentarias y las obligaciones condicionales. En nuestro medio una condición se define como “un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y su obligación correlativa”.¹³⁰ De acuerdo con esta definición, es posible afirmar que la *condition precedent* -que consiste en el cumplimiento de la CCC por parte de lReasegurado - es una condición ya que es un hecho futuro, pues se verificará o no solo luego de haber sido celebrado el reaseguro, y también es incierto, porque bien puede ocurrir que el Reasegurado cumpla o no con la cláusula. ¿Qué tipo de condición? Entre las clasificaciones más relevantes de las condiciones encontramos las condiciones negativas y positivas; las suspensivas y resolutorias y; las casuales, potestativas o mixtas.

El artículo 1474 CC dispone que la condición es positiva cuando consiste en acontecer una cosa, y negativa cuando consiste en que una cosa no acontezca. En este sentido, la *condition precedent* es una condición positiva consistente en que el Reasegurado cumpla con las obligaciones que emanan de la CCC.

¹³⁰ Abeliuk, René. (1993). *Las obligaciones. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.383.

El artículo 1477 establece que una condición potestativa es aquella que depende de la voluntad del acreedor o del deudor, casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso y mixta aquella que depende en parte de la voluntad del acreedor o deudor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso. La *condition precedent* es una condición mixta que depende, por una parte, de un hecho voluntario del acreedor de la obligación de indemnización, es decir el Reasegurado, y por otra parte, depende de un acaso, el siniestro. Es mixta porque el reaseguro es condicional por su propia naturaleza, al igual que el seguro. Siempre se necesita la ocurrencia de un siniestro para que pueda gatillarse la obligación de indemnización para el Reasegurador.

Entre las potestativas se distinguen las meramente potestativas y las simplemente potestativas. Abeliuk enseña que la meramente potestativa es “aquella que depende del simple querer o de la mera voluntad del acreedor o del deudor” y que la simplemente potestativa es “aquella que depende de un hecho voluntario del acreedor o del deudor”.¹³¹ La *condition precedent* es simplemente potestativa porque depende del hecho voluntario del acreedor de la obligación de indemnización. Esto importa la inaplicabilidad de la norma del artículo 1478 CC que dispone la nulidad de la condición meramente potestativa de la voluntad del deudor.

El artículo 1479 CC establece que una condición es suspensiva cuando pendiente su cumplimiento se suspende la adquisición de un derecho y es resolutoria cuando su cumplimiento extingue un derecho. La *condition precedent* es a todas luces una condición suspensiva de la obligación del Reasegurador consistente en tener que indemnizar al Reasegurado. Mientras no se cumpla con la CCC respectiva no nacerá para el Reasegurado el derecho ni para el Reasegurador la obligación de indemnizar.

¹³¹ Abeliuk, 1993, Ob. Cit., p.392.

En suma, la *condition precedent* sí puede calificarse en el ordenamiento chileno como una condición positiva, suspensiva y mixta que depende en parte del hecho voluntario del acreedor y en parte de un acaso. Esto es muy claro si tenemos en cuenta que mediante esta redacción lo que se quiere expresar es que el Reasegurador estará obligado a indemnizar al Reasegurado si y solo si esta cumple con sus obligaciones emanadas de la cláusula de cooperación o control de siniestros. Además, claro está, siempre debe ocurrir otro suceso fundamental para que se gatille la responsabilidad del Reasegurador, el siniestro. Por ende, nos permitimos discrepar de la postura según la cual no existe una regulación de la *condition precedent* en nuestra legislación.¹³²

No existen términos sacramentales para otorgarle el carácter de *condition precedent* a una CCC.¹³³ Las cosas en el Derecho son lo que son por su esencia, no por la denominación que le otorgan las partes. Lo que importa es redactar la cláusula de manera que resulte clarísima la intención de las partes de querer eximir de responsabilidad al Reasegurador en caso de incumplimiento de la estipulación, incluso a pesar de que el siniestro encuentre cobertura bajo el seguro directo.

¹³² Contreras, 2020, Ob. Cit., p.702. De hecho, el autor se refiere a la *condition precedent* como una condición suspensiva.

¹³³ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.167.

4. Cláusulas de uso frecuente¹³⁴

De acuerdo con lo averiguado, la forma típica de una CCC comúnmente comercializada en Chile establece que “es una condición precedente a cualquier responsabilidad bajo este reaseguro que...”. Luego, la cláusula continúa estableciendo los derechos que tiene el Reasegurador, notoriamente consagrando su derecho a controlar todos los aspectos de la liquidación, así como las obligaciones del Reasegurado frente al Reasegurador.¹³⁵

A fines del año 2016, la Asociación de Aseguradores de Chile A.G. emitió junto con el Mercado del Lloyd’s de Londres¹³⁶ una cláusula de control de siniestros específica para los seguros suscritos en Chile y reasegurados en Inglaterra: la LMA 5276 o cláusula chilena de control de siniestros.¹³⁷ También existe una cláusula chilena de cooperación de siniestros. Su fecha de aparición e identificación la desconocemos.¹³⁸

La LMA 5276 tiene por principal virtud otorgar mayor protección al Reasegurado chilena frente a la posición desmejorada en que podría encontrarse respecto de su Reasegurador. ¿Cómo lo hace? Principalmente, estableciendo que el Reasegurador se hará cargo de la defensa del Reasegurado frente al Asegurado cuando haya conflicto

¹³⁴ Agradecemos una vez más al abogado de Crawford Chile, don Javier Yáñez, por proveernos un compilado de las cláusulas más usuales en el mercado reasegurador.

¹³⁵ Ver Anexo 1.

¹³⁶ El mercado del Lloyd’s de Londres (en inglés *Lloyd’s of London*) es el principal mercado de seguros y reaseguros del mundo. Hay que advertir que no es una compañía aseguradora o reaseguradora, sino que una institución que facilita la concreción de este tipo de negocios. Para más información véase el sitio web www.lloyds.com.

¹³⁷ Ver Anexo 2.

¹³⁸ Ver Anexo 3.

entre estos últimos, dejando en todo caso indemne al Reasegurado.¹³⁹ Además, tiene la virtud de otorgar mayor claridad en cuanto a la normativa aplicable a la liquidación de los siniestros ocurridos en Chile que están reasegurados en el Lloyd's de Londres.

Aunque varios de los problemas que se suscitaron cuando recién aparecieron las CCC en Chile se superan con la redacción de esta cláusula, creemos que todavía puede ganar en claridad para evitar potenciales conflictos interpretativos.

Primero, el Título N°1, relativo al ámbito de aplicación, indica que el procedimiento de manejo de los reclamos establecido por la cláusula deberá aplicar tanto para el seguro como para el reaseguro.¹⁴⁰ Esto es problemático porque la CCC se encuentra en el reaseguro, no en el seguro, y si consideramos la independencia y autonomía, entonces hay una clara infracción al efecto relativo de los contratos consagrado en el artículo 1545 CC y a la autonomía que consagran los artículos 585 y 586 CCom. El Asegurado puede perfectamente alegar que esta cláusula le es inoponible porque se encuentra en un contrato ajeno.

Segundo, el Título N°9 sobre ley aplicable y jurisdicción, señala que la ley aplicable será la chilena y que las Cortes de Justicia de la República de Chile deberán resolver cualquier conflicto que pueda surgir como consecuencia de los contratos de seguro o reaseguro. La redacción no es la más feliz porque esta mención de los tribunales chilenos podría considerarse como un pacto de sumisión a los tribunales ordinarios chilenos, cuestión que supone un problema en caso de que una de las partes quiera ir a arbitraje, y no la otra.

¹³⁹ Anexo 2, Título N°9.

¹⁴⁰ Anexo 2, Título N°1: *shall be applied both for the direct insurance and the reinsurance.*

La cláusula chilena de cooperación de siniestros es prácticamente idéntica a la LMA 5276, pero tiene una diferencia fundamental en el párrafo final del Título N°8 relativo a los derechos del Reasegurador. Esto es lógico, ya que justamente lo que la diferencia de una cláusula de control es que no obliga al Reasegurado a obedecer la postura del Reasegurador en cuanto a la cobertura. El párrafo mencionado indica que si el Reasegurado no está de acuerdo con las objeciones u observaciones del Reasegurador el monto establecido en la liquidación deberá ser pagado lo más pronto posible y que el Reasegurador deberá adherir a esta decisión. Las precisiones de redacción establecidas en el párrafo anterior son las mismas.

5. Incumplimiento

No podemos dejar de tratar la problemática del incumplimiento de una CCC por parte del Reasegurado y sus consecuencias. Esta materia es especialmente interesante porque puede ser abordada desde distintos puntos de vista. Primero, podríamos señalar que las sanciones al incumplimiento deben encontrarse en los usos y costumbres comerciales internacionales, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 584 CCom. Segundo, podríamos sostener que si la CCC está redactada como *condition precedent* -aceptado que su naturaleza jurídica sea la de una condición suspensiva- esta materia se rige por las normas sobre obligaciones condicionales de nuestro CC. Tercero, podríamos afirmar que el incumplimiento de la CCC y sus sanciones quedan regidos por el régimen general de responsabilidad contractual.

Desde ya deseamos la primera opción, consistente en determinar los efectos del incumplimiento a partir de los usos y costumbres internacionales. Esto por una razón muy sencilla, el 584 CCom se refiere a la interpretación de los reaseguros, más no al régimen de responsabilidad que los rige. Para determinar el alcance y sentido de una CCC sin duda son relevantes los usos y costumbres, pero para determinar las

consecuencias de un incumplimiento contractual en un reaseguro sujeto a ley chilena debemos estar a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, es útil dejar esbozada la postura de la doctrina y jurisprudencia internacional más prevalente, que refleja en buena medida los usos y costumbres internacionales. Sobre el tema, los profesores Edelman & Burns enseñan que debemos distinguir. Si la CCC está redactada como *condition precedent* y el Reasegurado incumple, entonces el Reasegurador queda eximido de toda responsabilidad, incluso si el Reasegurado logra probar en los hechos y el derecho que procedía pagar la cobertura. Si no está redactada como *condition precedent* entonces el Reasegurador no queda eximido de responsabilidad, pero el Reasegurado pierde el derecho a invocar una cláusula o principio de seguimiento de los acuerdos o comunidad de suerte, debiendo probar su responsabilidad tal y como lo hizo el Asegurado ante ella.¹⁴¹

En el mismo sentido, Cardona distingue entre las condiciones normales y precedentes del reaseguro. El incumplimiento de las primeras no lleva consigo mayores consecuencias. En cambio, si se incumple una condición precedente entonces el Reasegurador queda exonerado de toda responsabilidad.¹⁴² Una vez más, podrá el lector apreciar la relevancia de la distinción entre una CCC redactada como condición precedente a la responsabilidad y aquella que no lo fue. La jurisprudencia internacional, particularmente británica y estadounidense, llega a las mismas conclusiones.¹⁴³

¹⁴¹ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.5, Paras.25 y 31.

¹⁴² Cardona, 2009, Ob. Cit., pp.99-100.

¹⁴³ Son fallos relevantes en este sentido los citados en las notas al pie N° 149, 152, 184, 198 y 203.

Entonces quedan dos opciones, la aplicación de las normas sobre obligaciones condicionales o la aplicación del régimen general de responsabilidad contractual. Sostendremos que son aplicables las normas sobre obligaciones condicionales solo cuando la CCC fue redactada como una *condition precedent*. En el resto de los casos, resulta de aplicación el régimen general de responsabilidad contractual.

Primero veremos qué ocurre con el incumplimiento de las CCC que no son *condition precedent*. La sanción se encuentra en las disposiciones generales relativas a la responsabilidad contractual pues no existe ninguna disposición en la normativa especial que reglamente dicho incumplimiento, correspondiendo acudir a las normas comunes.

Muy simplifadamente, de acuerdo con la doctrina moderna el tema de la responsabilidad contractual consiste en analizar el conjunto de remedios a disposición del acreedor insatisfecho frente al incumplimiento. Así, Pizarro indica:

“este nuevo ‘sistema de remedios’ pone a disposición del acreedor un abanico de medidas para la protección de su interés afectado, todas con su propio supuesto de hecho y articuladas a partir del incumplimiento. La opción entre uno y otro pertenece al acreedor, quien la ejercerá según lo estime conveniente a la satisfacción de su interés”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Pizarro, Carlos. (2008). “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”. *Estudios de Derecho Civil III*. (Ed: Alejandro Guzmán Brito). Legal Publishing, Santiago, pp.394-402.

Entonces, para que se le abra este abanico de remedios al acreedor, lo que debe ocurrir es un incumplimiento. Los profesores Cárdenas y Reveco consideran que habrá incumplimiento cuando exista una “inejecución total o parcial o una ejecución tardía de una prestación de dar, hacer o no hacer”.¹⁴⁵ Así, el Reasegurado incumplirá con la CCC respectiva si no ejecuta o ejecuta tardía o defectuosamente las prestaciones a que estaba obligada en virtud de ella. Como sabemos, estas prestaciones pueden consistir en otorgar información al Reasegurador, en solicitarle su aprobación para transigir y/o en abstenerse de acordar un pago o admitir responsabilidad sin obtenerla previamente.

En Chile tenemos los siguientes remedios: la pretensión de cumplimiento, la resolución del contrato, la excepción de contrato no cumplido y la indemnización de perjuicios. Supuesto el incumplimiento de la CCC por el Reasegurado ¿qué remedio puede ejercer el Reasegurador? ¿Cualquiera? ¿En todo caso? Hay que distinguir.

Como ya reiteramos, el contrato de reaseguro se rige por un principio de máxima buena fe. Por ende, también el ejercicio de los remedios contractuales en el reaseguro se sujeta a los límites de este deber. De ahí que no siempre puedan invocarse todos los remedios, sino que solamente aquellos que, atendidas las circunstancias y el especial celo de los intereses de la contraparte, aparezca proporcional frente al incumplimiento. Por ejemplo, nos parecería contrario a la máxima buena fe y desproporcionado que el Reasegurador intente la resolución del contrato más la indemnización de perjuicios si es que el Reasegurado tarda en informarle la ocurrencia de un hecho que puede dar lugar a un reclamo porque tuvo problemas de conexión y no pudo hacerle llegar el correo electrónico.

¹⁴⁵ Cárdenas, Hugo & Reveco, Ricardo. (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p.58.

La doctrina se ha preocupado de estudiar la gravedad de los incumplimientos contractuales, de manera que el sistema de remedios sea ejercido por el acreedor de acuerdo con la buena fe. La gravedad de un incumplimiento contractual puede estimarse desde distintas perspectivas según la doctrina. Algunos se fijan en la clasificación del artículo 1444 CC, otros en la importancia de la obligación incumplida. Nosotros, siguiendo a la doctrina autorizada, afirmamos que para calificar un incumplimiento como grave debemos fijarnos en el interés perseguido por el acreedor al momento de celebrar el contrato, siempre y cuando este haya sido previsible para el deudor de acuerdo con el estándar de una persona razonable en las mismas circunstancias.¹⁴⁶ Si el incumplimiento frustra ese interés entonces es grave.

Sobre el interés que el Reasegurador busca proteger cuando celebra un reaseguro amplio pueden distinguirse dos niveles de interés. Primero, existe un interés transversal a todo reaseguro amplio, que consiste en ser escuchado o poder intervenir en la liquidación y además en impedirle al Reasegurado poder descansar en los principios de comunidad de suerte o seguimiento de los acuerdos en caso de que incumpla la CCC. Siempre que un Reasegurador inserta una CCC en el reaseguro lo hace con dos objetivos en mente que constituyen su interés: poder ser escuchado u obedecido por el Reasegurado e impedirle a esta que pueda invocar la comunidad de suerte o el seguimiento de los acuerdos, o lo que es lo mismo, trasladarle la carga de probar su responsabilidad ante el siniestro. Decimos que es transversal porque estará presente en todo reaseguro amplio. Segundo, existe un interés adicional, que encontraremos solamente en aquellos casos en que la CCC esté redactada como *condition precedent*, consistente en eximirse de toda responsabilidad por el siniestro ante un incumplimiento de las obligaciones que el Reasegurado asumió en virtud de la CCC.

¹⁴⁶ Cárdenas & Reveco, 2018, Ob. Cit., pp.345-347.

Si la CCC es *condition precedent* la materia queda regulada por las normas sobre obligaciones condicionales y no nos encontraríamos propiamente ante una situación de incumplimiento, sino que frente a una extinción de la expectativa por haber quedado fallida la condición. En cambio, si la CCC no es *condition precedent* entonces estamos ante una situación de incumplimiento contractual que, si bien podría considerarse grave teniendo en cuenta el criterio de la frustración del interés del acreedor, no permite a este oponer todos los remedios. En particular, creemos que no puede optarse por resolver el contrato de reaseguro ante una infracción de una CCC no redactada como *condition precedent*, ya que aquí prevalece la máxima buena fe. En este sentido, el uso de los remedios debe ser más cuidadoso todavía por lo que parece proporcionado que la consecuencia del incumplimiento sea simplemente que el Reasegurado no podrá descansar en el seguimiento de la suerte o de los acuerdos, teniendo que probar su responsabilidad por el siniestro ante el Reasegurador para que este deba pagarle. Esto equivale en los hechos a que el Reasegurado solo pueda disponer de la excepción de contrato no cumplido ante el Reasegurado, absteniéndose del pago de indemnización hasta que se le pruebe la responsabilidad de este.

Por otra parte, si la CCC es una condición precedente, la sanción se encuentra en la normativa relativa a las obligaciones condicionales. El incumplimiento de la CCC por parte del Reasegurado produce que la condición suspensiva esté fallida, pues lo que debía hacer para cumplirla era apearse a lo dispuesto por la cláusula, no infringirla. Una condición se encuentra fallida “cuando es cierto que el evento no se ha verificado ni puede ya verificarse”¹⁴⁷, y claramente en el caso que nos ocupa la

¹⁴⁷ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel & Vodanovic, Antonio. (2016). *Tratado de las Obligaciones. Tomo I*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, p.226.

condición (el cumplimiento de lo dispuesto por la CCC) no se verificó ni puede ya verificarse, puesto que acaeció justamente lo contrario, su incumplimiento.

Fallida la condición suspensiva se extingue la expectativa que tenía el acreedor condicional, en este caso el Reasegurado, y nunca llegará a existir la obligación del deudor condicional, en este caso el Reasegurador. Algunos autores van incluso más allá e indican que “si la condición falta, falla, es decir, no se cumple, el acto jurídico, hasta entonces en suspenso, queda definitivamente ineficaz, pues la obligación derivada del mismo se reputa no haber existido jamás”¹⁴⁸. Ahora bien, creemos que atribuir a la falla de la condición suspensiva efectos tan absolutos que nos lleven a considerar que el acto en realidad nunca existió es exagerado.¹⁴⁹ El contrato de reaseguro existió y existe, no porque el Reasegurado incumpla con la CCC eso va a cambiar. De lo contrario, el Reasegurador debería reembolsar las primas cobradas por el reaseguro, cuestión que no ocurre en la práctica y no refleja el funcionamiento de esta industria.

La subsistencia del reaseguro se explica por su naturaleza intrínsecamente condicional.¹⁵⁰ Imaginemos un contrato de reaseguro respecto del cual nunca se verificó el siniestro y ya es cierto que dicho siniestro no se verificará. En ese caso la condición suspensiva de la obligación del Reasegurador se encontrará fallida, pero

¹⁴⁸ Alessandri, Somarriva & Vodanovic, 2016, Ob. Cit., p.226.

¹⁴⁹ Por lo demás, como se indica en Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.6, Paras.58-59, existen condiciones precedentes a la existencia del contrato y condiciones precedentes a la responsabilidad del Reasegurador. Estas últimas son las que interesan en este trabajo.

¹⁵⁰ El artículo 521 del CCom establece como requisito esencial del contrato de seguro la obligación condicional del asegurador de indemnizar. Como dijimos anteriormente, el reaseguro tiene la naturaleza jurídica de un seguro, por lo que en lo no regulado específicamente para el primero resultan aplicables las normas generales del segundo. De ahí que esta obligación condicional del asegurador, en este caso Reasegurador, sea también predicable respecto del reaseguro.

eso no quiere decir que el reaseguro deba considerarse inexistente desde un principio, justamente, porque es intrínsecamente condicional al igual que el seguro.

Entendido esto, resulta claro que la CCC redactada como *condition precedent* no hace más que incorporar una condición adicional para que se genere la obligación del Reasegurador de indemnizar, que consiste en el cumplimiento de las obligaciones que la CCC impone al Reasegurado. En suma, la inexistencia de la obligación del Reasegurador consecuencia de la condición suspensiva fallida no implica la inexistencia del acto jurídico reaseguro. En este sentido, la defensa que podrá interponer el Reasegurador demandado por el Reasegurado infractora de la CCC redactada como *condition precedent* sería la inexistencia de la obligación de indemnizar, más no la inexistencia del reaseguro.

Todavía respecto de las condiciones, resulta interesante analizar si el Reasegurado puede esgrimir exitosamente una hipótesis de cumplimiento ficto de la condición, a pesar de haber infringido las obligaciones que emanan de la CCC *condition precedent*. Como sabemos, el inciso segundo del artículo 1481 CC establece que si el deudor condicional se vale de medios ilícitos para evitar que la condición suspensiva se cumpla entonces se entenderá igualmente cumplida la condición.¹⁵¹ A primera vista, nos parece que el Reasegurado puede invocar el cumplimiento ficto de la condición cuando por medios ilícitos imputables al Reasegurador este impide que el Reasegurado cumpla adecuadamente con lo establecido en una CCC redactada como *condition precedent*.

¹⁵¹ El inciso segundo del artículo 1481 CC dispone lo siguiente: “Con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida”.

En definitiva, desde el punto de vista del ordenamiento chileno, cualquiera sea el enfoque que adoptemos la solución es similar: el Reasegurador queda completamente exonerado de responsabilidad solo si la CCC fue redactada como una condición precedente a su responsabilidad. En dicho caso puede defenderse con la inexistencia de su obligación de pago por faltar una condición necesaria: el cumplimiento de la *condition precedent*. Aparece que la distinción verdaderamente decisiva es si una CCC fue redactada como *condition precedent* o no. Cuando no lo fue el incumplimiento de la CCC se enmarca en el régimen de responsabilidad contractual y en ese contexto el Reasegurador solo puede oponer la excepción de contrato no cumplido frente al Reasegurado, hasta que le pruebe su responsabilidad por el siniestro. Esta conclusión es consistente con la doctrina y jurisprudencia internacional más relevante, cosa que en definitiva debiera guiar la búsqueda de soluciones jurídicas a los problemas surgidos de las CCC.

III. Del Alcance de las Cláusulas de Cooperación y Control en la Concepción Tradicional del Reaseguro

1. Generalidades

Ahora analizaremos las consecuencias teóricas y prácticas de la presencia de este tipo de cláusulas en la perspectiva tradicional del reaseguro, particularmente a la luz de la ley chilena y teniendo en cuenta los *wordings* más comunes ya revisados.

Para ello nos referiremos al impacto de las CCC en tres aspectos fundamentales del reaseguro. En primer lugar, la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro. En segundo lugar, los principios tradicionales en materia de reaseguro. En tercer lugar, el procedimiento de liquidación de siniestros. Luego, para concluir esta sección sobre la injerencia de las CCC en la concepción tradicional del reaseguro, estudiaremos la llamada cláusula “Z” o de provisión de fondos, que no es más que una consecuencia inevitable de su aparición.

De aquí en adelante utilizaremos la conocida distinción acuñada por Gerathewohl entre el contrato con cláusulas de cooperación y/o de control de siniestros y el que no las contempla. El primero se denomina “reaseguro amplio” y el segundo “reaseguro normal o tradicional”.¹⁵²

¹⁵² Gerathewohl, Klaus. (1993). *Reaseguro, teoría y práctica*. Reaseguros Gil y Carvajal S.A. España, pp.437-438.

2. Impacto en la naturaleza jurídica del reaseguro. Consideraciones en relación con otros contratos

Dijimos que la naturaleza del contrato de reaseguro es la de un contrato de seguro, y entre estos, un seguro de daños patrimoniales. Un seguro mediante el cual se asegura la eventual aparición de un débito en el patrimonio del Reasegurado. Esto parece bastante zanjado en nuestro ordenamiento jurídico dada su ubicación en la Sección Segunda del Título VIII del Libro II del CCom, que se dedica a regular este tipo de seguros, la forma en que se define el reaseguro y el resto de las razones que ya expusimos al inicio de este trabajo. Por lo demás, reiteramos, todas las teorías que asociaban al reaseguro con otras figuras jurídicas fueron rápidamente superadas por su inconsistencia con los principios tradicionales de este contrato.

Vimos también cómo la inserción de CCC cambia la dinámica del reaseguro con una magnitud considerable, entonces ahora resulta pertinente preguntarse si seguimos frente a un contrato de reaseguro o no. En otras palabras, las desechadas teorías sobre la naturaleza jurídica del reaseguro que lo asimilaban a una sociedad o a una asociación vuelven a estar sobre la palestra luego de la masificación de las CCC, porque introducen elementos claramente asociativos en la relación entre Reasegurado y Reasegurador.

¿En qué casos puede afirmarse que cambia la naturaleza jurídica del reaseguro? ¿Habría que distinguir entre cláusula de cooperación y de control? ¿Cuál es finalmente la naturaleza del reaseguro amplio? Estas son algunas de las interrogantes que intentaremos aclarar a continuación. Otro punto interesante es evaluar si el reaseguro amplio se transforma en otra figura jurídica, o bien, si es que además de la relación de reaseguro surge otro vínculo contractual paralelo que no necesariamente acaba con la relación original.

La doctrina ha planteado dos posturas acerca de la naturaleza jurídica del reaseguro amplio: por un lado, que se transforma en una figura societaria, por otro, que se transforma en un contrato de colaboración empresarial.¹⁵³

La calificación del reaseguro amplio es relevante porque determina la legislación supletoria. Si concluimos que el reaseguro amplio es un contrato de sociedad entonces resultan aplicables las normas que regulan esa institución, dependiendo del tipo de sociedad que configure. Si consideramos que es un contrato de colaboración empresarial entonces habrá que estar a las normas que regulen ese contrato.¹⁵⁴

2.1. ¿Sociedad?

Normalmente se descarta de plano que el reaseguro tradicional pueda constituir una sociedad ya que le faltarían todos sus elementos esenciales: el aporte, el ánimo y la repartición de utilidades y pérdidas.¹⁵⁵ Sin embargo, como ya quedó claro, entre el reaseguro tradicional y el amplio hay diferencias abismales, razón por la cual es válido cuestionarse la naturaleza jurídica de este último.

El artículo 2053 CC define la sociedad como “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”. Sus elementos esenciales son el aporte, la repartición de ganancias y pérdidas y la *affectio societatis*.¹⁵⁶

¹⁵³ Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., p.63; Gerathewohl, 1993, Ob. Cit., pp.437-438 y; Stempel, Swisher & Knutsen, 2012, Ob. Cit., p.1505.

¹⁵⁴ En el caso chileno, creemos que estas normas son las relativas al contrato de asociación o cuentas en participación.

¹⁵⁵ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.646.

¹⁵⁶ Guerrero, Roberto & Zegers, Matías. (2014). Manual sobre Derecho de Sociedades. Ediciones UC, Santiago de Chile, pp.97-98.

Teniendo en cuenta esta definición y sus elementos esenciales, la verdad es que no nos parece alocado afirmar que la relación entre Reasegurado y Reasegurador, cuando este último tiene facultades que le permiten controlar el siniestro y en definitiva determinar si es que hay cobertura, existe una relación con características similares a las de una sociedad. Hay, evidentemente como señala Gerathewohl, “una comunidad de intereses económicos entre ambos pues se necesitan mutuamente para obtener un beneficio”.¹⁵⁷ Es más, según el mismo autor, un contrato de reaseguro amplio constituye al mismo tiempo un contrato de seguro y un contrato de sociedad, es decir genera una relación jurídica paralela.¹⁵⁸ En consecuencia, la relación entre Reasegurado y Reasegurador quedaría regulada por dos estatutos distintos.

Ahora bien, creemos que si el Reasegurador solamente tiene facultades de cooperación con el Reasegurado en la liquidación del siniestro es más complicado afirmar una verdadera comunidad de intereses que acerque la figura a una sociedad. En este mismo sentido se manifiesta Gerathewohl, quien distingue entre las cláusulas de cooperación y control para efectos de analizar la naturaleza jurídica del reaseguro amplio.¹⁵⁹ Esto se explicaría porque las facultades de cooperación bien podrían entenderse como pertenecientes a la naturaleza de un contrato de reaseguro, ya que en atención a la máxima buena fe el Reasegurado siempre debe tener en cuenta y consultar el interés y la opinión del Reasegurador.

¹⁵⁷ Gerathewohl, 1993, Ob. Cit., pp.437-438.

¹⁵⁸ Gerathewohl, 1993, Ob. Cit., p.443.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

Habiendo establecido la eventual posibilidad de considerar que un reaseguro amplio engendra una relación asociativa paralela entre Reasegurado y Reasegurador, se hace necesario encuadrarla en alguna de las figuras societarias reguladas por nuestro ordenamiento jurídico. Claramente se trata de una sociedad mercantil, porque de acuerdo con el artículo 3 N°9 del CCom el comercio de seguros siempre tiene por objeto actos de comercio, y siempre las partes del reaseguro serán empresas cuyo objeto es la comercialización de seguros y reaseguros. En este punto hay una diferencia con el contrato de seguro, que bien puede ser comercial para una de las partes y civil para la otra.

Pero aquí se presenta un problema. En nuestro país las sociedades mercantiles son todas solemnes.¹⁶⁰ Por el contrario, el reaseguro es típicamente desformalizado y breve. En suma, es poco probable y recomendable exigir a un Reasegurador que se sujete a las formalidades propias de las sociedades mercantiles chilenas.

Luego, si consideramos que el reaseguro amplio constituye una sociedad bajo la ley chilena, esta siempre será una sociedad constituida con omisión de las formalidades legales, por tanto, una sociedad de hecho. La ley y jurisprudencia chilenas les reconocen cierta vida jurídica hasta la declaración de su nulidad o disolución, con el propósito de regular los efectos jurídicos que esta apariencia produce entre los socios y ante terceros.¹⁶¹ Las reglas aplicables a esta sociedad de hecho entre Reasegurado y Reasegurador son las del Párrafo Primero del Título VII del CCom. Sencillamente porque la relación de confianza entre ambos se asemeja a una sociedad colectiva mercantil.

¹⁶⁰ Guerrero & Zegers, 2014, Ob. Cit., p.32.

¹⁶¹ Guerrero & Zegers, 2014, Ob. Cit., p.63.

Los incisos segundo y tercero del artículo 356 CCom regulan las consecuencias de esta sociedad de hecho entre los socios y entre la sociedad y los terceros. El inciso segundo dispone que habrá una comunidad entre los socios en caso de existir de hecho la sociedad, y que las ganancias y pérdidas se repartirán de acuerdo con lo pactado y solo subsidiariamente de acuerdo con la ley. El inciso tercero establece la responsabilidad solidaria de los socios frente a terceros cuando se haya contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho, y que los terceros podrán probar la existencia de la sociedad de hecho por cualquiera de los medios probatorios contemplados por el CCom, apreciándose la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Bastaría probar entonces que el contrato de reaseguro contiene una cláusula de control que transfiere todas las prerrogativas de la liquidación de siniestros al Reasegurador para que el juez o árbitro considere que hay en los hechos una relación societaria entre Reasegurado y Reasegurador que cabe dentro de las hipótesis de los incisos segundo y tercero del artículo 356 CCom.

Las consecuencias prácticas de una tal postura son tremendas. El Asegurado se vería muy favorecido si el reaseguro se formaliza con anterioridad al seguro directo, cuestión que es bastante usual en la práctica. De ocurrir, el Asegurado podría sostener que bajo la ley chilena existió una sociedad de hecho entre Reasegurado y Reasegurador, pudiendo valerse de todos los medios probatorios contemplados por la ley para probar esa circunstancia. Además, estaría legitimado para intentar una acción contra el Reasegurado o el Reasegurador, a su discreción y por el total de la deuda.

Frente a ello, es probable que el Reasegurador se defienda alegando que el artículo 586 CCom dispone claramente que el Asegurado no tiene una acción directa contra el Reasegurador, salvo que se establezca expresamente en el reaseguro o que el

Reasegurado le ceda sus derechos. A su vez, el Asegurado podría responder diciendo que la acción que está ejerciendo no emana del contrato de reaseguro, sino que de la sociedad de hecho existente entre Reasegurado y Reasegurador, puesto que contrató con ella, siendo ambos socios responsables solidariamente. Saltan a la vista estas interesantes interrogantes que se generan con la aceptación de la teoría de la sociedad.

Sobre la procedencia de la acción directa bajo la hipótesis de la sociedad de hecho hay razones que nos llevan a rechazar esta postura y otras a aceptarla. Primero, nos hace pensar en su rechazo la contradicción con la independencia y autonomía de los contratos. El Asegurado podría ejercer una acción directa frente al Reasegurador a pesar de la norma del 586 CCom y sin que exista una estipulación expresa en ese sentido. Sin embargo, vimos ya que este principio es cuestionable cuando hay CCC, lo que nos hace pensar en su aceptación. Por lo demás, nos parece justo que si el Reasegurador se va a ver beneficiado con estas estipulaciones, entonces debe asumir las consecuencias de su injerencia en la relación entre Asegurado y Reasegurado.

Por otro lado, los artículos 355 A y 356 CCom regulan las sanciones del incumplimiento de las formalidades entre los socios. En el primer artículo, se dispone la nulidad absoluta del contrato en que se omita cualquier formalidad distinta de la escritura pública. En el segundo artículo, se sanciona con una nulidad de pleno derecho la sociedad que no conste en escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o instrumento protocolizado. Estas potentes sanciones entre los socios hacen que la balanza se incline finalmente en contra de la hipótesis de la sociedad en el reaseguro amplio. Simplemente porque lo deja expuesto a una nulidad que produce complejos efectos retroactivos, trayendo como inevitable consecuencia la desconfianza del mercado reasegurador extranjero.

En suma, de acuerdo con la legislación comercial pertinente en nuestro país no es conveniente considerar que el contrato de reaseguro amplio genera una figura societaria entre Reasegurado y Reasegurador, pues tendrían que perfeccionar ese vínculo jurídico atendiendo las formalidades requeridas por la ley para su validez. En caso contrario, lo que ocurriría en la mayoría de los casos, la relación se encontraría regida por las normas relativas a las sociedades de hecho, que son insuficientes y contraproducentes respecto del propósito del contrato de reaseguro y el desarrollo del mercado asegurador y reasegurador chileno. Esto provocaría una rigidez insoportable en el mercado y expondría los vínculos contractuales a los desagradables efectos retroactivos de la nulidad, cuestión que afectaría la imagen que proyecta Chile como fuente de negocios de reaseguro.

El problema es que no deja de ser cierto que las CCC confieren facultades que permiten al Reasegurador intervenir fuertemente en la gestión del negocio del Reasegurado, lo que innegablemente tiene tintes de una relación asociativa societaria. Es completamente intuitivo pensar que en el reaseguro amplio las partes tienen la intención de formar una sociedad puesto que al entrar en el negocio del reaseguro saben de antemano que necesitan el uno del otro para poder alcanzar el beneficio económico esperado. Cada uno realiza distintos aportes¹⁶² a esta empresa. Por ejemplo, el Reasegurado facilita su gestión en la suscripción de riesgos adecuados y emisión de pólizas mientras que el Reasegurador puede facilitar su experiencia internacional y mayor capital para asistir a la suscripción y evaluación de riesgos, así como en la liquidación de siniestros. La comunidad de ganancias y pérdidas también dice presente, puesto que si el Reasegurado se ve en la posición de tener que pagar un siniestro cuantioso antes del tiempo esperado esto también afectará al

¹⁶² Los ejemplos de cuáles aportes hacen las partes del reaseguro amplio se extrajeron de Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., pp.68-69.

Reasegurador. Asimismo, si es que pasan 50 años antes de que tenga que pagarse un siniestro cubierto, entonces ambos sujetos se verán beneficiados por las ganancias obtenidas con la inversión de las primas en ese lapso.

Ante la sospecha de una relación asociativa entre Reasegurado y Reasegurador vale la pena analizar otra postura doctrinaria en cuanto a la naturaleza jurídica del reaseguro amplio, a saber, aquella que lo concibe como un contrato de *joint venture*.

2.2. ¿Joint Venture?

Cierta doctrina y jurisprudencia ha sostenido que el reaseguro amplio, y especialmente el que tiene una cláusula de control de siniestros, tiene la naturaleza jurídica de un *joint venture*.¹⁶³ En nuestro medio, el *joint venture* es un contrato innominado, por lo que su regulación supletoria debe buscarse en las disposiciones del contrato nominado más similar. En este caso, el contrato típico más cercano es el de asociación o cuentas en participación, regulado en los artículos 507 y siguientes del CCom y supletoriamente por las normas de las sociedades colectivas mercantiles.

En el caso *Woblers v. Bartgis*¹⁶⁴, la Corte Suprema de Nevada consideró que un corredor de seguros y una empresa aseguradora se encontraban en una relación de *joint venture* y por ello estimó que constituían una sola entidad para efectos de determinar su responsabilidad.¹⁶⁵ Aunque el caso no se refiera derechamente a un Reasegurador, el razonamiento que subyace es completamente aplicable a estos y

¹⁶³ Stempel, Swisher & Knutsen, 2012, Ob. Cit., p.1505.

¹⁶⁴ *Woblers v. Bartgis*, Corte Suprema de Nevada, 1998.

¹⁶⁵ Stempel, Swisher & Knutsen, 2012, Ob. Cit., p.1505.

otros tipos de intermediarios.¹⁶⁶ La Corte consideró los siguientes criterios para determinar que el corredor y el Asegurador estaban vinculados por un contrato de colaboración empresarial: i) si el corredor desarrollo material promocional para el Asegurador; ii) si emitió pólizas; iii) si cobró primas; iv) si percibió primas; v) si liquidó siniestros; vi) si pagó coberturas; vii) si ayudó al Reasegurado a desarrollar una línea de productos de seguro; viii) si participó de los beneficios del Reasegurado y; ix) si tuvo un interés pecuniario de mantener los costos del negocio bajos.¹⁶⁷

En un reaseguro facultativo amplio se satisfacen varios de estos criterios. El Reasegurador percibe parte de las primas del seguro como contraprestación a la asunción de riesgos (iii). El Reasegurador tiene un rol importante en la liquidación de los siniestros cubiertos por el seguro directo, más o menos relevante dependiendo de si estamos ante una cooperación o un control (v). El Reasegurador participa de los beneficios del Reasegurado, ya que cobra partes de las primas y si nunca ocurre un siniestro cubierto, o se demora en ocurrir, va a verse beneficiado al igual que el Reasegurado (viii). Y por último, el Reasegurador claramente tiene un interés pecuniario en mantener los costos del negocio de seguro lo más bajo posible. Siempre está interesado en que se paguen la menor cantidad de siniestros porque eso implica un menor desembolso de dinero (ix). En conclusión, bajo el razonamiento de la Corte Suprema de Nevada en *Woblers v. Bartgis*, la relación de reaseguro facultativo amplio bien puede considerarse un *joint venture*.

¹⁶⁶ Stempel, Swisher & Knutsen, 2012, Ob. Cit., p.1505.

¹⁶⁷ *Woblers v. Bartgis*, 1998, Paras.48-49.

Aunque este contrato no sea idéntico al contrato de asociación que regula nuestro CCom, ambos comparten la característica de ser contratos de colaboración empresarial. En nuestro país se ha dicho que existe asociación cuando dos personas se unen para la explotación de una empresa comercial, de tal modo que la explotación no tenga lugar sino bajo el nombre de uno de los asociados mientras que el otro participa por medio de una cosa que aporta, a cambio de una participación en los resultados de la empresa.¹⁶⁸ A primera vista, teniendo en cuenta la definición anterior, no nos parece alocado afirmar que el reaseguro amplio, considerado *joint venture*, se rige en nuestro país por las normas del contrato de asociación. Esto, porque al ser un contrato innominado se le aplican las normas legales del contrato típico más cercano, que creemos es precisamente el de cuentas en participación.

¿Cuáles son las consecuencias de aplicar estas normas? Primero, a diferencia de lo que ocurre con la tesis de la sociedad, no hay formalidades legales establecidas para la asociación. Este es un contrato consensual que no crea persona jurídica alguna. Segundo, el acuerdo de asociación entre las partes queda regulado por las disposiciones de la póliza de reaseguro. Tercero, el Reasegurado es la única responsable del negocio frente a terceros. Por último, entre los socios, es decir Reasegurado y Reasegurador, son aplicables las normas que regulan las relaciones intersociales en las sociedades colectivas mercantiles.

En consecuencia, si seguimos esta teoría el Asegurado solamente puede dirigirse frente al Reasegurado, a menos que exista una cláusula de atajo. Pero entre Reasegurado y Reasegurador son aplicables las normas de las sociedades colectivas mercantiles. Esto último es interesante, porque permite cuidar la posición desmejorada en que podría encontrarse el Reasegurado que queda sujeta a la voluntad

¹⁶⁸ Guerrero & Zegers, 2014, Ob. Cit., p.153.

del Reasegurador. En otras palabras, la teoría del *joint venture* permite proteger al Reasegurado, pero no al Asegurado. Ahora bien, es completamente discutible que la situación del Reasegurado sea merecedora de una protección especial. Aunque pueda ser una posición incómoda, en tanto puede eventualmente quedar atada de manos ante el Asegurado y sin obtener pronunciamiento del Reasegurador, no es menos cierto que ella aceptó la inclusión de la CCC en el reaseguro, no pudiendo después alegar porque no le parecen sus efectos.

También podría afirmarse que resulta contradictorio sostener que el reaseguro amplio es una asociación si consideramos que una de las características de esta última es que el partícipe se mantenga oculto. Muy por el contrario, es difícil que el Reasegurador se mantenga oculto ya que es él quien ejerce las facultades de control sobre la liquidación. Pero hay que hacer la siguiente precisión: no estamos afirmando que el reaseguro amplio sea una asociación, sino que es un *joint venture*, que en nuestro ordenamiento se rige supletoriamente por las normas de la asociación. De ahí que la objeción avanzada al comienzo del párrafo no se sostenga, porque las normas supletoriamente aplicables dejan de serlo si son contrarias a la propia naturaleza particular de la institución.

Lo que sí nos parece una buena razón para rechazar la teoría del *joint venture* es que esto no permite conceder ningún tipo de beneficio al Asegurado. Normalmente, discutir la naturaleza del reaseguro amplio tiene por objetivo la búsqueda de medios de acción a favor del Asegurado. De esta forma se morigera el desequilibrio que pueden generar las CCC. Entonces, si en estos casos pensar en el reaseguro amplio como una asociación no trae beneficios para el Asegurado, creemos que no debiera forzarse la interpretación, máxime si nuestro legislador optó por una teoría sobre la naturaleza del reaseguro.

3. Incidencia en la autonomía del reaseguro, la máxima buena fe y la comunidad de suerte

En una conversación con el experto don Javier Yáñez, sobre los principios de independencia y autonomía en el reaseguro, este nos dijo: “una cosa es la teoría, y otra bien distinta es la práctica”. Muchas veces la práctica puede más que la dogmática y esto es especialmente cierto en materia de seguros y reaseguros.¹⁶⁹ Como ya vimos, distintos son los principios que inspiran el Derecho de Reaseguros: la comunidad de suerte, la máxima buena fe y la independencia y autonomía del reaseguro frente al seguro. De una u otra forma, nuestro ordenamiento jurídico recoge estos principios que durante mucho tiempo fueron característicos del mercado. La independencia y autonomía se recoge expresamente por el legislador chileno, mientras que la comunidad de suerte y la máxima buena fe pueden alcanzarse a través de la relevancia que el artículo 584 CCom otorga a los usos y costumbres internacionales.

Sin embargo, este panorama cambia bruscamente con la aparición de las CCC, que afectan profundamente la dinámica tradicional del contrato de reaseguro. Luego, es necesario replantearse la vigencia de estos principios clásicos.

El primer principio que apuntamos al comienzo fue el de independencia y autonomía. Este se reitera en todas las principales obras y consiste en considerar al seguro un contrato independiente y separado del reaseguro dado que se celebran por partes distintas.

¹⁶⁹ Basta recordar lo que ocurría en el mercado chileno con el seguro de lucro cesante, que si bien estaba expresamente prohibido por el CCom se comercializaba de igual forma.

Recordemos que las consecuencias prácticas de este principio son la inexistencia de una acción directa para el Asegurado frente al Reasegurador a falta de una cláusula *cut-trough* y la imposibilidad de que el Reasegurador intervenga en la relación entre Asegurado y Asegurador. Esto es aplicación pura del principio de efecto relativo de los contratos.

Si pensamos en el reaseguro normal, en que el Reasegurador no interfiere de ninguna forma en la relación del seguro directo y en que el Reasegurado concentra todas las facultades de control de los siniestros, no se presenta ningún problema. El principio de la independencia y autonomía se entiende perfectamente porque estamos ante dos contratos distintos que no se tocan.

Pero si pensamos en el reaseguro amplio, donde el Reasegurador ejerce facultades de control o tiene derecho para cooperar en la liquidación del siniestro cubierto por el seguro, se generan dudas. Atendidos los efectos de las CCC ¿es posible seguir afirmando la vigencia de la independencia y autonomía en el reaseguro amplio? Nos parece que no.

Pero antes de replantearnos la vigencia de un principio tan arraigado como la independencia y autonomía, debemos saber cuál es el propósito u objetivo de tal esfuerzo. Este consiste en otorgar al Asegurado una acción contractual directa frente al Reasegurador, a pesar de la ausencia de una cláusula de atajo. La razón es clara. Si uno de los efectos de la independencia y autonomía resulta ignorado por las CCC en favor del Reasegurador, pues le permite intervenir en contrato ajeno, entonces ¿por qué el Asegurado debe soportar el gravamen de otro de sus efectos? En otras palabras ¿por qué si el Reasegurador puede intervenir en el seguro el Asegurado no puede ejercer una acción contractual en su contra? Quedamos en una situación en que el

Asegurado no dispone de una acción contractual directa contra el Reasegurador a pesar de que este tiene un gran poder sobre la relación original de seguro. Es decir, una consecuencia de la autonomía e independencia resulta perjudicial para el Asegurado y la otra queda completamente vacía ya que el propio objetivo de las CCC la contradice. Esto termina siendo una *win-win situation* para el Reasegurador y una *lose-lose situation* para el Asegurado, situación que evoca o representa un importante desequilibrio.

Proponemos que la moderna teoría sobre contratos coligados, conexos o interdependientes, que no es más que una “relectura” del tradicional principio de efecto relativo¹⁷⁰, permite afirmar que el Asegurado puede en ciertos casos ejercer una acción contractual directa contra el Reasegurador por los incumplimientos de este último que le provoquen un daño.

El profesor López Santa María ha dicho que recientemente la doctrina, la jurisprudencia e incluso a veces el legislador, han reconocido el fenómeno de las cadenas de contratos, alejándose así de la concepción tradicional del contrato como instituto aislado.¹⁷¹ López afirma que “se admite, cada vez con menos reservas, que cuando existe un grupo de contratos caben acciones indemnizatorias, en sede contractual, dirigidas por un demandante contra un demandado que, entre ellos, no

¹⁷⁰ Pizarro, Carlos. (2007). “El efecto relativo de los contratos: Partes y Terceros”. Trabajo expuesto en el Congreso Internacional Conmemorativo del Sesquicentenario del Código de Bello. pp.1-14. Este autor propone una reinterpretación del artículo 1545 CC que trae como consecuencia un nuevo entendimiento de la fuerza obligatoria de los contratos y su efecto relativo. Según Pizarro, en dicho artículo no se recoge el dogma de la autonomía de la voluntad. Aquella afirmación sería producto de un error de interpretación histórico. Entonces, para definir por qué obligan y a quiénes obligan los contratos, no solamente debe atenderse a quienes concurrieron con su voluntad en la formación, sino que además debe revisarse la etapa de ejecución del contrato.

¹⁷¹ López, Jorge. (1998). “Las cadenas de contratos o contratos coligados”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XIX), Valparaíso, pp.159-166.

celebraron contrato alguno”.¹⁷² Según el mismo autor, aceptar este fenómeno implica “una suerte de abandono o sustitución de los marcos que encuadran la institución del efecto relativo, para situar el análisis jurídico a otra altura, menos dogmática y más realista”.¹⁷³ Eso es precisamente lo que creemos debe ocurrir en el caso del contrato de reaseguro amplio: hay que situar el análisis en la realidad y no tanto en la dogmática del efecto relativo de los contratos y de los principios tradicionales del reaseguro.

Para esta investigación, definimos la teoría de los contratos coligados o conexos¹⁷⁴ como una construcción que, mediante la superación del tradicional efecto relativo de los contratos, reconoce la vinculación fáctica o económica entre dos contratos distintos, permitiendo en consecuencia otorgar al acreedor de uno de los contratos una acción contractual directa frente al deudor de su deudor, a pesar de que entre ambos no exista vínculo contractual alguno.¹⁷⁵

¹⁷² López, 1998, Ob. Cit., pp.161-162.

¹⁷³ López, 1986, Ob. Cit., p.261.

¹⁷⁴ En Italia esto se llama *Il collegamento negoziale*, y en Francia *les groupes de contrats*.

¹⁷⁵ Otra arista importante de la teoría de los contratos conexos es la relativa a las sanciones de ineficacia que afectan a uno de los contratos y sus repercusiones en los otros, pero como excede el propósito de este trabajo, no se abordará. Al respecto véase: Pizarro, Carlos. (2005). “La interdependencia de contratos que forman un mismo grupo contractual en el derecho francés”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(2), Bogotá, pp.66-74.

Para demostrar la aplicabilidad de esta teoría primero debemos comprobar que los contratos de seguro y de reaseguro amplio son contratos conexos, interdependientes o coligados. La profesora Ana María López Frías, en su famosa tesis doctoral del año 1992, afirma que:

“se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”.¹⁷⁶

La misma autora apunta que la conexión contractual tiene ciertos requisitos mínimos, de manera que puedan excluirse ciertas situaciones de la aplicación de esta teoría y sus consecuencias. Estos requisitos elementales son “la pluralidad de contratos” y “el nexo funcional entre ellos”.¹⁷⁷

Atendida la definición de un contrato conexo y sus requisitos mínimos podemos concluir que el seguro y reaseguro amplio son contratos conexos. Hay pluralidad de contratos, sobre ello no hay duda alguna. Lo que merece mayor atención es el nexo funcional. ¿Hay un nexo funcional entre seguro y reaseguro?

¹⁷⁶ López, Ana. (1992). *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, p.402.

¹⁷⁷ López, 1992, Ob. Cit., p.397.

Profundizando en este concepto López Frías señala que:

“habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse”.¹⁷⁸

Atendida esta explicación, no nos queda más que concluir que el seguro y reaseguro amplio evidencian este vínculo o nexo funcional. Precisamente, porque de no considerarlos vinculados entonces queda sin sentido la operación económico-jurídica que busca concretarse mediante ellos. Toda la operación parte de la necesidad que el Asegurado tiene de cubrirse respecto de un riesgo. Una vez transferido ese riesgo al Reasegurado, esta también necesita protección ante la materialización de ese mismo riesgo probablemente por su gran cuantía, y en consecuencia vuelve a transferir todo o parte del riesgo al Reasegurador. Ese interés del Asegurado no puede verse sacrificado por la independencia y autonomía de los contratos, ya que de otra forma la operación carecería de sentido. Y ocurre que esto podría ocurrir si se niega la posibilidad de una acción directa de forma absoluta.

En la hipótesis específica de reaseguro amplio este entramado contractual tiene una peculiaridad, y es que el Reasegurador será quien controle el procedimiento de liquidación, que como sabemos, termina por definir si hay que pagar o no. Como se ve, toda la estructura contractual tiene un mismo propósito, cubrir las consecuencias económicas de la materialización de un mismo riesgo. En este sentido, no deben

¹⁷⁸ López, 1992, Ob. Cit., pp.405-406.

entenderse jurídicamente independientes estos contratos porque de lo contrario podrían ocurrir casos en que el Asegurado vería lesionado su derecho de crédito sin contar con medio alguno para exigir la satisfacción de su pretensión, a pesar de tener derecho a ella.

Pensemos en la ocurrencia de un siniestro evidentemente cubierto por el seguro directo. El Asegurado tiene derecho a que le paguen la cobertura. El Reasegurador se propone discutir esa cobertura e incita al liquidador a que emita un informe desfavorable. El Reasegurado cae en insolvencia o bien no quiere cederle su acción al Asegurado y tampoco hay una cláusula de atajo. ¿Cómo hace el Asegurado para exigir el pago de la cobertura? No tiene ningún medio si aplicamos a rajatabla el principio de independencia y autonomía. En consecuencia, el Asegurado queda en una situación de completa desprotección, lo que basta para realizar un juicio de valor respecto a si deben o no entenderse relacionados los contratos.¹⁷⁹

Pensemos ahora en una hipótesis de *fronting*. La totalidad o casi la totalidad del riesgo se transfiere al Reasegurador quien controlará toda la liquidación del siniestro. En estos casos es frecuente que el Asegurado negocie y trate directamente con el Reasegurador previo a la celebración del seguro estableciéndose evidentemente una relación entre ellos, pero que a la vista de la independencia y autonomía de los contratos no produce ningún efecto jurídico. Creemos que llevar los principios al extremo de ignorar la realidad es una exageración que debe ser confrontada, de manera que se reconozca jurídicamente el vínculo entre Asegurado y Reasegurador, dotando al primero de una acción en sede contractual.

¹⁷⁹ En esta misma línea, López, 1992, Ob. Cit., p.406 (“Tal razonamiento comporta, ciertamente, un juicio de valor (los contratos deben entenderse relacionados). Pero un juicio de valor que (...) se justifica, en última instancia, en atención a que la autonomía de los contratos puede producir consecuencias jurídicas contrarias a la intención de las partes y puede situar a alguno de los contratantes en una posición de especial desprotección”).

Como vimos, de acuerdo con un concepto general de conexión contractual es posible afirmar que el seguro y el reaseguro amplio son contratos conexos, resultando de aplicación la teoría de contratos coligados o conexos. De ahí que procedan las consecuencias jurídicas de esta teoría, todas de suma relevancia práctica: la ineficacia de uno de los contratos afecta al otro y los contratantes extremos, a pesar de no haber contratado entre ellos, pueden accionar directamente entre sí en sede contractual.

En conclusión, de acuerdo con la teoría de contratos coligados, en una hipótesis de reaseguro amplio el Asegurado puede invocar una acción contractual directa frente al Reasegurador, cuando este con su incumplimiento le genere un daño. La independencia y autonomía de los contratos se ve tan menoscabada como principio con la aparición de las CCC que ya no tiene fuerza suficiente para ignorar la realidad y soportar la teoría de los contratos coligados.

Ante tal afirmación, a todas luces rupturista e innovadora, cualquiera invocaría como contraargumento la norma del artículo 586 CCom que descarta expresamente la hipótesis de acción directa a falta de estipulación expresa en contrario. Además, esta norma es de carácter imperativo según lo dispone el 587 CCom. No obstante, nosotros creemos que puede interpretarse de una manera que permita concebir una acción contractual a favor del Asegurado.

En primer lugar, conviene reflexionar sobre el alcance de la imperatividad que el artículo 587 otorga al artículo 586. El primero dispone que las normas de los dos artículos que le preceden son imperativas. No obstante, el mismo artículo 586 contempla la posibilidad de que las partes del reaseguro pacten una acción directa. De inmediato, esto nos permite concluir que, aunque el artículo 586 sea una norma imperativa, no es una norma de orden público, dado que la ley permite a las partes

estipular justo lo contrario. En otras palabras, al legislador no le importa tanto que exista una acción contractual directa a favor del Asegurado. Lo que sí preocupa al legislador es que el Asegurado quede en una situación de desprotección, concretamente cuando su Asegurador se niega a pagarle bajo el pretexto de tener que cobrar al Reasegurador. Esto es lo que explica la imperatividad del artículo 586, no así la protección de la independencia y autonomía. Por ello, el resultado de nuestro razonamiento sobre los contratos conexos, el reaseguro amplio y la acción directa, no resulta inconsistente con este objetivo subyacente del legislador en orden a proteger al eslabón más débil de la cadena contractual.

Pero esto no es suficiente para superar la objeción del artículo 586. Sigue siendo una norma imperativa respecto de la cual las partes no manifestaron voluntad contraria. Esto nos obliga a seguir interpretando el artículo en cuestión para determinar si existe la posibilidad de entenderlo de una manera armónica con la hipótesis que planteamos. Estamos convencidos de que es posible.

El artículo 586 CCom se refiere a una acción directa para exigir los pagos debidos al Asegurado en virtud del seguro directo. Es decir, se refiere al cumplimiento en naturaleza de la obligación emanada del seguro, esto es, a una pretensión de cumplimiento. Es lógico que el Asegurado no pueda forzar al Reasegurador a cumplir en naturaleza con la prestación, porque el Reasegurador no se comprometió frente al Asegurado a pagarle la cobertura, sino que se comprometió frente al Reasegurado. No es oponible al Reasegurador el cumplimiento en naturaleza de un contrato que no suscribió.

Pero dicha pretensión de cumplimiento es distinta de la acción resarcitoria de perjuicios que sostenemos puede intentar el Asegurado frente al Reasegurador. Si este último puede intervenir en la liquidación, etapa esencial en la vida del seguro directo, interfiriendo en un contrato ajeno ¿por qué no podría el Asegurado demandar la indemnización de los perjuicios causados por la intervención del Reasegurador? Ya no sería una acción directa de cobro, sino que una acción resarcitoria de los perjuicios, que tiene una naturaleza diferente.

En suma, la inexistencia de una pretensión de cumplimiento sí puede explicarse por la independencia y autonomía de los contratos, ya que el único obligado a satisfacer esa prestación *in natura* es el Asegurador. Pero si es que la conducta del Reasegurador genera un perjuicio al Asegurado, por ejemplo, porque convence al liquidador de no pagar la cobertura o demora excesivamente el ajuste del siniestro, la independencia y autonomía no tiene la fuerza suficiente para negar que el Asegurado tenga una acción indemnizatoria de naturaleza contractual contra el Reasegurador.

Consideramos además que la solución de entregar una acción directa y contractual a favor del Asegurado en los casos de reaseguro amplio no contradice tan profundamente el artículo 586 CCom. Este tiene dos objetivos claros: por un lado, consagrar la autonomía de los contratos de reaseguro y seguro, y por otro, proteger al Asegurado pues ordena que en ningún caso se exonera al Asegurador del pago. El primero de sus objetivos es completamente obviado por los efectos de las CCC, que destruyen la independencia y autonomía. Entonces ¿por qué no podría sostenerse la teoría de la acción directa? Esta favorece al Asegurado y resulta de un reconocimiento de la realidad práctica. Si es que ya aceptamos la validez de las CCC, incluso existiendo los artículos 585 y 586 CCom deberíamos aceptar la posibilidad de interpretar esta norma de manera flexible.

A mayor abundamiento, esta interpretación del artículo 586 se condice con las normas sobre interpretación de ley que consagra nuestro CC. La correcta aplicación de los artículos 19, 22 y 24 CC nos lleva a considerar que es jurídicamente posible interpretar el 586 CCom de la manera que proponemos. Consideramos que el artículo 19 debe entenderse como dando prevalencia al claro sentido u objetivo de la ley antes que a su tenor literal. El propósito del artículo 586 es, muy evidentemente, proteger al Asegurado de los abusos que pueda sufrir en el contexto de un reaseguro. Situación de desprotección que se ve empeorada en el caso del reaseguro amplio. Nuestra interpretación es respetuosa de dicho objetivo fundamental. Luego, es aceptable según el artículo 19 CC. El artículo 22 CC contempla los criterios de interpretación lógico y sistemático, que sencillamente permiten tener en cuenta el contexto legislativo para interpretar las normas. En ese sentido, la interpretación del 586 CCom debe hacerse teniendo a la vista el resto de las normas que regulan el contrato de seguro en el CCom y en otros cuerpos normativos. La conclusión generalizada es que esta normativa es eminentemente protectora del Asegurado. Por lo que, nuevamente, debe tenerse en cuenta ese propósito de la legislación. Nuestra interpretación busca garantizar dicho objetivo. Por ende, es también aceptable de acuerdo con el artículo 22 CC. Por último, el artículo 24 CC establece que, a falta de aplicación de las otras normas, la ley se interpretará de acuerdo con el espíritu general de la legislación y la equidad natural. Primero, creemos que estas guías interpretativas son sumamente relevantes y en ningún caso pueden tener una aplicación exclusivamente supletoria al resto de las normas interpretativas. Segundo, no puede ser más evidente que la interpretación propuesta del 586 CCom está conforme a las directrices del espíritu general de la ley chilena y la equidad natural, por las razones que ya hemos expuesto.

Es interesante ver que en otros países se ha considerado positivamente una teoría como esta. Por ejemplo, en Argentina¹⁸⁰ se ha defendido con éxito la hipótesis que venimos comentado, a pesar de la existencia de una norma muy similar a nuestro artículo 586 CCom.¹⁸¹ No obstante, dicho ordenamiento jurídico contempla una regulación de la figura de contratos conexos¹⁸², cuestión que no existe en nuestro país y que creemos resulta determinante para el éxito de la propuesta.

Llegado este punto cabe preguntarse lo siguiente: ¿por qué tanto esfuerzo por conceder al Asegurado una acción en sede contractual? Evidentemente, el Asegurado puede demandar al Reasegurador por su responsabilidad civil extracontractual, no se necesita para ello que exista vínculo contractual alguno. ¿Por qué esa acción no es suficiente o conveniente? ¿Qué justifica que el Asegurado pueda esgrimir una acción contractual frente a un tercero con el que no contrató?

Es sabido que los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual tienen grandes diferencias.¹⁸³ En consecuencia, no es baladí determinar que un sujeto tiene acción en sede contractual en vez de extracontractual. En el caso del Asegurado es fundamental otorgarle una acción de naturaleza contractual, por las razones que expondremos a continuación.

¹⁸⁰ Este antecedente se lo agradecemos al reconocido abogado argentino don Waldo Sobrino, especialista en la materia que nos ocupa. Es más, dicho autor, en Sobrino, Waldo. (2018). *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Buenos Aires, defiende la idea de una “cláusula *cut through* fáctica o tácita” cuando hay un reaseguro con cláusulas de control de siniestros.

¹⁸¹ Se trata del artículo 160 de la Ley N°17.418 de Seguros de Argentina.

¹⁸² Se trata de los artículos 1073, 1074 y 1075 del Código Civil y Comercial Argentino.

¹⁸³ Para un análisis detallado de las diferencias tradicionales entre responsabilidad contractual y extracontractual, así como de su desarrollo moderno y críticas, véase: Barros, Enrique. (2005). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.975-1000.

En primer lugar, otorgar una acción contractual directa evita que el demandante tenga que dirigirse a su contratante inmediato permitiendo el ahorro de una cadena de demandas que no hacen más que desgastar el aparato jurisdiccional.¹⁸⁴ En segundo lugar, aplicar el estatuto extracontractual implicaría defraudar las previsiones contractuales del demandado, el deudor extremo, y permite al demandante desconocer el contenido del contrato que suscribió el demandado.¹⁸⁵ La acción extracontractual defraudaría las expectativas contractuales del Reasegurador y permitiría al Asegurado ignorar las disposiciones del reaseguro. Es decir, concebir una acción contractual directa no solamente favorece al Asegurado, sino que también al Reasegurador pues protege sus expectativas. Esto es así porque si el Asegurado demanda en sede contractual deberá hacerlo invocando la convención suscrita por el Reasegurador, entonces el régimen de responsabilidad a que este último se somete es siempre el mismo, sea frente al Reasegurado o el Asegurado. Lo anterior provee una razón adicional para aceptar la acción contractual directa.

En suma, cada vez que el contrato de seguro celebrado entre Asegurado y Asegurador permita la celebración de un contrato de reaseguro entre Asegurador y Reasegurador, el perjuicio que sufre el Asegurado en razón del incumplimiento de la obligación del Reasegurador frente al Asegurador debe ser reparado según las reglas contractuales que rigen entre Asegurador y Reasegurador. La víctima, el Asegurado, solo resulta dañado en razón de su calidad de acreedor en un contrato de seguro que lo une con el acreedor de la obligación incumplida, y ese perjuicio resulta del incumplimiento del deudor de su deudor, esto es, el Reasegurador.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Pizarro, 2007, Ob. Cit., p.12.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Esto es una adaptación de un ejemplo de Larroumet, Christian. (1998). *Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile.

Recapitulando, para concluir este capítulo dedicado a replantearse la vigencia de la independencia y autonomía del reaseguro luego de la masificación de las CCC, podemos sostener que la realidad económico-jurídica creada por las facultades de control del Reasegurador sobre el siniestro permite aplicar la teoría de los contratos conexos, y, en consecuencia, defender la existencia de una acción de naturaleza contractual indemnizatoria a favor del Asegurado.

La máxima buena fe siempre ha sido una de las notas distintivas del mercado reasegurador. Pero si la aparición de las CCC se explica, entre otras razones, por la pérdida de confianza entre Reasegurado y Reasegurador. Entonces ¿es posible seguir hablando de máxima buena fe entre las partes del reaseguro amplio? Además, considerando que las CCC anulan o dejan sin efecto a la comunidad de suerte, principio estrechamente vinculado con la máxima buena fe, ¿podemos seguir afirmando la vigencia de este último? Nuevamente, es complicado afirmarlo sin reparos.¹⁸⁷

Como ya explicamos, la máxima buena fe impone un estándar de conducta más estricto en atención a las particularidades de la relación entre Reasegurado y Reasegurador y en consideración de las necesidades propias del mercado. Esta relación contractual debe construirse, para el buen funcionamiento del negocio, a partir de la plena confianza entre las partes y aquello justifica que estas deban desplegar una conducta especialmente diligente. Para confiar a ciegas en el otro tengo que saber de antemano que se comportará según un estándar de conducta riguroso.

¹⁸⁷ Existe un artículo escrito en el año 1994 cuyo título es muy revelador de la problemática que estamos planteando, aunque no se refiera a las cláusulas de cooperación y control de siniestros. Se trata de Cohen, Deborah; DeMasi, Timothy & Krauss, Aaron. (1994). “Uberrimae fidei and Reinsurance Rescission: Does a gentlemen’s agreement have a place in today’s commercial market?”. *Tort & Insurance Law Journal*, 29(3), Estados Unidos, pp.602-622.

Algunos podrán sostener que la relación entre Reasegurado y Reasegurador debe tener esa característica, de plena confianza, para que se explique la imposición de un tal estándar. Luego, si esa distinción se pierde o se hace menos clara, entonces es necesario preguntarse si acaso sigue plenamente vigente o no la máxima buena fe.

Tenemos entonces dos opciones. Una es afirmar que la máxima buena fe ya no puede ser considerada un principio esencial del reaseguro, opinión que nos preocupa y abordaremos con cautela. Otra, que esperamos sea a la que arribemos lógicamente, importa sostener y justificar la vigencia de este principio.

Sobre la primera opción, en realidad es razonable considerar que dada la pérdida de confianza entre las partes, transformándose el vínculo en uno impersonal, no hay razones para mantener este deber de máxima buena fe.¹⁸⁸ Esta es la consecuencia a la que inevitablemente debiéramos llegar si consideramos que la máxima buena fe en el reaseguro emana del elemento fiduciario presente en la relación. Esta conclusión parece alcanzar Noussia cuando señala que, atendidos los cambios del mercado reasegurador, caracterizar la relación de reaseguro como una de máxima buena fe ya no es acertado.¹⁸⁹ Nosotros discrepamos. La máxima buena fe sigue vigente. Esto, porque la pérdida de confianza no implica una decadencia del principio. Insistimos, la máxima buena fe viene impuesta por las particularidades del mercado reasegurador. Para que funcione bien las partes deben estar dispuestas a confiar plenamente en su contraparte y esto se logra solo si las partes conocen de antemano que la contraparte estará sujeta a un estándar de conducta especialmente estricto.

¹⁸⁸ Recordemos que una de las razones que se han presentado para explicar la aparición de las cláusulas de cooperación y control de siniestros fue la pérdida de confianza entre Reasegurado y Reasegurador.

¹⁸⁹ Noussia, Kyriaki. (2013). *Reinsurance Arbitrations*. Editorial Springer, p.87.

En otras palabras, la máxima buena fe no se explica por la confianza entre las partes, sino que esta última es consecuencia de la vigencia del principio. Lo que explica y exige la máxima buena fe es la fisionomía del contrato y del mercado, no la confianza entre las partes. Esta es el resultado de la vigencia de la máxima buena fe. De ahí que, aunque la confianza entre Reasegurado y Reasegurador se haya perdido en el camino, dando lugar a las CCC como medio de protección del Reasegurador, la máxima buena fe siga completamente vigente, ya que sigue siendo un requisito elemental para el correcto funcionamiento de la industria aseguradora.

Además, de otra forma no se entendería por qué los PRICL dedican tantos comentarios y ejemplos al principio de máxima buena fe, detallando sus límites, alcances, características y fundamentos.

A mayor abundamiento, como nos enseña Thomas, generalmente las cortes estadounidenses sostienen que el deber de máxima buena fe entre Reasegurado y Reasegurador en el reaseguro facultativo no emana de la relación fiduciaria entre ambos, porque no reviste dicha característica.¹⁹⁰ Entonces, si la máxima buena fe no está necesariamente vinculada en su origen con la confianza entre las partes, la pérdida de ésta última no implica la desaparición de la primera.

En conclusión, el principio de máxima buena fe no se ve alterado por el impacto de las CCC en su estructura tradicional, en cuanto el hecho que estas estipulaciones revelen una pérdida de confianza no implica que el mercado pueda prescindir de la máxima buena fe para su correcto funcionamiento.

¹⁹⁰ Thomas, 1999, Ob. Cit., p.104. El autor cita los fallos *Christiania v. GAI*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 1992 y *Surplus v. Fireman's*, Corte del Distrito Norte de Illinois, 1989.

Vimos ya que la comunidad de suerte es un principio tradicional del reaseguro profundamente arraigado en la doctrina y jurisprudencia internacional, que alcanza incluso la categoría de elemento de la naturaleza y emana de las necesidades prácticas del mercado. Algunas de sus implicancias prácticas son que el Reasegurado ejerce exclusivamente la gestión del seguro en todas sus etapas y que luego de pagar una cobertura no deberá probarle al Reasegurador que el siniestro está cubierto, debiendo este aceptar el pago sin más.

Las CCC contradicen abiertamente todo lo anterior. Difícilmente encontraremos opositores a dicha afirmación, por más tajante que sea. Justamente, estas estipulaciones se introducen para anular la comunidad de suerte y proteger los intereses del Reasegurador en casos donde su patrimonio está muy comprometido. En esta línea, se ha escrito que las CCC son “la negación y antítesis del principio *follow the fortunes*”.¹⁹¹

Entonces ¿podemos seguir hablando de la comunidad de suerte como principio fundamental en el reaseguro amplio? Parece complicado, ya que el Reasegurador no tendrá que seguir ninguna suerte, muy por el contrario, él se construirá su propia suerte.¹⁹² De ahí que se haga necesario replantearse su vigencia y cuestionarse ¿qué ocurre con la comunidad de suerte cuando hay CCC?

¹⁹¹ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.700.

¹⁹² En realidad, lo que definirá el Reasegurador, es si decide o no pagar la cobertura, cuestión que determina la eventual litigación. Quien tendrá la última palabra acerca de la liquidación es el liquidador, sea que el Reasegurado efectúe esta labor directamente o el liquidador registrado, ambos están obligados a observar en su conducta un estándar de independencia, imparcialidad y sujeción a criterios técnicos. Incluso, podemos ir más allá y afirmar que, quien define la suerte, en último término siempre es el tribunal, sea ordinario o arbitral, porque solo éste tiene la facultad de decidir cuál es el derecho.

Existe un caso inglés icónico cuyo análisis es imprescindible para abordar la temática de la comunidad de suerte en relación con la cooperación y el control de los siniestros. Se trata del caso *ICA v. Scor*.¹⁹³ En este caso, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales sostuvo que una cláusula de seguimiento de los acuerdos (que en este trabajo se asimila a la comunidad de suerte) revela que el Reasegurador confía en el Reasegurado y por ello se compromete a pagarle por los acuerdos de pago que esta emita junto a su Asegurado, a menos que el Reasegurador pueda probar que el Reasegurado infringió la máxima buena fe, incurrió en una conducta que no se ajusta al estándar comercial o que el siniestro no está cubierto en el reaseguro.¹⁹⁴ Como resultado, el Reasegurado no está obligada a probarle al Reasegurador su responsabilidad bajo el seguro directo para que este le pague.¹⁹⁵

¹⁹³ *ICA v. Scor*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1985. Lamentablemente no pudimos encontrar el texto de la sentencia original, por lo que nos remitiremos a la relación de hechos efectuada en Contreras, 2020, Ob. Cit., p.687, nota al pie N°966. La controversia giró en torno a un contrato de reaseguro celebrado entre *Insurance Company of Africa* (en adelante “ICA”) y *Scor (UK)* (en adelante “Scor”). El contrato tenía una cláusula que consagraba expresamente el seguimiento de los acuerdos (que en Inglaterra produce efectos idénticos a la comunidad de suerte) y también una cláusula que exigía el consentimiento previo de Scor para que ICA pudiera adoptar decisiones relacionadas con la liquidación del siniestro. La empresa reasegurada, ICA, designó al único liquidador del lugar donde ocurrió el siniestro, sin consultar a Scor. El liquidador emitió un informe a favor de la cobertura. Luego, ICA fue condenada judicialmente frente al asegurado directo. Cuando ICA solicitó el recupero a Scor este lo rechazó, puesto que ICA habría infringido la cláusula de control y cooperación de siniestros. Frente a esta negativa ICA demandó a Scor el pago del reaseguro.

¹⁹⁴ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.3.

¹⁹⁵ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.68. Citando los casos *ICA v. Scor* y *Hill v. M&G*, Casa de los Lores, 1996.

No obstante, la Corte consideró que una cláusula de cooperación que exigía el consentimiento de Scor para que ICA pudiera pagar o transigir respecto del pago de la cobertura, destruía la comunidad de suerte y el seguimiento de los acuerdos.¹⁹⁶ En efecto, además de la cláusula de seguimiento de los acuerdos, en este caso el reaseguro contenía también la siguiente cláusula de cooperación de siniestros:

“Es una condición precedente a la responsabilidad, que todos los reclamos sean notificados inmediatamente a los suscriptores de esta póliza y que el reasegurado, para poder llegar a un acuerdo o pagar cualquier reclamo al asegurado, debe cooperar con los reaseguradores; y ningún acuerdo ni pago podrán efectuarse sin la aprobación de los suscriptores de esta póliza”.¹⁹⁷

La Corte interpretó esta cláusula en dos partes, con el punto y coma como punto de diferenciación. La primera parte establecía un deber de notificación como condición previa a la responsabilidad de Scor. La segunda parte exigía el consentimiento de Scor para que ICA pudiera pagar o transigir, pero no como una condición precedente a la responsabilidad. A partir de esta distinción, la Corte condenó a Scor a pesar del incumplimiento de la CCC por parte de ICA, ya que la parte de la cláusula que infringió no era una condición precedente, lo que le permitía probar su responsabilidad frente al Asegurado para luego cobrar el reaseguro a Scor, cuestión que logró.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.110. En el mismo sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales en el caso *Eagle Star v. Cresswell* de 2004.

¹⁹⁷ Contreras, 2020, Ob. Cit., p.702. Lo destacado es nuestro.

¹⁹⁸ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.106.

En relación con el juego entre comunidad de suerte, seguimiento de los acuerdos y CCC ¿qué conclusiones nos permite extraer esta decisión? Primero, permite confirmar que la presencia de una CCC deja sin efecto el principio de comunidad de suerte o seguimiento de los acuerdos.¹⁹⁹ No hay que confundirse, en este caso el Reasegurado logró una sentencia favorable pero no porque haya podido invocar la comunidad de suerte, sino porque pudo probar su responsabilidad ante el Asegurado, carga que no hubiese tenido que cumplir de haber comunidad de suerte o de acuerdos. Segundo, que la manera en que se redacta una CCC es de trascendental importancia. Si se hubiera dicho claramente que su cumplimiento íntegro era condición previa a la responsabilidad de Scor, entonces probablemente se lo hubiera absuelto. La redacción imprecisa deja espacio a la Corte para interpretarla de manera que ICA pudiera probar su responsabilidad bajo el seguro para luego cobrarle a Scor.²⁰⁰

Ahora bien, dada la importancia histórica del principio de comunidad de suerte, que llegó al punto de ser considerado un elemento de la naturaleza del reaseguro, es obligatorio preguntarnos si es que esto es tan absoluto. Es decir, si es que en todo caso en que exista una CCC la comunidad de suerte se verá superada y en consecuencia el Reasegurado deberá probar su responsabilidad para cobrarle al Reasegurador.

¹⁹⁹ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.111. A pesar de lo anterior, la autora indica que existe cierta doctrina minoritaria que se inclina por considerar que el factor decisivo para que se deje sin efecto la comunidad de suerte y el seguimiento de los acuerdos es que la respectiva CCC esté redactada como *condition precedent*. Lo anterior, ya que no habría realmente una contradicción entre la comunidad de suerte y acuerdos y las cláusulas de cooperación y control de siniestros que no están redactadas de esa manera. Como adherentes a esta postura menciona a John Butler, Robert Merkin, Terry O'Neill y Jan Woloniecki.

²⁰⁰ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.106.

Imaginemos un caso en que el Reasegurador hace un uso abusivo y desconsiderado de la CCC. Podríamos decir que aquello infringe su deber de máxima buena fe y por ende que no puede invocar esa cláusula como medio de defensa ante el reclamo del Reasegurado. En esa situación, entendiendo que la comunidad de suerte es un elemento de la naturaleza en el reaseguro ¿puede recobrar vigencia? ¿Puede resurgir?

En un primer momento parece que sí, dado que la comunidad de suerte es un elemento de la naturaleza del contrato, está ahí a menos que las partes lo reemplacen. Podría quedar latente a pesar de la presencia de una CCC. Entonces la pregunta decisiva es ¿la inclusión de una CCC siempre es manifestación de voluntad suficiente para quitar todo efecto a la comunidad de suerte? Creemos que hay que distinguir.

Si las partes del reaseguro manifestaron inequívocamente su voluntad de derogar este principio entonces habrá que estar a la intención de las partes. Es distinto que las partes pacten una cooperación que exige que el Reasegurado escuche la opinión del Reasegurador, o un control en virtud del cual el Reasegurador gestionará la liquidación en su integridad. Otro factor que considerar es si la cláusula puede calificarse como una condición previa a la responsabilidad del Reasegurador. Si la respuesta es afirmativa, entonces en todo caso la comunidad de suerte resulta superada. En cambio, si la respuesta es negativa bien podría ser que la comunidad de suerte recobrara vigencia, permitiéndole al Reasegurado descansar en ella y eximiéndola de tener que probar su responsabilidad frente al Reasegurador. En consecuencia, dependerá de la redacción.²⁰¹

²⁰¹ En este punto nos cuadrarnos con la doctrina minoritaria que cita la profesora Gurses. Véase la nota al pie N°187.

Para terminar con este principio, reiteramos que fue profundamente afectado por la aparición de las CCC, justamente porque ese era el objetivo. No obstante, podemos apreciar que no en cualquier caso la comunidad de suerte deberá ser ignorada por completo, puesto que si no puede verse claramente la intención de las partes de descartar este principio, siempre estará la posibilidad de otorgarle vigencia luego de una infracción del deber de máxima buena fe que pesa sobre el Reasegurador al momento de ejercer sus facultades de cooperación o control.

La conclusión general de esta sección sobre el impacto de las CCC en los principios tradicionales del reaseguro es la fuerza con que estos fueron afectados por estas estipulaciones. Sin embargo, vimos como los grados de impacto cambian dependiendo del principio que se trate. La independencia y autonomía se vieron tan afectadas que creemos ya no es posible afirmar su vigencia, dejando lugar a una acción directa a favor del Asegurado en determinados casos. Lo mismo ocurre con la comunidad de suerte, con la precisión de que podría recobrar vigencia si el Reasegurador abusa de sus facultades y la CCC no es una *condition precedent*. En cambio, la máxima buena fe es un principio que se mantiene inalterado a pesar de la aparición de las CCC, dado que su presencia se justifica por caracteres técnicos del mercado reasegurador que siguen necesitándola.

A continuación, revisaremos el impacto de las CCC en el procedimiento de liquidación de siniestros, etapa fundamental en la vida de un seguro que precisamente se busca controlar por medio de estas estipulaciones.

IV. De la Injerencia del Reasegurador en la Liquidación del Siniestro²⁰²

1. Generalidades

Dentro de toda la operatoria del seguro la etapa más relevante es la liquidación o ajuste de siniestros. Claramente, porque en esta etapa se establece si hay cobertura o no y por ende se define si hay que pagar o no.²⁰³ Trasladado al reaseguro, esto quiere decir que dependiendo del resultado de la liquidación del siniestro se determinará si el Reasegurador deberá pagar la cobertura comprometida.

No es ninguna novedad que las CCC tienen un impacto en el normal desenvolvimiento de la liquidación del siniestro. Ese es su propósito, para eso fueron creadas. Si normalmente la liquidación corresponde exclusivamente al Reasegurado, ya sea directamente o mediante la designación de un liquidador registrado, la presencia de CCC modifica esto. Una de cooperación otorga relevancia a la opinión del Reasegurador y una de control le concede amplísimas facultades en el ajuste del siniestro. Entonces, cuando nos referimos al impacto de las CCC en la liquidación de siniestros hacemos más bien alusión al eventual conflicto que puede generarse entre esta realidad y la legislación chilena, porque el impacto va implícito en la misma definición de las CCC.

²⁰² En este capítulo se obviaré una discusión muy interesante, por exceder el ámbito de este trabajo de investigación, que dice relación con problemas de ley aplicable a la liquidación de siniestros. Discurremos desde la base que la mayoría de los contratos de reaseguro con CCC siguen la forma de la LMA 5276, que sujeta al Reasegurador extranjero a las normas chilenas sobre liquidación de siniestros.

²⁰³ Achurra & Contreras, 2005, Ob. Cit., p.52.

2. Regulación de la liquidación

Nuestra legislación se refiere a la liquidación de siniestros en la Ley de Seguros y el Reglamento. Sin embargo, no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico, sea a nivel legal o reglamentario, que regule expresamente el fenómeno de las CCC.²⁰⁴

A continuación, veremos cómo juegan la regulación chilena sobre ajuste de siniestros y la realidad práctica de las CCC. Para ello, revisaremos primero qué se entiende por liquidación en nuestro país y cómo debiera ser esta según nuestro legislador.

El artículo 61 de la LS dispone que el objetivo de la liquidación es la determinación de la ocurrencia de un siniestro, si este está cubierto por el seguro y el monto de la indemnización a pagar.²⁰⁵ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 19 inciso tercero del Reglamento. Su inciso cuarto va más allá, contemplando una definición del procedimiento de liquidación de siniestros. Lo define como:

“una sucesión de actos y gestiones vinculados entre sí, realizados por el liquidador designado con el fin de emitir un informe técnicamente fundado sobre la cobertura del riesgo, y el monto de indemnización que correspondiere por los daños sufridos a causa del siniestro denunciado”.

²⁰⁴ Esto, a pesar de que en la moción parlamentaria que dio inicio a la tramitación de la Ley 20.667 se contemplaba un artículo para regular estas estipulaciones. Este artículo exigía que las facultades emanadas de estas fueran ejercidas a través del Reasegurado y respetando la ley chilena y el Reglamento. Para más información, véase: Historia de la Ley 20.667, Biblioteca del Congreso Nacional Chileno, pp.11 y 44.

²⁰⁵ El artículo 61 inciso segundo de la LS establece lo siguiente: “La liquidación del siniestro tiene por fin básicamente determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad con el procedimiento que establezca el reglamento”.

Ambos cuerpos normativos establecen ciertas directrices que deben gobernar el procedimiento de ajuste de los siniestros. La LS dedica el inciso cuarto del artículo 61 a determinar principios que guían la función del liquidador de siniestros y del procedimiento en general. Exige que el liquidador guarde la debida independencia y autonomía en su cometido de manera que se garantice la imparcialidad y objetividad del proceso y que el informe se ajuste a criterios técnicos y no de otra índole.²⁰⁶

El Reglamento, nuevamente, es más preciso y detallado al enunciar los principios del procedimiento de liquidación. De acuerdo con el inciso quinto de su artículo 19, los principios que lo rigen son: i) la celeridad y economía procedimental; ii) la objetividad y carácter técnico y; iii) la transparencia y acceso.

El primero impone al liquidador el deber de impulsar el proceso de liquidación y de realizar las diligencias necesarias para emitir un informe en el menor tiempo posible, proscribiendo cualquier trámite dilatorio, dando como ejemplo la solicitud de antecedentes que ya hubiesen sido aportados por el Asegurado.²⁰⁷

²⁰⁶ El artículo 61 inciso cuarto de la LS establece lo siguiente: “En el ejercicio de sus funciones, y sin perjuicio de sus obligaciones legales y reglamentarias, los liquidadores de siniestros deberán guardar la debida independencia y autonomía en su cometido, garantizando la imparcialidad y objetividad del proceso de liquidación, y velar porque sus opiniones se emitan con estricta sujeción a criterios técnicos”.

²⁰⁷ El artículo 19 inciso quinto letra a) del Reglamento dispone lo siguiente: “El procedimiento de liquidación estará sometido al principio de celeridad y economía procedimental, por el que corresponderá al liquidador el impulso de la liquidación y la realización de las diligencias que fueren conducentes para la emisión, dentro del menor tiempo posible, del informe de liquidación según la naturaleza de la cobertura, no incurriendo en trámites dilatorios o requerimientos superfluos de antecedentes, tales como solicitudes de antecedentes que ya se hubiesen presentado”.

El segundo exige que el liquidador sea objetivo y emita un informe que sea fruto del empleo de criterios exclusivamente técnicos sobre los hechos relevantes del siniestro.²⁰⁸

El tercero, de transparencia y acceso, establece que todas las partes interesadas tienen derecho para tomar conocimiento del estado de la liquidación en cualquier momento del procedimiento.²⁰⁹

Dentro de las normas sobre liquidación, el inciso final del artículo 19 del Reglamento establece el grado de culpa por el que responde el liquidador de siniestros, siendo este el de culpa leve.²¹⁰ El liquidador debe emplear el cuidado que emplean ordinariamente los hombres en sus negocios propios. Creemos que la norma solo debe entenderse relativa a los liquidadores registrados, más no a los casos en que el Reasegurador dirigirá directamente la liquidación a través del Reasegurado, porque en ese caso deberá sujetar su conducta a una estándar más estricto, de máxima buena fe, lo que equivaldría a responder por la culpa levísima.

²⁰⁸ El artículo 19 inciso quinto letra b) del Reglamento mandata lo siguiente: “La actuación del liquidador deberá mantener objetividad y velar por que el informe se emita con estricta sujeción a criterios técnicos. El informe de liquidación deberá abarcar los hechos y consideraciones relevantes invocadas por los asegurados y compañía de seguros en relación al siniestro”.

²⁰⁹ El artículo 19 inciso quinto letra c) del Reglamento dispone lo siguiente: “Las partes interesadas tienen derecho en cualquier momento, durante el procedimiento de liquidación, a tomar conocimiento del estado de la liquidación”.

²¹⁰ El artículo 19 inciso final del Reglamento mandata lo siguiente: “Los liquidadores realizarán las liquidaciones de siniestros que les encomienden las compañías de seguros, debiendo emplear en el ejercicio de sus funciones, el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.

Si consideramos la redacción de la LMA 5276, la conducta del Reasegurador siempre debe sujetarse a este marco normativo general de ajuste de siniestros, por expresa voluntad de las partes. Es decir, se compromete contractualmente a respetar esa normativa, no pudiendo apartarse de la ley del contrato.

Por último, cabe mencionar el artículo 61 de la LS, que establece que el Asegurador podrá liquidar directamente el siniestro o designar un liquidador registrado, según le parezca más conveniente. Sin embargo, a renglón seguido consagra para el Asegurado un derecho absoluto para exigir que la liquidación del siniestro sea efectuada por un liquidador registrado. La forma de ejercer este derecho está regulada por el artículo 21 del Reglamento. El Asegurado cuenta con un plazo de 5 días desde que se le notifica la decisión del Asegurador de liquidar directamente para oponerse y exigirle que designe un liquidador registrado.

El ejercicio oportuno de este derecho es de trascendental importancia para el Asegurado porque determina la forma en que se desarrollará la posterior liquidación del siniestro en el contexto de un reaseguro amplio. Si no ejerce su derecho, o lo ejerce extemporáneamente, entonces el Reasegurador tendrá un gran control sobre la liquidación, ya que esta se efectuará por el Reasegurado directamente y recordemos que esta debe obedecerle. En cambio, si se exige la designación de un liquidador registrado, la influencia que el Reasegurador podrá ejercer sobre éste será mucho menor, ya que a pesar de poder designar uno a su conveniencia no tendrá sobre este último la influencia que tiene sobre el Reasegurado, porque el liquidador no está obligado frente al Reasegurador.

La explicación de la relevancia del ejercicio de este derecho viene dada por el sentido común, va más allá de la normativa. En virtud de esta última no debería existir ninguna diferencia, ya que independientemente que la liquidación se efectúe por un liquidador o por el Reasegurado directamente, en ambos casos existen deberes de imparcialidad e independencia, de sujeción a criterios técnicos y otros, que el Reasegurador no puede obviar so pena de perder su derecho a invocar el incumplimiento de la CCC como defensa. Pero es obvio que el Reasegurador podrá ejercer mayor influencia sobre el Reasegurado que sobre el liquidador. En suma, la recomendación es siempre aconsejar al Asegurado que exija la designación de un liquidador registrado dentro del plazo dispuesto por el artículo 21 del Reglamento.

3. Facultades del Reasegurador en la liquidación de acuerdo con las cláusulas de cooperación y control

Desde el punto de vista del ente regulador, el Reasegurador que concentra las facultades de control tiene las más amplias facultades para instruir al liquidador, ya sea el Reasegurado o uno de la nómina de liquidadores registrados. En otras palabras, puede ordenarles lo que le parezca oportuno. No hay ninguna regulación que establezca límites expresos a estos efectos y permita a la CMF poner una cortapisa al respecto. En el papel, podría instar al liquidador a emitir un informe desfavorable a pesar de que la evidencia demuestre la cobertura del siniestro.

Pero el liquidador debe observar los principios que rigen este procedimiento de ajuste y las obligaciones y prohibiciones que se establecen a su respecto en la LS y en el Reglamento. En consecuencia, son los liquidadores quienes deben velar porque el procedimiento que llevan a cabo se ajuste a la legislación y las buenas prácticas del mercado. Podría discutirse la suficiencia de esto. Es importante cuestionarse la

conveniencia de que el CCom, la LS o el Reglamento regulen la problemática de las CCC estableciendo sanciones expresas al Reasegurador en caso de que este incite al liquidador a infringir la normativa aplicable. O bien, que la CMF haga uso de la facultad que se le entrega en la letra m) del artículo 3 LS, en virtud de la cual puede dictar normas de carácter general relativas a la liquidación de siniestros.

Creemos que no es necesario ni conveniente, porque desde el punto de vista contractual el Reasegurador cuenta con un desincentivo importante que consiste en privarle del derecho a invocar una defensa basada en el incumplimiento de la CCC por parte del Reasegurado si es que incurrió en conductas que contravengan la normativa chilena de liquidación de siniestros. Por ejemplo, si consideramos la redacción de la LMA 5276, la conducta del Reasegurador siempre debe sujetarse a este marco normativo general de ajuste de siniestros, por expresa voluntad de las partes. Es decir, se compromete contractualmente a respetar esa normativa, no pudiendo apartarse de la ley del contrato.

Sobre la oportunidad de ejercer las facultades del Reasegurador, la norma a tener en cuenta es el artículo 23 del Reglamento, que regula los plazos de la liquidación. Estos plazos deben ser respetados y el control debe ser ejercido dentro de ellos. Normalmente, la CCC se encuentra en facultativos de seguros de grandes riesgos, pertenecientes al primer grupo y donde la prima anual será superior a las 100 UF, por lo que el plazo para la liquidación es el contemplado en el numeral (ii) de dicho artículo. Este plazo es de 90 días contados desde la fecha de la denuncia del siniestro. A estos 90 días hay que sumarle los 30 días adicionales que se estipulan en la LMA 5276, en caso de que se haya seguido dicha redacción. En total, serían 120 días para liquidar el siniestro reasegurado. Este plazo en la práctica es suficiente para establecer una comunicación con el Reasegurador extranjero.

4. Críticas y observaciones

Pueden vislumbrarse distintos roces entre estas directrices de la liquidación que venimos comentando con lo que puede potencialmente ocurrir en la práctica de los reaseguros facultativos amplios, atendidas las facultades del Reasegurador. Lo anterior dependerá en gran medida de los incentivos y desincentivos que tenga el Reasegurador para respetar o ignorar las exigencias de la normativa chilena. El Reasegurador siempre tiene un incentivo para tratar de orientar la conducta del liquidador, consistente en la maximización de sus ganancias, porque si el liquidador emite un informe desfavorable a la cobertura, la probabilidad de no tener que pagarla aumenta. El problema a considerar es si hay desincentivos suficientes para persuadir al Reasegurador de no incurrir en estas conductas, que en definitiva terminan afectando al Asegurado. En general, el Reasegurador tendrá un desincentivo a incurrir en conductas reñidas con la normativa chilena porque estas afectarían su reputación frente a compañías locales.

Primero, sobre la independencia y autonomía del liquidador que exige la LS pueden generarse sospechas. Si el Reasegurador quiere ejercer un control en la liquidación entonces intentará influir en la postura del liquidador, quien deberá resistirla. Dicho de otra manera, el Reasegurador que pacta una cláusula de control de siniestros, evidentemente quiere tener una capacidad efectiva en este sentido, entonces no se va a satisfacer con apuntar un liquidador o un estudio jurídico, sino que probablemente irá más allá, cuestión que en definitiva puede afectar la independencia, autonomía, imparcialidad y sujeción a criterios técnicos del liquidador.

Segundo, sobre la celeridad y la economía procedimental también puede pensarse en conflictos. Es sabido que todo Reasegurador tiene un interés en que transcurra la mayor cantidad de tiempo entre que cobra la prima del reaseguro, y el momento en que debe pagar la cobertura comprometida. En ese lapso la prima es invertida y por consiguiente a mayor tiempo mayor es la ganancia. Esto se conoce por la doctrina como *float*.²¹¹ Entonces es dable presumir que el Reasegurador está incentivado a incurrir en alguna conducta dilatoria.

Con estas breves reflexiones podemos apreciar que la presencia de CCC en reaseguros a ejecutarse en Chile entraña una contradicción intrínseca con las disposiciones legales o reglamentarias que regulan esta materia. Esto, porque el Reasegurador tiene incentivos muy claros para contrariar ciertos aspectos de la LS y el Reglamento. Nos parece fundamental que el ordenamiento jurídico contemple desincentivos, mediante sanciones legales, administrativas o contractuales, para que el Reasegurador no incurra en estas conductas. ¿Hay suficientes desincentivos en nuestro ordenamiento jurídico? ¿El deber contractual de respetar la legislación chilena es un desincentivo suficiente?

Sobre esto último, la LS, precisamente el Párrafo Tercero del Título Primero “De las infracciones”, establece las sanciones que puede imponer la CMF. Pero ocurre que la aplicabilidad de estas sanciones sobre un Reasegurador extranjero en el contexto de la liquidación de siniestros no es tan evidente. En cambio, sí es claro que otros sujetos intervinientes, como el liquidador o el corredor de reaseguro extranjero, se ven amenazados por estas sanciones. Luego, no habría propiamente desincentivos sancionatorios para las conductas reprochables del Reasegurador extranjero en la liquidación de siniestros, sino que estos se ponen sobre otros sujetos intervinientes.

²¹¹ Stempel, Swisher & Knutsen, 2020, Ob. Cit., p.933.

Para explicar por qué no es tan obvia la aplicación de las sanciones contempladas por la LS respecto del Reasegurador extranjero, primero es necesario referirse a dos normas de la LS: una regula la contratación de reaseguros en nuestro país y la otra tiene un propósito terminológico.

La primera es una norma clave sobre la contratación de reaseguros que se encuentra en la letra c) del artículo 16 de la LS. Esta establece que las entidades extranjeras de reaseguro pueden reasegurar contratos de seguro celebrados en Chile siempre que cumplan ciertos requisitos en cuanto a su clasificación y prestigio internacional. Además, exige que la entidad designe en Chile a un representante con amplias facultades, o bien, que intervenga un corredor de reaseguros inscrito en la CMF que legalmente es considerado como un representante con las más amplias facultades. La segunda es la contenida en el artículo 6 de la LS, que dispone que las expresiones “compañías de seguros o compañías” equivalen a todas las sociedades anónimas nacionales de seguros o reaseguros. Con estas prevenciones en mente, corresponde revisar las sanciones que se contemplan en el Párrafo Tercero del Título Primero, para determinar si existe alguna aplicable respecto de un Reasegurador extranjero.

Las sanciones contempladas por el artículo 43 LS son relativas a la contratación de reaseguros, más no a la conducta de un Reasegurador en el contexto de una liquidación de siniestros sobre la cual conserva facultades de dirección. Por ende, no correspondería aplicarle la multa contemplada en dicho artículo ni las sanciones del 44 LS al Reasegurador que infrinja la normativa chilena sobre liquidación de siniestros. El artículo 44 LS, además, se refiere a “las compañías”, y como vimos esto quiere decir que se está refiriendo a las sociedades anónimas nacionales aseguradoras

y reaseguradoras, pues así lo dispone el artículo 6 LS. El artículo 44 bis tampoco es aplicable, porque trata una cuestión bien distinta, como lo son ciertas inhabilidades para participar en el mercado de seguros. El artículo 45 LS contempla sanciones contra los agentes de ventas y los corredores de seguros, por lo que tampoco son aplicables al Reasegurador extranjero, ni tampoco al corredor de reaseguro. El artículo 46 LS nuevamente se refiere a la contratación de seguros, por lo que no es pertinente aplicar dicha sanción para la infracción de normas relativas a la liquidación de siniestros. El artículo 47 LS se refiere a una “compañía”, por lo que nuevamente debemos entender que hace alusión a las sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros. El artículo 48 LS contempla multas para quienes infrinjan sus obligaciones relacionadas con la inscripción previa para operar válidamente en el mercado reasegurador. Si bien esta alcanza a los corredores de reaseguros, es por una materia completamente distinta a la de liquidación de siniestros. El artículo 49 LS contempla penas de presidio para quienes informen falsamente a la autoridad, cuestión que podría alcanzar a un Reasegurador extranjero, pero no en relación con las facultades que le concede una cláusula de control de siniestros. El artículo 50 LS dispone la responsabilidad personal de los directores y empleados de una compañía de seguros que permitieren conductas prohibidas por la LS, hasta el monto de las pérdidas que dicha conducta genere. Una vez más, la aplicación del artículo 6 LS nos lleva a concluir que esta norma no es aplicable a un Reasegurador extranjero, sino que solamente a sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros. Por último, el artículo 51 LS establece la posibilidad de clausurar los establecimientos de las compañías aseguradoras o reaseguradoras que infrinjan las principales normas sobre contratación de seguros y reaseguros. Entonces, no serían aplicables para el caso en que el Reasegurador infrinja las disposiciones relativas a la liquidación de los siniestros.

En suma, la LS no contempla sanciones aplicables respecto de un Reasegurador extranjero por infracción de la normativa chilena de liquidación de siniestros. Al menos no sin antes realizar un esfuerzo interpretativo en el sentido de asimilar la expresión “compañía de seguros” a una compañía de reaseguros extranjera, esfuerzo que se encuentra con el importante obstáculo del artículo 6 LS.

Por su parte, el artículo 33 del Reglamento, norma que se preocupa de las sanciones aplicables a las entidades aseguradoras, a los corredores y a los liquidadores de siniestros por infringir el mismo cuerpo reglamentario, dispone que les serán aplicables las sanciones contempladas en la LS y en el Decreto Ley 3538 (en adelante “DL CMF”). Como ya vimos que la LS no permite aplicar sanciones al Reasegurador extranjero, resulta necesario revisar si acaso el DL CMF permite que esta institución sancione a un Reasegurador extranjero que celebra un reaseguro sujeto a ley chilena.

El primer artículo del DL CMF dispone que la CMF solo tendrá facultades fiscalizadoras y sancionatorias respecto de entidades fiscalizadas. La norma dispone que la CMF debe “velar por el correcto funcionamiento del mercado (...) porque las entidades fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rijan (...) pudiendo ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones”. El problema es que no es claro si el Reasegurador extranjero es o no una entidad bajo el ámbito de fiscalización de la CMF.

El numeral 6 del artículo 3 del mismo cuerpo normativo dispone que “corresponde a la CMF la fiscalización de las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar, cualquiera que sea su naturaleza, y los negocios de éstas, así como de las personas que intermedien seguros”. Que esta norma alcance o no a un Reasegurador extranjero es completamente discutible, pero en principio entendemos

que no. Por consiguiente, tampoco el DL CMF permite que esta institución imponga sanciones sobre el Reasegurador extranjero. Entonces, la legislación chilena no contempla desincentivos en el ámbito sancionatorio para que el Reasegurador extranjero evite incurrir en conductas reñidas con la normativa chilena sobre liquidación de siniestros.²¹² Estos desincentivos se ponen sobre otros sujetos que intervienen en el reaseguro amplio, como el liquidador o el corredor de reaseguros extranjeros.

Nuevamente, no creemos que lo anterior sea criticable. La CMF tiene por objetivo cumplir una función pública consistente en proteger al mercado chileno y al Asegurado chileno, por lo que es natural que el Reasegurador extranjero quede al margen de su control. El problema, sin embargo, es que la conducta del Reasegurador extranjero puede muchas veces tener un impacto en la situación del Asegurado, porque si el primero infringe la normativa chilena de liquidación de siniestros, puede llevar al liquidador a emitir un informe desfavorable para el Asegurado en circunstancias que conforme a derecho este debiese haber sido favorable. Resulta necesario encontrar otros desincentivos para que el Reasegurador se persuada de no infringir la legislación chilena.

Justamente, estos desincentivos existen en el ámbito contractual. Aunque el Reasegurador extranjero no se vea amenazado por la CMF, esto no quiere decir que pueda quedar impune ya que si contraviene la normativa chilena de liquidación de siniestros entonces está quebrantando su compromiso contractual, cuestión que lo expone a sanciones propias de esta sede. Asumiendo que la redacción de la CCC

²¹² Confirman la hipótesis de que el Reasegurador extranjero es ajeno a la fiscalización de la CMF el hecho que estos no consten en el listado de entidades fiscalizadas disponible en el sitio web de la CMF: <https://www.cmfchile.cl/educa/600/w3-propertyvalue-1581.html>. También apoya esta conclusión lo dicho en Sapag, 2021, Ob. Cit., pp.159-161.

sigue la pauta de la LMA 5276, entonces tenemos que el Reasegurador aceptó someterse a la normativa chilena de liquidación de siniestros, por lo que está obligado contractualmente frente al Reasegurado a obedecerla. Pero ¿cuál es concretamente el desincentivo? ¿Qué ocurre si el Reasegurador infringe la norma que exige independencia y autonomía al liquidador? Pensamos que la consecuencia es que el Reasegurador pierde su derecho a invocar la CCC frente al Reasegurado para el caso de su incumplimiento. Es decir, el Reasegurador no puede invocar el incumplimiento de la CCC por parte del Reasegurado como un medio de defensa ante la indemnización. Así, el Reasegurador se encuentra igualmente con una sanción que lo invita a no incurrir en conductas que pugnen con las normas y principios de la LS y del Reglamento, siendo un desincentivo a nuestro parecer más que suficiente.

En línea con lo dicho dos párrafos atrás, consideramos correcto que el desincentivo para el Reasegurador extranjero se encuentre en el contrato y no en el orden sancionatorio porque la contratación de reaseguros escapa al ámbito que naturalmente la CMF debe fiscalizar, prevaleciendo la autonomía de la voluntad de las partes.

Con todo, debemos advertir que esto puede defenderse siempre y cuando no se afecten las expectativas del Asegurado, cuestión sumamente discutible en el caso de las cláusulas de control. Además, es necesario señalar que esto no quiere decir, por ningún motivo, que a la CMF no le interesen o preocupen los contratos de reaseguro que las compañías locales celebren en el extranjero, sino únicamente que no puede impartir órdenes a entidades que quedan fuera de su esfera de control.²¹³

²¹³ El mejor ejemplo para sostener la importancia que la CMF atribuye a la contratación de reaseguros es la NCG N°421 ya citada, pues regula detalladamente la manera en que debe llevarse a cabo el negocio por las compañías que forman parte del mercado chileno de seguros y reaseguros.

Como ya mencionamos, actualmente la mayoría de los contratos de reaseguro que cuentan con CCC se sujetan a las normas chilenas sobre liquidación de siniestros, es decir la LS y el Reglamento. Por ende, cualquier control que quiera ejercer el Reasegurador debe hacerse dentro de los plazos y formas establecidas por estos cuerpos normativos. Además, teniendo en cuenta la manera en que está redactado el Reglamento, el control del Reasegurador siempre debe ejercerse a través del Asegurador.²¹⁴

Esto, sin perjuicio de que el propio contrato pueda modificar algunas de estas reglas mientras no sean de orden público, en virtud de la autonomía privada que reina en el reaseguro. De hecho, esto ocurre en la LMA 5276 cuando se establece en su Título 4 que los términos previstos en la LS y el Reglamento se extienden convencionalmente por 30 días calendario. Una disposición de este tipo es sumamente conveniente porque de lo contrario no darían los plazos para que el Reasegurador extranjero pueda ejercer el control que se le concedió en la CCC al mismo tiempo que se respetan las disposiciones del Reglamento.

Esto nos lleva a pensar que las disposiciones sobre liquidación de siniestros en la LS y el Reglamento están a disposición de las partes del reaseguro. Pero es necesario distinguir. No todas las disposiciones pueden derogarse o modificarse convencionalmente. Esto puede hacerse siempre y cuando no afecte la posición del Asegurado, ya que cualquier norma de la LS o el Reglamento que busque la protección del Asegurado debe considerarse de orden público. Sería una aberración pensar que el Reasegurado y el Reasegurador pueden modificar los principios que

²¹⁴ El Reglamento no se refiere al Reasegurador extranjero, siempre se habla del Asegurador. Por ejemplo, el artículo 26 indica que “la compañía de seguros y el asegurado dispondrán de un plazo de 10 días para impugnarlo”. Entonces, si el Reasegurador decide impugnar el informe debe dar esta orden al Reasegurado para que lo haga en su nombre. En este mismo sentido se manifestaba la moción parlamentaria que inició la tramitación de la actual Ley 20.667.

rigen la liquidación, el derecho del Asegurado a exigir un liquidador registrado o la obligación del liquidador de sujetarse estrictamente a criterios técnicos para emitir su informe.

Dijimos ya que las facultades de control y cooperación deben ejercerse dentro de los plazos fijados por el Reglamento. Ahora bien, el mismo artículo contempla la posibilidad de solicitar prórrogas sucesivas, por los mismos plazos, cuando así lo ameriten las circunstancias y se indiquen las gestiones concretas y específicas que motiven dicha decisión. Esto podría ser utilizado por el Reasegurador para intentar dilatar la liquidación, cuestión que engarza con lo dicho anteriormente sobre el *float*, es decir con la mayor ganancia que obtiene por el transcurso de mayor tiempo hasta el pago de la cobertura.

Sin embargo, el Reglamento es sabio y establece distintos límites a las prórrogas cuyo objeto es proteger al Asegurado. En primer lugar, el inciso quinto del artículo 23 del Reglamento dispone que la CMF puede dejar sin efecto la ampliación por causas calificadas y de inmediato fijar un plazo para la entrega del informe de liquidación. Esta facultad es útil para frenar las conductas dilatorias de un Reasegurador. En segundo lugar, el inciso sexto de la misma norma mandata que no podrá ser motivo de prórroga la solicitud de antecedentes cuyo requerimiento pudo preverse con anterioridad, estableciendo eso sí una excepción, constituida por la justificación de esta falta de requerimiento. Esta excepción es necesaria porque de lo contrario se reduciría excesivamente la posibilidad de solicitar una prórroga para nuevos documentos, pues siempre podría afirmarse que pudo y debió preverse la existencia y utilidad de los documentos en cuestión. Pero al mismo tiempo, deja abierta una puerta para que el Reasegurador solicite prórrogas infundadas, mediante la justificación de esta falta de requerimiento previo. Su éxito dependerá obviamente

de la creatividad de los asesores del Reasegurador al redactar las razones de esta falta de requerimiento previo.

En conclusión, el Reasegurador siempre debe ejercer sus facultades de control o cooperación de acuerdo con la normativa chilena y a través del Reasegurado. Pero aun así puede ser que este logre dilatar el procedimiento de liquidación mediante subterfugios legales, lo que resulta problemático considerando la posición del Asegurado. Hay en definitiva una tensión constante entre la regulación chilena de liquidación de siniestros y las facultades del Reasegurador según las CCC, fuente potencial de conflictos entre estos y los Reasegurados.

V. Restricciones al Régimen de Control del Reasegurador

1. Generalidades y precisiones fundamentales

Esta última sección busca determinar si es posible establecer un límite normativo a las facultades que tiene el Reasegurador en virtud de una cláusula de control de siniestros. Lógicamente, si las partes determinan con claridad cuáles son estos límites deberá estar a esto pues prima la autonomía de las partes. Pero si las partes nada dicen sobre los contornos de estas facultades entonces la cuestión de determinarlos se torna complicada puesto que la normativa chilena no regula expresamente esta materia. No es común que las CCC regulen expresamente la medida en que pueden ser ejercidas estas facultades, así lo demuestran las cláusulas usuales ya comentadas. Resulta necesario entonces analizar la posibilidad de construir normativamente un límite a las facultades del Reasegurador cuando las partes del contrato no previeron aquello.

Vamos a reflexionar específicamente acerca de las cláusulas de control de y no tanto de las de cooperación, porque las primeras son las que otorgan mayores facultades al Reasegurador, y consecuentemente las que permiten mayores abusos. Esto, sin perjuicio de que consideramos que las cláusulas de cooperación también deben ser entendidas y ejercidas dentro de determinados límites que precisaremos más adelante.

En principio, si el reaseguro tiene una cláusula de control el Reasegurador puede controlar todo lo relativo al ajuste del siniestro, incluso tratando de influir en la labor del liquidador mediante conductas de dudosa licitud. En algunos casos, cuando hay liquidación directa, podrá hacerlo con mayor fuerza, y en otros, cuando hay un liquidador registrado, con menor fuerza. Ya vimos que nuestro ordenamiento no

establece ningún límite expreso a la conducta del Reasegurador, sea por la vía legal o reglamentaria. Es decir, si quiere oponerse al pago de una cobertura puede hacerlo con las más amplias facultades a pesar de estar manifiestamente cubierto el siniestro, siempre y cuando cumpla con las oportunidades y formas de la LS y el Reglamento.

En un primer momento, podríamos sostener que esto debe respetarse, por cuanto las partes del reaseguro pactaron con conocimiento y voluntariamente la cláusula. Sin embargo, creemos que la autonomía privada, manifestada en este caso en la cláusula de control, no es ilimitada. Pero, insistimos, lo que es objeto de debate acá no es la validez de las CCC, que son plenamente aceptadas por los operadores y las partes del reaseguro, sino que el ámbito en que deben ejercerse las facultades que de ellas emanan.

Vimos ya que el Reasegurador tiene un desincentivo frente a la infracción de la normativa chilena sobre ajuste de siniestros, porque ello lo expone a que su contraparte se defienda con la pérdida de los derechos que la cláusula le concede al Reasegurador. Entonces, un primer límite tentativo es el que emana del propio acuerdo contractual e implica que el Reasegurador deba respetar la ley chilena so pena de perder su derecho a defenderse del pago de la indemnización invocando la infracción de la cláusula por parte del Reasegurado. Lógicamente, si el Reasegurador pierde su derecho, entonces el Reasegurado también se exime de la obligación de obedecerle.

Hay otras razones que permiten explicar y justificar límites a las facultades del Reasegurador. Son conocidos los tradicionales deslindes de la autonomía privada, a saber, la ley, el orden público y las buenas costumbres.²¹⁵ Precisamente, a través de estos creemos que es posible interpretar la cláusula de control y llegar a la conclusión de que en ningún caso esta permite que el Reasegurador niegue injustificadamente el pago de una cobertura evidentemente otorgada en el seguro directo o ejerza discrecional o abusivamente sus facultades sin tener en cuenta la posición del Reasegurado.

Primero, la propia ley chilena permite construir un límite. Específicamente, el ya tan comentado inciso final del artículo 584 CCom. Como sabemos, una de las prácticas o usos comúnmente reconocidos internacionalmente es la máxima buena fe en el reaseguro. De ahí que podamos afirmar que en Chile el reaseguro se interpreta siempre de una manera que resulte conforme a la máxima buena fe. Luego, la extensión de las facultades de control del Reasegurador debe entenderse, a falta de clarificación por las partes, limitada por la máxima buena fe. No pueden ser ejercidas más allá de este principio.

Sobre la máxima buena fe recordemos que de los principios tradicionales del reaseguro es el único que se mantiene plenamente vigente en el reaseguro amplio. Este principio es el marco normativo dentro del cual el Reasegurador debe ejercer sus facultades de control o cooperación. Si lo excede entonces el Reasegurado no estará obligado a seguir obedeciendo sus direcciones.

²¹⁵ Vial, Víctor. (2006). *Teoría General del Acto Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, p.59.

Actualmente, una de las principales recopilaciones de estos principios y costumbres internacionales se encuentra en los PRICL, cuerpo normativo de *soft law* ya citado y que, en realidad, en nuestro país es más que *soft law* puesto que la ley chilena permitiría invocarlo mediante el artículo 584, por lo menos como un antecedente relevante para la interpretación.

El artículo 2.1.2 PRICL establece que la máxima buena fe impone un deber de conducta honesta, transparente y considerada de los intereses de la contraparte. Si el Reasegurador busca evitar el pago de un siniestro evidentemente cubierto incurre en una conducta infractora de la máxima buena fe. Si el Reasegurador incita al liquidador, sea el Reasegurado o uno registrado, a emitir un informe orientado en su favor, infringe su deber de máxima buena fe. Si el Reasegurador incurre en conductas que tengan por objetivo dilatar la liquidación del siniestro, para maximizar la ganancia con la inversión de la prima, infringe asimismo su deber de máxima buena fe.

Ahora bien, podría señalarse en contrario que el Reasegurador solo le debe una máxima buena fe al Reasegurado, de acuerdo con la independencia y autonomía. Estas alegaciones deben ser descartadas, ya que en todo caso la cláusula queda dentro del marco normativo de la máxima buena fe pues siempre la encontraremos en el reaseguro y no en el seguro. Por lo demás, ya quedó demostrado que estos principios están actualmente muy disminuidos. El Reasegurado puede esgrimir un argumento frente al Reasegurador que consista en imputarle un uso abusivo, discrecional y arbitrario de la cláusula, lo que equivale a una infracción del deber de máxima buena fe. De esta forma, el Reasegurado podría liberarse del control y proceder al pago de la cobertura frente al Asegurado, quedando a cubierto de las defensas que posteriormente podría enrostrarle el Reasegurador por haber infringido la

estipulación, dado que la infracción a su propio deber de máxima buena fe le impide invocarla posteriormente.

Aunque normalmente se diga que las CCC solo generan obligaciones para el Reasegurado y derechos para el Reasegurador, no debemos confundirnos. Esto no quiere decir que el Reasegurador pueda ejercer discrecionalmente las facultades que se le entregan. A diferencia de las CCC, aunque podría discutirse también si no generan obligaciones para el Reasegurador²¹⁶, el deber de máxima buena fe impone obligaciones recíprocas para ambas partes. Entonces, incluso si las CCC solo generaren obligaciones para el Reasegurado los derechos que adquiere el Reasegurador en virtud de ellas se enmarcan en el deber más amplio de sujetarse a una conducta especialmente celosa de los intereses de la contraparte, que emana de la máxima buena fe.

Así, el Reasegurado siempre tendrá un medio de defensa para las situaciones en que, por negligencia o reticencia del Reasegurador, se vea atada de manos frente al Asegurado que le reclama el pago de un siniestro manifiestamente cubierto. Si el Reasegurador se demora injustificadamente en manifestar una opinión sobre el siniestro o sobre la designación del liquidador o del estudio de abogados encargado de la defensa del caso, entonces está dejando de tener en cuenta la posición del

²¹⁶ Es posible considerar que tanto una cláusula de cooperación como de control de siniestros genera deberes también para el Reasegurador. Es decir, la cláusula genera derechos y obligaciones para el Reasegurador, no solamente derechos. Le concede un derecho a intervención o control en la liquidación del siniestro, pero también le impone un deber de efectivamente cooperar o controlar el ajuste. En el caso de la cláusula de cooperación esto es evidente, y puede desprenderse de la propia denominación. Es una cláusula cuyo objetivo es cooperar en el ajuste, lo que evoca inmediatamente una idea de bilateralidad y participación de ambas partes. En la cláusula de control podría discutirse, porque sencillamente se traslada la gestión de la liquidación al Reasegurador, sin que se generen deberes para esta. Con todo, si consideramos que esta cláusula se inserta en un esquema contractual más amplio, donde innegablemente hay derechos y obligaciones recíprocas, es posible afirmar que de igual forma esta cláusula genera para el Reasegurador la obligación de ejercer sus facultades de manera que no lesione la posición del Reasegurado.

Reasegurado, quien se ve expuesta a sanciones, pérdida de reputación y demandas. De ahí que infrinja su deber de máxima buena fe en el ejercicio de la cláusula, y por ende, que no pueda después invocarla para tratar de evitar un pago frente al Reasegurado.

A mayor abundamiento, esto no solo beneficia al Reasegurado, quien podrá eximirse de su deber de tener que esperar el pronunciamiento del Reasegurador en casos justificados, sino que también al Asegurado ya que el Reasegurador tendrá un desincentivo para incurrir en conductas dilatorias o negar el pago de una cobertura que parece razonable a la luz de los hechos.

Para acreditar que el Reasegurador infringió su deber de máxima buena fe basta comparar la conducta esperable de acuerdo con la máxima buena fe y la conducta efectivamente desplegada por el Reasegurador. Es decir, no es necesario probarle una mala intención, sino que solamente la defraudación de la expectativa que tenía el Reasegurado respecto de la conducta del Reasegurador en virtud del estándar exigido por la máxima buena fe.

2. Doctrina y jurisprudencia

Las propuestas hechas hasta ahora respecto de los límites al control del Reasegurador no son un capricho nuestro. Tienen un sólido respaldo jurisprudencial. En el segundo fallo de la famosa trilogía inglesa *Gan v. Tai Ping*, *Gan v. Tai Ping* ²¹⁷, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, en particular el *Lord Mance*, se refirió a los límites del Reasegurador en el ejercicio de sus facultades de cooperación y control.

Dicha cláusula tenía el siguiente tenor literal:

“No obstante cualquier disposición en contrario en la presente póliza de reaseguro, es una condición previa a cualquier responsabilidad bajo este reaseguro que:

- (a) El Reasegurado deberá, ante el conocimiento de cualquier circunstancia que pueda dar origen a un reclamo en su contra, dar aviso al Reasegurador de inmediato, y bajo ningún pretexto después 30 días.
- (b) El Reasegurado deberá cooperar con el Reasegurador en la investigación y ajuste de cualquier siniestro o circunstancia que da origen a un siniestro.
- (c) Ningún acuerdo de pago o compromiso y admisión de responsabilidad podrá ser hecho sin el consentimiento previo del Reasegurador”.

²¹⁷ *Gan v. Tai Ping 2*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2001. Jueces Mance, Latham y Staughton. El conflicto giró en torno a un contrato de reaseguro facultativo celebrado entre la *Tai Ping Insurance Company Limited* (en adelante “Tai Ping”) y *Gan Insurance Company Limited* (en adelante “Gan”), respecto de una póliza de seguro contra incendio suscrita entre Tai Ping y la empresa asegurada. El reaseguro tenía una cláusula de *full reinsurance* (lo que equivale a una cláusula *as original* más una cláusula de seguimiento de los acuerdos) y también una cláusula de cooperación de siniestros. Esta última exigía que Tai Ping obtuviera la aprobación de Gan para celebrar un acuerdo de pago con su asegurada y admitir responsabilidad frente a esta. Tai Ping omitió la aprobación de Gan y emitió un acuerdo para pagarle a la asegurada. Luego se dirigió a Gan para obtener el pago del reaseguro, frente a lo cual Gan se opuso.

Aunque la cláusula de este caso era denominada como una de cooperación, la facultad entregada a Gan en la letra c) es tan decisiva que creemos estamos ante uno de los casos en que esencialmente hay una cláusula de control porque en definitiva es el Reasegurador quien va a dar el visto bueno para que el Reasegurado acuerde un pago o admita responsabilidad ante el Asegurado.

Resumidamente, el fallo de primera instancia redactado por el juez Longmore abordó los siguientes puntos: Primero, si es que el cumplimiento de la cláusula de cooperación era una *condition precedent* a la responsabilidad de Gan. El juez estuvo por la afirmativa; Segundo, si es que la infracción a la letra c) se comprueba solamente al acreditar que se emitió un acuerdo de pago y además se admitió responsabilidad, o bien, si basta que ocurra solo una de estas cosas. El juez estimó que solo hay infracción si hubo acuerdo de pago y además se admitió responsabilidad; Tercero, si es que existe un término implícito en el reaseguro que obliga a Gan a presentar motivos razonables para reservarse la aprobación del acuerdo de pago. El juez sostuvo que sí existe un término implícito que implica que Gan no puede reservarse el consentimiento si no es por motivos razonables; Cuarto, si es que Tai Ping podía, a pesar de haber infringido la letra c), cobrarle a Gan la cobertura en caso de lograr acreditar su responsabilidad frente a la asegurada. Al respecto, el juez consideró que esto no era posible, dada la calidad de *condition precedent* de la cláusula.²¹⁸ A continuación, nos centraremos en el tercer punto abordado por el juez Longmore y su posterior revisión por la Corte, dado que esa es la discusión que pretendemos tener en esta sección.

²¹⁸ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Paras.6-7.

El juez de primera instancia consideró que Gan debía ajustarse a un estándar de razonabilidad en el ejercicio de sus facultades, es decir, consideró que sí hay términos implícitos: la facultad debe ser ejercida de forma razonable. Ya que permitir un ejercicio discrecional significaría dejar el cumplimiento del reaseguro a merced del Reasegurador, atendida la fuerza de la característica de *condition precedent* de la cláusula. De lo contrario, al reservarse su aprobación Gan deja a Tai Ping en una situación en que no puede tomar ninguna decisión sin infringir la cláusula de cooperación, ya que de otra manera esta se activa y le impide posteriormente cobrar el pago a Gan, incluso si puede probar que el siniestro debía pagarse. La Corte disintió de lo anterior en cuanto a la forma de llegar a la conclusión, pero no tanto respecto de la conclusión misma.

En efecto, los jueces de segunda instancia objetaron la incerteza del estándar de razonabilidad, pero dejaron ver que aceptaban la existencia de límites respecto a las facultades de Gan.²¹⁹ En varios pasajes de la sentencia se vislumbra esta inclinación hacia considerar que las facultades de Gan no eran absolutas y se sujetaban a límites. Esto mismo resulta predicable para cualquier facultad que tenga el Reasegurador en el sentido de controlar las decisiones o la conducta del Reasegurado. Manifiestan esta tendencia los Párrafos 60, 68, 70, 72, 73 y 76 de la sentencia.

²¹⁹ ¿Por qué no se pronunciaron? Simplemente, porque como señala el *Lord Mance* en el Párrafo 68 del fallo, no se escucharon argumentos detallados al respecto, no quedando entonces del ámbito de decisión de la Corte.

En el Párrafo 60 de *Gan v. Tai Ping 2*, el Lord Mance razona de la siguiente forma:

“En el contexto de un reaseguro, puedo pensar en incumplimientos tan serios, o con características tales que despojen a los reaseguradores de su derecho a exigir la búsqueda de su aprobación. Que estos incumplimientos deban ser considerados y aceptados como repudiatorios es una cuestión que no fue discutida ante esta Corte y respecto de la cual no considero pertinente extenderme en este fallo. No se alegó ante nosotros que Gan incumplió algún deber implícito que puede haber pesado sobre él en virtud de la cláusula de cooperación de siniestros. Cuando un caso llega ante la Corte, donde la exigencia de aprobación por parte del reasegurador se considera abrogada o superada por un incumplimiento del reasegurador, el argumento deberá dirigirse de manera que pueda obtener asistencia de los pasajes citados de los fallos de *Menzies y Stephen JJ. en Distillers Co. Bio-chemicals (Aust.) Pty. Ltd. v. Ajax Insurance Co. Ltd. y Stephenson L.J. en Scor (U.K.)*”.²²⁰

²²⁰ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.60. Traducción libre del texto original (“*I can envisage, in the reinsurance context, breaches so serious or perhaps of such a kind as to deprive reinsurers of the right to continue to expect their approval to be sought. Whether such breaches would always have to be, and be accepted as, repudiatory is not a matter that has been argued before us, or which I think it appropriate to consider further in this judgment. There has been no suggestion before us that Gan was here in breach of any implied duty (if any) that may have existed on their part to co-operate or engage in investigations, arising out of sub-clause (b) of the Claims Co-operation Clause. When a case comes before the courts, where the requirement of approval is said to have been abrogated or overtaken by reinsurers' breach, argument will have to be directed to the extent to which assistance can be obtained from passages to which I have referred in the judgments of Menzies and Stephen JJ. in Distillers Co. Bio-Chemicals (Aust.) Pty. Ltd. v. Ajax Insurance Co. Ltd. and Stephenson L.J. in Scor (U.K.)*”).

Como se ve, la Corte tuvo problemas para pronunciarse sobre esto ya que no fue una cuestión correctamente alegada por las partes. Pero el fallo deja ver que perfectamente puede considerarse que el Reasegurador pierde las facultades cuando incumple a su vez ciertos términos implícitos del contrato. La referencia que hace el juez Mance a los fallos de sus colegas Menzies, Stephen y Stephenson evidencia que hubiese dado la razón a la parte si esta hubiese alegado correctamente lo anterior apoyándose en los fallos citados.

En el caso australiano *Distillers v. Ajax*²²¹, Menzies sostuvo que la condición de obtener previamente la aprobación no impide un acuerdo sin el consentimiento del asegurador si es que este último repudia su obligación de indemnizar.²²² Por su parte, Stephen señaló que los poderes del asegurador no pueden ejercerse arbitrariamente, sino que teniendo en consideración los intereses del asegurado.²²³

²²¹ *Distillers v. Ajax*, Corte Superior de Australia, 1974.

²²² *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.55.

²²³ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.56.

En *ICA v. Scor*, la Corte no aceptó la existencia de un término implícito que hiciera responsable a Scor por las pérdidas sufridas por ICA en consecuencia del silencio del primero. Pero en dicho caso el *Lord Stephenson* disintió, considerando que debía responsabilizarse a Scor por infringir su propio deber de cooperación al reservarse la aprobación del acuerdo.²²⁴ El juez Stephenson razonó de la siguiente forma:

“Aquí Scor no solamente se reservó la aprobación, sino que además se reservó la cooperación. Al reservarse tanto la aprobación como la cooperación, Scor forzó que ICA aceptara el acuerdo judicial, que resultó mucho más costoso que si hubiera aceptado el reclamo inicial. No obstante, ahora Scor alega que el lenguaje de una de esas cláusulas le da derecho a oponerse al pago de lo que como consecuencia de su reserva ICA tuvo que pagar”.²²⁵

Estas opiniones judiciales nos permiten afirmar que existe un lugar común en cuanto al ejercicio de las facultades del Reasegurador emanadas de las CCC. Estas no son absolutas, puesto que en ciertos casos el incumplimiento de los deberes del Reasegurador puede justificar que el Reasegurado no tenga que seguir obligado ante él. Aunque venimos comentando fallos que se refieren a cláusula de cooperación, todos los razonamientos son aplicables a una cláusula de control, y con mayor razón, porque a mayores facultades entonces deben contemplarse mayores y más claros límites. Sigamos revisando el fallo de *Gan v. Tai Ping 2* para ver si contiene elementos que puedan ayudarnos a definir más claramente estos contornos.

²²⁴ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.59.

²²⁵ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.59. Traducción libre del texto original (“Here Scor not merely withheld approval; they withheld co-operation also, except to a detrimentally limited extent. By withholding both approval and co-operation, Scor forced ICA into a settlement by adjudication, which cost much more than settlement by accepting ATC's claim; yet Scor now contend that the language of one of these two clauses entitles them to withhold payment of what their refusal to approve or to co-operate has compelled ICA to pay”).

En el Párrafo 68 de la sentencia, el *Lord Mance* sostuvo:

“Es posible concebir circunstancias en que el rechazo de aprobar por parte del reasegurador puede venir determinado por razones extrañas al reclamo, perjudicando en consecuencia al reasegurado. Un caso evidente sería el rechazo de la aprobación, no por una razón conectada con los méritos del reclamo, pero como parte de un intento de influir en la conducta del reasegurado en relación con una cuestión emanada de otro reaseguro o de lesionar a un reasegurado competidor respecto de otros negocios o a los ojos del regulador local. Otro ejemplo podría ser el de un reasegurador que se reservó la aprobación porque decidió, por razones no relacionadas con el reclamo, que quería prolongar el pago de los reclamos por el mayor tiempo posible, a pesar de que resulte obvio que los reclamos debieron ser pagados y acordados en los mejores términos posibles. En cualquier caso, no escuchamos argumentos detallados respecto de qué casos podrían caer en dicha categoría, y no pretendo expresar decisiones finales sobre estas situaciones particulares”.²²⁶

²²⁶ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.68. Traducción libre del texto original (“*It is possible to envisage circumstances in which reinsurers' refusal of approval could take place for reasons extraneous to the claim and prejudice insurers. A clear case would be refusal of approval, not for any reason connected with the merits of the claim, but as part of an attempt to influence an insurer's attitude in relation to a matter arising under another quite separate reinsurance or to harm an insurer as a competitor in respect of other business or in the eyes of a local regulator. Another example might be that of a reinsurer who withheld approval because it had decided, for reasons unrelated to the particular claim, that it wished as reinsurer to prolong payment of any claims for as long as possible, however obvious it might be that they would have to be met in full and should as claims be settled on the best terms possible. However, we did not hear detailed argument on what cases might fall within such a category, and I do not intend to express final views on particular situations such as the latter?*”).

En este Párrafo, el *Lord Mance* aborda elementos fundamentales para delimitar el ejercicio de las facultades emanadas de una CCC. Brevemente, de sus ideas extraemos la siguiente conclusión: las facultades deben ejercerse de acuerdo con las circunstancias fácticas del reclamo particular y no en atención a elementos extraños.

Luego, en el Párrafo 70, el juez Mance dice lo siguiente:

“El derecho a reservarse la aprobación se concede para proteger al reasegurador, pero esto no quiere decir necesariamente que pueda ejercerlo solamente en atención de sus intereses. El reaseguro no puede contemplar que el asegurador solamente cuide su interés al momento de decidir un acuerdo, o que el reasegurador solo cuide su exposición financiera al momento de decidir qué acuerdo aprobar”.²²⁷

De este pasaje podemos extraer otro elemento relevante, la consideración de los intereses de la contraparte. No podemos estar más de acuerdo. El contrato de reaseguro origina una relación contractual bilateral en que ambas partes son acreedoras y deudoras recíprocamente. La máxima buena fe impone sobre las partes el deber de considerar, con especial celo, los intereses y la posición de la contraparte. No puede ser de otra manera, porque ambos se necesitan mutuamente para llevar a cabo su giro. En este sentido, el Reasegurador tiene que tomar en cuenta las consecuencias que el ejercicio de sus derechos contractuales podrá tener en la posición del Reasegurado. Por ejemplo, si el ordenamiento jurídico del Reasegurado lo expone a sanciones por parte del ente regulador por no ajustar el siniestro en un

²²⁷ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.70. Traducción libre del texto original (“*The right to withhold approval is provided for reinsurers' protection, but that does not necessarily mean that they can exercise it in or solely with their own sectional interests in mind. The reinsurance cannot contemplate either that insurers would look only at their retained interest, when deciding what settlement or compromise to propose, or that reinsurers would look only at their own financial exposure, when deciding what settlement or compromise to approve*”).

plazo breve, la reserva excesiva e injustificada de la aprobación del Reasegurador refleja una desconsideración de la posición de su contraparte, lo que redundaría en una infracción a su deber de máxima buena fe y evidencia un ejercicio incorrecto de las facultades del Reasegurador que da buenas razones para luego impedirle descansar en sus efectos.

Casi inmediatamente, en el Párrafo 72, el *Lord Mance* señala:

“Lo que yo creo se contempla, es que tanto asegurador como reasegurador, deben ejercer su rol bajo la cláusula de cooperación, específicamente sus letras b) y c), de la forma más objetiva posible y como un todo, sin atender tanto a su exposición específica como asegurador o reasegurador. Así como sería incorrecto que el asegurador acuerde el pago de un reclamo sin atender al mérito de este, porque en definitiva la carga recaerá sobre su reasegurador, sería incorrecto también que el reasegurador insista en que debe disputarse una cobertura sin atender a sus méritos (...). Esto no se desprende de una necesidad de equilibrar intereses concurrentes, sino que de reconocer que tanto el asegurador, en cuanto a proponer, y el reasegurador, en cuanto a decidir si aprobar o no un acuerdo propuesto, deben tener por objetivo resolver la misma pregunta: ¿debe existir un acuerdo, compromiso o admisión de responsabilidad en torno al reclamo de cobertura? Ese es el interés común que ellos deberían haber esperado al suscribir el reaseguro”.²²⁸

²²⁸ *Gan v. Tai Ping* 2, 2001, Para.72. Traducción libre del texto original (“*What is, I think, contemplated, as regards both insurers and reinsurers, is that each should, in performing his role under sub-clause (b) and (c), view the original claim, so far as possible objectively and as a whole, without regard to his narrower sectional exposure as insurer or reinsurer. Just as it would be wrong for insurers to settle a claim without real regard to its merits, because the burden would fall on their reinsurers, so it would, for this reason, be wrong for reinsurers to insist on a claim being fought regardless of its real merits (...). This follows not from any requirement to balance competing interests, but from a recognition that both insurers in proposing and reinsurers in deciding whether or not to approve any proposed settlement, compromise or admission should look at and seek to resolve one and the same question: should there*”).

Nuevamente, hay elementos interesantes en el pensamiento del *Lord Mance* que resultan extremadamente útiles para construir límites a las facultades del Reasegurador. Estos son que debe ejercerlas de manera objetiva, es decir, atendiendo a los méritos del caso concreto, y de manera sistemática, a saber, atendiendo al reclamo concreto y considerando la relación entre Reasegurado y Reasegurador como un todo, siempre teniendo por objetivo responder a la pregunta de si procede o no la cobertura.

A renglón seguido, en el Párrafo 73, el juez Mance indica que “si hay una implicancia, esta va en la línea de que el reasegurador no se reservará la aprobación arbitrariamente, o no lo hará en circunstancias tan extremas que cualquier otra empresa razonable no se lo hubiera reservado”.²²⁹ Esta reflexión acerca de las consecuencias de establecer límites al ejercicio de los poderes del Reasegurador es fundamental. En primer lugar, porque establece claramente que no puede ejercerse arbitrariamente, como contrapartida del criterio objetivo que debe reinar en la liquidación del siniestro. En segundo lugar, porque nos ofrece un método para determinar cuándo un Reasegurador se está comportando arbitrariamente. Esto lo hace recurriendo a la comparación con el estándar de una empresa razonable atendidas las circunstancias. La relación con la forma de probar la infracción del Reasegurador es evidente. Bastará probar que se comportó de una manera que ninguna otra empresa razonable en esas circunstancias hubiera adoptado.

be such a settlement, compromise or admission in respect of the original claim, viewing that as a whole? That is the common interest to which they must be taken to have subscribed”.

²²⁹ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.73. Traducción libre del texto original (“*If there is any further implication, it is along the lines that the reinsurer will not withhold approval arbitrarily, or (...) will not do so in circumstances so extreme that no reasonable company in its position could possibly withhold approval*”).

Por último, en el Párrafo 76, el *Lord Mance* sostiene:

“En resumen, el derecho a reservarse la aprobación era aquí uno de Gan, y de nadie más. Es un derecho que debe ser ejercido de buena fe luego de considerar y sobre la base de los hechos que dan lugar al reclamo en particular, y no en referencia a consideraciones completamente extrañas a la materia del reaseguro o arbitrariamente. Debe ser ejercido considerando el reclamo como un todo”.²³⁰

En sus últimas palabras sobre el asunto se refiere a la buena fe, que nosotros creemos engloba todo lo que se ha venido diciendo. Aunque se echa de menos el calificativo “máxima”, en este principio podemos encontrar el límite a las facultades del Reasegurador. A partir de esta máxima buena fe surgen distintos deberes que el Reasegurador deberá respetar para poder hacer un uso exitoso de la CCC como medio de defensa ante la indemnización. De lo contrario, el Reasegurado podrá ignorar su obligatoriedad y recuperar la gestión del siniestro, incluso pudiendo invocar, en ciertos casos, la comunidad de suerte ante el Reasegurador. Reiteramos que según nuestro parecer esto puede ocurrir solo cuando la CCC no es *condition precedent*, porque solo en ese caso puede argumentarse que no es tan clara la voluntad de las partes de querer dejar sin efecto, en todo caso, la comunidad de suerte.

²³⁰ *Gan v. Tai Ping 2*, 2001, Para.76. Traducción libre del texto original (“*In summary, the right to withhold approval was, here, Gan's, and no-one else's. It is a right to be exercised in good faith after consideration of and on the basis of the facts giving rise to the particular claim, and not with reference to considerations wholly extraneous to the subject-matter of the particular reinsurance or arbitrarily. It is to be exercised by considering the claim as a whole*”).

En suma, de acuerdo con la opinión de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, vertida en la sentencia del caso *Gan v. Tai Ping 2*, las facultades emanadas de una CCC para el Reasegurador deben ser ejercidas: (i) Tomando en consideración las circunstancias fácticas del reclamo en particular y no elementos extraños a este; (ii) Tomando en consideración los intereses de la contraparte; (iii) De acuerdo con un criterio objetivo que atienda los méritos del reclamo; (iv) De acuerdo con un criterio sistemático que atienda al reclamo como un todo; (v) No arbitrariamente, es decir, no incurriendo en conductas que cualquier empresa razonable en las mismas circunstancias no hubiera desplegado y; (vi) Siempre teniendo en mente que el objetivo principal es responder a la pregunta acerca de la real cobertura del siniestro.

Todos estos elementos no son más que implicancias de la máxima buena fe. Es esto lo que justifica en último término los límites y deberes del Reasegurador. Ahora, si consideramos un reaseguro cuya ejecución se verifica en Chile ¿por qué sería importante este fallo de un tribunal inglés? Sencillamente porque el artículo 584 CCom establece que para interpretar el reaseguro se estará a las prácticas comerciales internacionales. Probablemente no exista mejor testimonio de estas prácticas que los conocimientos y razonamientos de los tribunales que conocen los conflictos de la industria casi diariamente. Entonces, para interpretar el alcance y forma de ejecutar una CCC en Chile sí son importantes estos fallos, en especial si provienen de Estados Unidos o Inglaterra, que son dos países conocidos por su desarrollo en materia de seguros y reaseguros, y que tienen la reputación para marcar la pauta en este ámbito.

La antigüedad del fallo que venimos revisando podría preocupar al lector, por lo que analizaremos otro fallo inglés más reciente, también conocido por abordar la problemática de las CCC: el caso *Beazley v. Al Ahleia*.²³¹ Veremos a continuación si esta sentencia puede darnos más elementos o medios para limitar las facultades de control de un Reasegurador o definir sus alcances.

En *Beazley v. Al Ahleia*, el contrato de reaseguro contenía una cláusula de control de siniestros con el siguiente tenor literal:

“No obstante cualquier cosa en contrario dentro del Reaseguro o la Póliza Original, es una condición precedente a cualquier responsabilidad bajo este reaseguro que:

- a) El Reasegurado deberá notificar a los Reaseguradores de cualquier siniestro que pueda dar lugar a un reclamo bajo este reaseguro, apenas tenga conocimiento de este y lo más rápido que sea razonablemente posible;
- b) El Reasegurado deberá proveer a los Reaseguradores toda la información disponible respecto de los siniestros y los Reaseguradores tendrán el derecho a designar liquidadores, asesores, supervisores u otros expertos y controlar todas las negociaciones, liquidaciones y acuerdos en conexión con dichos siniestros.

²³¹ *Beazley v. Al Ahleia*, Corte Superior de Inglaterra y Gales, División del Banquillo de la Reina, Corte Comercial, 2013. Este conflicto gira en torno a un contrato de reaseguro celebrado entre *Al Ahleia Insurance Company* y otros (en adelante “Al Ahleia”) y *Beazley Underwriting Limited* y otros (en adelante “Beazley”). Al Ahleia había asegurado la construcción de un depósito de petróleo crudo en Kuwait, que debió ser reparado por fallas en la construcción, ascendiendo el siniestro a los US\$28M. Ocurrido el siniestro, Al Ahleia notificó a sus reaseguradores, entre ellos Beazley. Este último niega responsabilidad bajo el contrato de reaseguro dado que este contenía una cláusula de control de siniestros condición precedente a su responsabilidad que habría sido infringida por Al Ahleia.

c) Ningún acuerdo y/o transacción podrá ser hecho y ninguna responsabilidad admitida sin la previa aprobación de los Reaseguradores”.

El punto central de la discusión ante la Corte Superior fue precisamente el alcance y los efectos de esta cláusula, ya que Beazley intentó eximirse de responsabilidad invocando una infracción por parte de Al Ahleia.²³² Que la cláusula de control era una condición precedente a la responsabilidad de Beazley no fue una cuestión controvertida.^{233 234}

Los demandantes, es decir Beazley y otros, argumentaron que Al Ahleia infringió la cláusula puesto que: (i) Se infringió la letra b) de la cláusula de control en cuanto Al Ahleia no permitió que Beazley controlara las negociaciones con el asegurado directo y, por el contrario, las llevo adelante a espaldas de Beazley y; (ii) Se infringió la letra c) de la cláusula de control en tanto Al Ahleia admitió responsabilidad reiteradas veces ante el asegurado sin la previa aprobación de Beazley y acordó y/o comprometió el reclamo sin la previa aprobación de Beazley.²³⁵

Sobre la naturaleza y aplicación de la cláusula de control de siniestros, la Corte concluyó que se trataba de una cláusula de exención de responsabilidad y que en consecuencia solo podría aplicarse si sus términos son claros. Para arribar a esta conclusión se refirió a un pasaje del *Lord Justice Longmore* en el caso *R&S v.*

²³² *Beazley v. Al Ahleia*, 2013, Para.3.

²³³ En inglés: *a common ground*.

²³⁴ *Beazley v. Al Ahleia*, 2013, Para.68.

²³⁵ *Beazley v. Al Ahleia*, 2013, Para.66.

Dornoch.²³⁶ En ese caso, el juez estimó que una CCC opera siempre como cláusula de exención de responsabilidad, ya que siempre debía partirse de la base que el Reasegurador era *prima facie* responsable frente al Reasegurado, establecido que este último era responsable frente al Asegurado.²³⁷ Entonces, fue a partir de esta aproximación interpretativa que la Corte abordó la discusión acerca de su incumplimiento.

La postura de la Corte en cuanto a la naturaleza de la CCC es útil para limitar las facultades de Beazley porque permite adoptar una interpretación restrictiva, al ser la CCC una excepción a la regla general en que el Reasegurador es responsable siempre que el Reasegurado sea responsable. De esta forma, el Reasegurador solo podrá descansar en la CCC redactada como *condition precedent* si es que está redactada claramente. Esto no es más que una aplicación de la máxima *contra proferentem*, ya que en caso de ambigüedad o duda en la redacción el Reasegurador no podría invocarla. Creemos que este razonamiento es improcedente. Porque en el reaseguro estamos ante dos entes especializados que conocen el negocio y la cláusula. Difícilmente podría un Reasegurado alegar que no conocía el funcionamiento de una CCC. Por consiguiente, la autonomía privada debe prevalecer, no pudiendo una de las partes verse favorecida por la falta de claridad. Si las partes quisieron establecer una exención de responsabilidad para el caso en que no se permitiera al Reasegurador controlar la liquidación, entonces debe respetarse esa intención. Hay que recordar que la problemática de los límites a las facultades del Reasegurador tiene por objetivo proteger al Reasegurado en casos en que se abuse de ellas, no restar fuerza a lo que fue la verdadera intención de las partes manifestada en un contrato libre y rigurosamente negociado.

²³⁶ *RCS v. Dornoch*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2005.

²³⁷ *RCS v. Dornoch*, 2005, Para.19.

Sobre la infracción de la letra b), que otorgaba a Beazley el derecho a controlar las negociaciones y la liquidación, la Corte desechó esta alegación dado que si bien existieron negociaciones entre Al Ahleia y el Asegurado directo, estas no tenían una fuerza jurídica suficiente como para quedar comprendidas dentro de la cláusula de control.²³⁸ En otras palabras, siguiendo la aproximación interpretativa que había anticipado en su referencia al caso *Re S v. Dornoch*, la Corte interpretó restrictivamente la cláusula de control con el objeto de distinguir el tipo de negociaciones sujetas a control. Consideramos que esto es profundamente criticable, ya que interfiere con la intención de las partes al pactar la cláusula en cuestión bajo el pretexto de que una falta de claridad debe ser resuelta en perjuicio del Reasegurador. La Corte introduce una distinción donde las partes no previeron ninguna. Esto es improcedente por las razones que dimos en el párrafo anterior. A pesar de que disintimos con el razonamiento de la Corte, esto es útil para definir los posibles alcances y límites de una CCC.

Sobre la infracción a la letra c), que exigía obtener aprobación de Beazley para que Al Ahleia pudiera aprobar un acuerdo o admisión de responsabilidad, la Corte concluyó que a su respecto tampoco hubo infracción dado que el acuerdo de pago emitido por Al Ahleia era relativo a su propia retención del riesgo y no a la responsabilidad de Beazley.²³⁹ Nuevamente, fiel a su aproximación interpretativa, la Corte introduce una distinción que no fue prevista por las partes. Según el tribunal, los acuerdos de pago que digan relación con la propia responsabilidad de Al Ahleia frente al Asegurado directo no caen dentro del control de la letra c) de la cláusula. Es decir, esta sería aplicable solo para acuerdos, compromisos o admisiones de responsabilidad relativos a Beazley y el reaseguro. Pero si revisamos la literalidad de

²³⁸ *Beazley v. Al Ahleia*, 2005, Paras.71-81.

²³⁹ *Beazley v. Al Ahleia*, 2005, Paras.82-99.

la cláusula no encontraremos nada parecido a esto. La letra c) dice que “ningún acuerdo o admisión de responsabilidad podrá ser hecho sin la aprobación previa”. Por ello también nos apartamos del razonamiento de la Corte en este punto, ya que interpreta la cláusula donde no hay necesidad de hacerlo. A mayor abundamiento, no vemos cómo podría afirmarse que una admisión de responsabilidad de Al Ahleia no está relacionada de alguna manera con la responsabilidad de Beazley.

Sobre este punto, no podemos dejar de destacar lo persuasivo del argumento esgrimido por Beazley para justificar la lectura literal de la letra c) de la CCC, de manera que cualquier acuerdo se encuentre sujeto a su aprobación. Según la defensa de Beazley, esta lectura estricta se justifica por el sentido y propósito comercial de la cláusula de control.²⁴⁰ Como sabemos, este consiste en otorgar el control de las negociaciones y las liquidaciones al Reasegurador para protegerlo de su exposición patrimonial cuando se hace cargo de gran parte del riesgo. Y ocurre que, para que Al Ahleia pueda acordar un pago o admitir responsabilidad frente al Asegurado, es necesario que primero se establezca un monto estimado del total de la cobertura, porque solo así se puede fijar el monto por el que es responsable Al Ahleia. En otras palabras, para poder fijar la proporción que corresponde soportar a Al Ahleia es necesario fijar primero el total de la cobertura. Como consecuencia, el Asegurado se crea una expectativa de la suma total que le correspondería por el siniestro.²⁴¹ Luego, la negociación se torna más difícil para Beazley ya que tendrá que lidiar con esa expectativa del Asegurado, que no aceptará basarse en una cifra menor a ese total. Como consecuencia, el propósito comercial de la cláusula se ve en gran medida burlado por este acuerdo de Al Ahleia emitido sin la aprobación de Beazley, ya que

²⁴⁰ *Beazley v. Al Ahleia*, 2005, Para.85.

²⁴¹ Los representantes de Beazley se refieren a esto como una “*negotiating bar*”. Es decir, una barra de negociación que se impone a Beazley por la infracción de los deberes de Al Ahleia.

este deberá soportar las consecuencias de una conducta que según el contrato tenía derecho a orientar. No obstante lo anterior, la Corte desechó este argumento, en lo que consideramos un esfuerzo interpretativo para permitirle a Al Ahleia cobrar el reaseguro a Beazley.

En definitiva, la Corte impidió que el Reasegurador descansara en la cláusula de control mediante una interpretación restrictiva de la misma, basándose en una regla *contra proferentem*. Lógicamente, esto se traduce en un límite a las facultades de control del Reasegurador, lo que a su vez permite definir un margen de acción para el Reasegurado. Sin embargo, creemos que estos límites no son adecuados.

Este fallo demuestra que no es tan sencillo para un Reasegurador invocar su exención de responsabilidad en virtud de la cláusula de control, aunque a primera vista los hechos permitan sospechar su infracción. A pesar de no estar de acuerdo con las razones de la Corte para limitar el alcance de la cláusula, estas son una rica fuente de ideas para eventuales litigios en la materia.

Dejando de lado el análisis jurisprudencial, otra manera de afrontar las facultades del Reasegurador en un reaseguro amplio es a través de la figura de la renuncia de derechos.²⁴² No se trata de un límite directo al ejercicio de las facultades, pero sí puede ser un útil medio de defensa para el Reasegurado. En esta línea, los profesores Edelman & Burns dejan ver que si un Reasegurador rehúsa ejercer sus facultades de control entonces el Reasegurado tiene un argumento en la renuncia de los derechos que para el Reasegurador emanan de la CCC.²⁴³

²⁴² En inglés: *waiver of rights*. En nuestro medio se regula la renuncia de derechos en el artículo 12 CC.

²⁴³ Edelman & Burns, 2013, Ob. Cit., Cap.5, Para.31.

La profesora Gurses analiza dos fallos para tratar el tema de la renuncia: *Kosmar v. Trustees*²⁴⁴ y *Lexington v. Multinacional*^{245, 246}. El primero de estos casos se dio bajo el contexto de un seguro y la Corte consideró que por estar redactada la cláusula de notificación de reclamo como una *condition precedent* entonces el Asegurador quedaba eximido automáticamente de responsabilidad ante el incumplimiento por parte del Asegurado. No obstante, aceptó la posibilidad de que el Asegurado se defendiera de la *condition precedent* si el Asegurador le produjo la expectativa de que no iba a invocar la infracción de la cláusula de manera inequívoca, sea expresa o tácitamente.²⁴⁷ El segundo caso fue una aplicación del razonamiento anterior a un contrato de reaseguro. La Corte confirmó este razonamiento y ratificó que la única forma que tiene el Reasegurado para defenderse ante el Reasegurador es invocando una renuncia al derecho de descansar en la cláusula, que sea consecuencia de una representación inequívoca por parte del Reasegurador de haber aceptado la responsabilidad, no pretender invocar la infracción de la cláusula, y además que el Reasegurado haya desplegado una conducta conforme a esa expectativa y que le resulte perjudicial.²⁴⁸ Es decir, una renuncia por aplicación de la teoría de los actos propios.²⁴⁹

²⁴⁴ *Kosmar v. Trustees*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2008.

²⁴⁵ *Lexington v. Multinacional*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 2009.

²⁴⁶ Gurses, 2009, Ob. Cit., pp.111-112.

²⁴⁷ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.111.

²⁴⁸ Gurses, 2009, Ob. Cit., p.112.

²⁴⁹ En inglés: *waiver by estoppel*.

Otro límite o medio de defensa para el Reasegurado podría encontrarse en la institución del cumplimiento ficto de la condición, regulada en el inciso segundo del artículo 1481 CC. El Reasegurado puede eventualmente alegar que el Reasegurador está valiéndose de medios ilícitos para evitar que la condición se cumpla, y por ende que esta debe entenderse cumplida. Todo lo anterior, considerando que la CCC *condición precedent* es una condición suspensiva de la obligación del Reasegurador.

Por último, consideramos que lo dicho sobre la forma y oportunidad de ejercer las facultades también debe ser considerado como un límite, por cuanto el Reasegurador, al aceptar la aplicación de la normativa chilena sobre liquidación, asume las consecuencias de su infracción. Nos parece que la sanción debe consistir en impedirle al Reasegurador invocar la CCC luego de haber demostrado una desobediencia de las normas y principios que rigen el procedimiento de liquidación en Chile.

En conclusión, el Reasegurado sí puede liberarse del control del Reasegurador en los siguientes casos: (i) en casos calificados donde el Reasegurador ejerza la CCC de manera discrecional, arbitraria o desconsiderada, infringiendo así su deber de máxima buena fe para con el Reasegurado; (ii) en casos donde el Reasegurador, habiendo aceptado previamente la aplicación de la normativa chilena sobre liquidación de siniestros, incurra en conductas que la infrinjan o tiendan a infringirla; (iii) cuando el Reasegurador, mediante su conducta positiva o negativa, expresa o tácita, represente inequívocamente al Reasegurado que no pretende hacer uso de sus facultades de cooperación y/o control, resultando en una renuncia a su derecho y; (iv) cuando el Reasegurador se valga de medios ilícitos para evitar que se cumpla la condición suspensiva precedente a su responsabilidad, consistente en el cumplimiento de la CCC por parte del Reasegurado.

VI. CONCLUSIONES

La primera y principal conclusión de este trabajo es que la presencia de CCC afecta profundamente la estructura y dinámica tradicional de contrato de reaseguro que fue expuesta los capítulos iniciales de esta Memoria. Pero la verdad es que esto no es muy novedoso, cualquiera con experiencia en el mercado reasegurador estaría de acuerdo. Lo que resulta más interesante son las conclusiones obtenidas luego del necesario ejercicio de replantearse la vigencia y alcance de ciertos conceptos, características y principios tradicionales. Con todo, nos atrevemos a concluir asimismo que esta ruptura con los cimientos clásicos del reaseguro no debe ser tomada sin más como perjudicial, sino que debe ser aceptada y abordada teniendo en cuenta que responde a las necesidades de quienes utilizan el instituto del reaseguro, estando por ello plenamente justificada su legitimidad. El esfuerzo que hay que hacer es distinto y consiste en realizar los ajustes y reflexiones necesarias para evitar que la herramienta se preste para abusos.

Antes de presentar las conclusiones específicas a cada uno de los capítulos elaborados en esta investigación queremos volver a destacar la importancia de los PRICL como instrumento unificador en materia de reaseguros, y más específicamente, la relevancia que creemos puede tener en nuestro país. Insistimos en que actualmente el estudio y conocimiento de este instrumento, especialmente en su versión original en inglés, es el punto de partida para cualquier trabajo o estudio sobre el contrato de reaseguro.

Sobre el impacto de las CCC en la concepción tradicional del tradicional planteamos dos puntos de análisis. En primer lugar, si la naturaleza del contrato de reaseguro cambia cuando hay CCC. En segundo lugar, si los principios tradicionales atribuidos al reaseguro pierden o guardan su vigencia cuando hay CCC.

Sobre la transformación de la naturaleza jurídica del reaseguro amplio, creemos que atendido nuestro ordenamiento esta postura es improcedente. Primero, por la decisión del legislador respecto de su naturaleza, manifestada en la ubicación de las normas sobre reaseguro y la forma de definir el reaseguro. Segundo, por la inconveniencia de sus consecuencias, sujetando la relación entre Reasegurado y Reasegurador a una normativa que no se condice con las características que dicha relación tiene en la realidad.

Por lo demás, vimos que el propósito de encontrarle una naturaleza jurídica distinta al reaseguro amplio es derechamente encontrar una manera de dotar al Asegurado con un medio de acción frente al Reasegurador, y ese objetivo se alcanza de igual forma considerando la obsolescencia del principio de independencia y autonomía del reaseguro y la teoría de los contratos conexos, tal como se demostró a lo largo del trabajo.

Sobre el impacto de las CCC en los principios tradicionales vimos que debemos distinguir. En el caso de la comunidad de suerte, presenciemos una escisión de sus efectos. Lo anterior, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda recobrar su vigencia por no haber una manifestación de voluntad lo suficientemente potente como para hacerla desaparecer en todo caso. Aquí nos referimos a los casos en que la CCC no está redactada como condición precedente, ya que si lo está entonces resulta evidente que la intención de las partes fue alejarse de la comunidad de suerte.

En cuanto a la independencia y autonomía, defendimos una tesis que supera su vigencia en favor del Asegurado, otorgándole una acción directa de naturaleza contractual en virtud de la teoría de los contratos coligados. Esto, ya que la realidad de las CCC destruye la teoría, dando lugar a un ajuste en la regulación de la relación de reaseguro amplio con el objeto de morigerar los desbalances que pueden originarse en la relación tripartita de Asegurado, Reasegurado y Reasegurador. Esto ejemplifica de buena manera la función de este trabajo: buscar ajustes a los potenciales problemas jurídicos que puede generar la utilización de CCC.

En el caso de la máxima buena fe, sostuvimos que este es el único principio que mantiene plena vigencia luego de la aparición de las CCC ya que su justificación se encuentra en las necesidades prácticas y técnicas del mercado, que no cambian por la aparición de estas estipulaciones. Antes y después de la aparición de las CCC el comercio y contrato de reaseguro se encuentra íntimamente vinculado con el principio de máxima buena fe, que impone a las partes deberes de diligencia especialmente estrictos y celosos de los intereses de la contraparte.

En lo que concierne al impacto de las CCC en la liquidación de siniestros, apreciamos que actualmente la mayoría de estos casos se rigen plenamente por la reglamentación chilena relativa al ajuste de los siniestros, por la redacción de la LMA 5276. De ahí que para determinar la forma y oportunidad de ejercer las facultades emanadas de una CCC siempre deban respetarse las reglas de la LS y el Reglamento. Con todo, pudimos ver que, en cualquier caso, se producen roces entre la normativa chilena y la realidad del funcionamiento de una CCC porque generalmente el Reasegurador tendrá incentivos que van en un sentido contrario a la regulación chilena.

Empero, concluimos que estos incentivos perversos se encuentran con el contrapeso de un importante desincentivo de orden contractual, consistente en la pérdida del derecho del Reasegurador de descansar en la infracción de la CCC por parte del Reasegurado, cuando el primero demuestre una inobservancia de la normativa que se comprometió a respetar.

Con todo, adelantamos ciertas críticas y observaciones a esta constante tensión entre las facultades del Reasegurador y la legislación chilena, que sin duda dejan ciertos espacios a conductas cuestionables por parte del Reasegurador, que deben ser afrontadas por las mismas partes contratantes, pues el ente regulador chileno no fiscaliza al Reasegurador extranjero.

Además, demostramos que de acuerdo con la ley chilena y los principios que rigen el reaseguro según la doctrina y jurisprudencia internacional, es posible construir un límite a las facultades del Reasegurador. La máxima buena fe es el coto que debe respetar este último para ejercer sus facultades, pudiendo el Reasegurado ignorar la CCC si es que el Reasegurador demuestra una desconsideración de este deber esencial. Lo anterior, sin perjuicio de que existan otras maneras a disposición del Reasegurado para defenderse de las facultades del Reasegurador o limitarlas, como la institución de la renuncia de derechos, el cumplimiento ficto de la condición, o la desconsideración de la normativa chilena que el Reasegurador aceptó obedecer. En definitiva, es posible afirmar que el régimen de control del Reasegurador se encuentra sujeto a ciertos límites bajo la ley chilena.

Para terminar, creemos necesario hacer ver al lector, una vez más, que si bien la existencia de CCC en los facultativos presentan problemas teóricos y jurídicos de los cuales debemos hacernos cargo, la realidad es que no han sido perniciosas para el buen funcionamiento del mercado asegurador y reasegurador. En la práctica estos problemas jurídicos derivados de la realidad del negocio han sido sorteados por los operadores de manera satisfactoria mediante una correcta ponderación de los intereses en juego. No se trata de cláusulas abusivas, sino que plenamente lícitas en el contexto de una negociación transparente e informada, incluso a pesar de que el Reasegurador no esté dispuesto a transar con la exigencia de tener el control sobre la liquidación. ¿Cómo pedirle lo contrario? Él va a pagar la indemnización al final del día. Lo que sí debe preocuparnos es el correcto ejercicio de las facultades que mediante éstas se prevén. El estado actual de la cuestión demuestra que las desincentivos contractuales y legales que pesan sobre el Reasegurador son más que suficientes para encausarlo por el buen camino del ejercicio de sus facultades según la máxima buena fe. En suma, el silencio de la ley en esta materia puede ser suplido de manera satisfactoria por otras fuentes relevantes del derecho en el ámbito del reaseguro: la ley del contrato y las costumbres comerciales.

ANEXO 1

CLÁUSULA DE REASEGURO COMPLETO

SUJETO A LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE ESTE ACUERDO COMO SE ESTABLECE EN EL PRESENTE Y LOS ANEXOS Y / O ENDOSOS A LOS MISMOS, ESTE ACUERDO REASEGURA EL INTERÉS DEL REASEGURADO EN AQUELLOS PAGOS REALIZADOS DENTRO DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA PÓLIZA ORIGINAL.

EN CASO DE INCONGRUENCIAS ENTRE LA POLÍTICA ORIGINAL Y ESTE ACUERDO, PREVALECE EL PRESENTE ACUERDO.

CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMOS

SIN PERJUICIO DE LO CONTENIDO EN ESTE DOCUMENTO Y / O DE LA POLÍTICA EN CONTRARIO, ES UNA CONDICIÓN PREVIA A CUALQUIER RESPONSABILIDAD BAJO ESTE REASEGURO QUE:

(A) EL REASEGURADO INFORMARÁ INMEDIATAMENTE A LOS REASEGURADORES POR FACSIMIL O CORREO ELECTRÓNICO INMEDIATAMENTE Y EN CUALQUIER CASO A MÁS TARDAR 30 DÍAS DESPUÉS DE CONOCER CUALQUIER CIRCUNSTANCIA QUE PUEDA DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN BAJO ESTA POLÍTICA.

(B) EL REASEGURADO PROPORCIONARÁ A LOS REASEGURADORES TODA LA INFORMACIÓN RELATIVA A CUALQUIER RECLAMACIÓN O RECLAMACIÓN;

LOS REASEGURADORES TENDRÁN DERECHO A NOMBRAR AJUSTADORES Y / O REPRESENTANTES QUE ACTÚEN EN SU NOMBRE PARA CONTROLAR TODAS LAS NEGOCIACIONES, AJUSTES Y LIQUIDACIONES RELACIONADOS CON DICHA RECLAMACIÓN O RECLAMACIONES.

C
O
P
I
A

ANEXO 2

CHILEAN CLAIMS CONTROL CLAUSE

1. CLAUSE OBJECTIVE AND APPLICATION SCOPE

The purpose of this claims control clause is to set a procedure to manage the claims filed up against this policy and it shall be applied both for the direct insurance and the reinsurance.

2. LOSS NOTIFICATION

Upon knowing any loss notification or claim that might bring about a loss, the Insurer shall immediately report the Reinsurers.

3. LEADING REINSURER NOMINATION

The reinsurers shall nominate one of them to assume as leader on its own behalf and on the others behalf bearing all liabilities connected with the claim management, including that of admitting and determining the amount payable under this policy.

In the event that such reinsurer is not nominated, it shall be understood that the leader's duties shall be performed by the reinsurer that leads the insurance underwriting list as noted in the relevant Reinsurance Slip.

4. LAW APPLICABLE TO CLAIMS SETTLEMENT

The loss settlement procedure hereunder shall be governed by the regulations contained to this regard in Title 61 to 64 of the Chilean Insurance Law (Decree with the force of Law Nr. 251) and the complementary provisions contained in the Regulations of Insurance Business Operators (Executive Order Nr. 863, 1989) whose enforcement is mandatory to any claim filed under an insurance policy engaged in Chile.

Nevertheless, the terms referred to in the above mentioned legal and statutory regulations are conventionally extended by 30 calendar days as from their inception date, according to the above captioned Law and regulations.

5. ADJUSTER AND SUPERVISOR NOMINATION

The nomination of an adjuster shall be made as provided in the policy particular conditions. In the absence of such provision, the said nomination shall be made by the insurance company and the Adjuster and Supervisor shall be an entity qualified and registered as such before the Superintendence for Stock and Insurance of Chile.

Without detriment to the above, the leading Reinsurer shall nominate a procedure supervisor empowered with the authority and liabilities indicated in paragraph 7 of this clause.

6. ADJUSTER'S DUTIES

In addition to the regulations contained in Title 12 through 17 of the Regulations of Insurance Business Operators (Executive Order Nr. 863) that will be entirely applicable, the nominated adjuster shall:

- (A) Perform the expert surveys, actions and investigations that both the insurers and reinsurers supervisor may deem necessary to determine the loss causes and loss valuation.
- (B) Keep and manage a case file, including any supporting documentation about the event.
- (C) Issue the preliminary and final reports required for the case management.
- (D) Answer the questions made by the Insurers, the Insured or the Supervisor, in connection with the case management, basically regarding the event causes and valuation.

7. SUPERVISOR'S DUTIES

The supervisor shall:

- (A) Participate, if deemed convenient, in the experts' actions and investigations that the Adjuster will develop.
- (B) Report to the leading reinsurer the progress of the claim management and provide any explanations that may be required in connection with the event investigation and adjustment work.
- (C) Canalize the suggestions made by the leading reinsurer in connection with the event causes and loss determination.

(D) Transmit to the adjuster the opinion of the leading reinsurer in connection with the specific issues that may arise along the process regarding the event cause, the application of the policy and the amount payable.

8. REINSURERS' RIGHTS

The leading reinsurer, acting on its own behalf and on behalf of the others, shall be entitled to:

(A) Timely receive from the insurance company or the reinsurance broker, if applicable, the preliminary and final reports that will be issued, with their respective attachments. The preliminary reports shall contain, when possible, (i) a description of the occurrence causes, detailing all the actions scheduled and / or developed with a view to determine them; (ii) a grounded opinion about the reasons that the Adjuster has to consider a claim covered or uncovered; (iii) a loss preliminary estimate, including a breakdown of the items considered to calculate the loss. The final adjustment report shall contain (i) a detailed description of the way the events that caused the loss took place; (ii) a grounded opinion regarding the reasons that the adjuster has to admit or reject a claim; (iii) a final estimate of the amounts that the adjuster proposes to indemnify; and (iv) a statement regarding the remarks made by the supervisor on the event specific issues.

(B) Within 30 days after the preliminary report is received, the leading reinsurer may make objections, suggestions or comments in connection with any of the issues addressed in such document. The Reinsurer may additionally request actions and investigations that are considered prudent for the case appropriate investigation, and the Adjuster shall provide to the experts to be nominated the assistance and cooperation that they deem necessary to perform their duties.

(C) In the same period as indicated above, the leading reinsurer may make objections or comments to the conclusions or considerations of the final adjustment report. The insurance company shall have the same period to answer such comments or objections, as from the date on which the insurance company became aware thereof.

Upon the expiration thereof, no further observations may be made and the Adjuster's report shall be understood as approved in all matters that have not be questioned.

9. EFFECTS FROM THE REINSURERS OPINION

The insurance company shall admit the objections and comments that the leading reinsurer may make in connection with the loss adjustment and regardless of its opinion about them, shall transmit them to the Insured and the Adjuster.

In this case, the reinsurers shall:

(A) Defend and hold the ceding insurer harmless for its respective underwriting share, from any consequences that may arise from a potential complaint in connection with the policy application, such as payment loss settlements, attorneys-at-law's fees, legal expenses, interests , deposits, trusts, retentions or any other items whether related or not with the questioned issues that the insurance company is liable to pay.

The reinsurers shall be entitled to nominate the attorneys-at-law that will defense the insurance company in the event of judicial actions.

(B) Pay in the briefest time, their respective share for the admitted loss that is not being questioned, provided that such payment does not hinder the appropriate development of the trial defense.

10. APPLICABLE LAW AND JURISDICTION

The law applicable to the insurance and reinsurance contracts shall be the Chilean law and the Courts of Justice of the Republic of Chile shall resolve any conflict that may arise as a consequence of their underwriting, interpretation, application or execution.

ANEXO 3

CHILEAN CLAIMS COOPERATION CLAUSE

1. CLAUSE OBJECTIVE AND APPLICATION SCOPE

The purpose of this claims cooperation clause is to set a procedure to manage the claims filed up against this policy and it shall be applied both for the direct insurance and the reinsurance.

2. LOSS NOTIFICATION

Upon knowing any loss notification or claim that might bring about a loss, the Insurer shall immediately report the Reinsurers.

3. LEADING REINSURER NOMINATION

The reinsurers shall nominate one of them to assume as leader on its own behalf and on the others behalf bearing all liabilities connected with the claim management, including that of admitting and determining the amount payable under this policy.

In the event that such reinsurer is not nominated, it shall be understood that the leader's duties shall be performed by the reinsurer that leads the insurance underwriting list as noted in the relevant Reinsurance Slip.

4. LAW APPLICABLE TO CLAIMS SETTLEMENT

The loss settlement procedure hereunder shall be governed by the regulations contained to this regard in Title 61 to 64 of the Chilean Insurance Law (Decree with the force of Law Nr. 251) and the complementary provisions contained in the Regulations of Insurance Business Auxiliaries (Executive Order Nr. 863, 1989) whose enforcement is mandatory to any claim filed under an insurance policy engaged in Chile.

Nevertheless, the terms referred to in the above mentioned legal and statutory regulations are conventionally extended by 30 calendar days as from their inception date, according to the above captioned Law and regulations.

5. ADJUSTER AND SUPERVISOR NOMINATION

The nomination of an adjuster shall be made as provided in the policy particular conditions. In the absence of such provision, the said nomination shall be made by the insurance company and the Adjuster and Supervisor shall be an entity qualified and registered as such before the Superintendencia for Stock and Insurance of Chile (Superintendencia de Valores y Seguros de Chile).

Without detriment to the above, the leading Reinsurer shall nominate a procedure supervisor empowered with the authority and liabilities indicated in paragraph 7 of this clause.

6. ADJUSTER'S DUTIES

In addition to the regulations contained in Title 12 through 17 of the Regulations of Insurance Business Operators (Executive Order Nr. 863) that will be entirely applicable, the nominated adjuster shall:

- (A) Perform the expert surveys, actions and investigations that both the insurers and reinsurers supervisor may deem necessary to determine the causes of the loss and loss valuation.
- (B) Keep and manage a case file, including any supporting documentation about the event.
- (C) Issue the preliminary and final reports required for the case management.
- (D) Answer the questions made by the Insurers, the Insured or the Supervisor, in connection with the case management, basically regarding the event causes and valuation.

7. SUPERVISOR'S DUTIES

The supervisor shall:

- (A) Participate, if deemed convenient, in the experts' actions and investigations that the Adjuster will develop.
- (B) Report to the leading reinsurer the progress of the claim management and provide any explanations that may be required in connection with the event investigation and adjustment work.
- (C) Canalize the suggestions made by the leading reinsurer in connection with the event causes and loss determination.

(D) Transmit to the adjuster the opinion of the leading reinsurer in connection with the specific issues that may arise along the process regarding the event cause, the application of the policy and the amount payable.

8. REINSURERS' RIGHTS

The leading reinsurer, acting on its own behalf and on behalf of the others, shall be entitled to:

(A) Timely receive from the insurance company or the reinsurance broker, if applicable, the preliminary and final reports that will be issued, with their respective attachments. The preliminary reports shall contain, when possible, (i) a description of the occurrence causes, detailing all the actions scheduled and / or developed with a view to determine them; (ii) a grounded opinion about the reasons that the Adjuster has to consider a claim covered or uncovered; (iii) a loss preliminary estimate, including a breakdown of the items considered to calculate the loss. The final adjustment report shall contain (i) a detailed description of the way the events that caused the loss took place; (ii) a grounded opinion regarding the reasons that the adjuster has to admit or reject a claim; (iii) a final estimate of the amounts that the adjuster proposes to indemnify; and (iv) a statement regarding the remarks made by the supervisor on the event specific issues.

(B) Within 30 days after the preliminary report is received, the leading reinsurer may make objections, suggestions or comments in connection with any of the issues addressed in such document. The Reinsurer may additionally request actions and investigations that are considered prudent for the case appropriate investigation, and the Adjuster shall provide to the experts to be nominated the assistance and cooperation that they deem necessary to perform their duties.

(C) In the same period as indicated above, the leading reinsurer may make objections or comments to the conclusions or considerations of the final adjustment report. The insurance company shall have the same period to answer such comments or objections, as from the date on which the insurance company became aware thereof.

Upon the expiration thereof, no further observations may be made and the Adjuster's report shall be understood as approved in all matters that have not be questioned.

Should the insurance company agree with the suggestions, observations or objections made by the leading insurer, the insurance company shall formally communicate them to the Insured and the Adjuster. Otherwise the amount payable shall be indemnified, and the Reinsurers shall adhere to this decision being liable to pay as promptly as possible their respective share.

9. APPLICABLE LAW AND JURISDICTION

The insurance and reinsurance contracts shall be subject to Chilean law and jurisdiction, thus the Courts of Justice of the Republic of Chile shall resolve any conflict that may arise as a consequence of their underwriting, interpretation, application or execution.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abeliuk, René. (1993). *Las obligaciones. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2. Achurra, Juan & Contreras, Osvaldo. (2005). “Las cláusulas de cooperación y control en los contratos de reaseguro”. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, AIDA Chile, 7(14), Santiago.
3. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel & Vodanovic, Antonio. (2016). *Tratado de las Obligaciones. Tomo I*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile
4. Arenas, Marco; Ariza, Rafael; Camacho, María; Cruz, Jorge; Díaz-Granados, Juan & Franco, Javier, et al. (2018). *Estudios sobre derecho de seguros. In Memoriam doctor Andrés Eloy Ordoñez*. (Eds: Gaona, Tatiana & Sotomonte, Saúl). Universidad Externado de Colombia, Colombia.
5. Baeza, Sergio. (1967). *El seguro*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago.
6. Balduccini, Bruno; Goncalves, Diógenes; Azevedo, Carlos; Magalhaes Mariana; Baysal, Pelin & Onder, Ilgaz, et al. (2020). *Insurance and Reinsurance Law Review*. (Ed: Peter Rogan). Editorial Law Business Research Ltd., Reino Unido.
7. Barros, Enrique. (2005). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

8. Barros, Enrique. (2006). “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos. *Estudios de Derecho Civil IP*”. Editorial LexisNexis, Santiago, pp.721-752.
9. Barroso, Sergio. (2012). “El contrato de reaseguro y sus principios fundamentales”. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 37(21), Bogotá.
10. Barroso, Sergio. (s.a.). “Límite y alcance de la cláusula de control de siniestros en los contratos de reaseguro”. Artículo recuperado el 21 de enero de 2021 en el sitio web <http://mercadoasegurador.com.ar/backup/adetail.asp?id=1774>.
11. Bork, Kevin & Wandt, Manfred. (2019). “The modern Guidon de la Mer: the Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)”. *VersR 2019*. Artículo recuperado el 18 de enero de 2021 en el sitio web: <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl/Publications-about-the-PRICL.html>.
12. Burns, Andrew & Edelman, Colin. (2013). *The Law of Reinsurance*. Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Reino Unido.
13. Cárdenas, Hugo & Reveco, Ricardo. (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Editorial Thomson Reuters, Santiago.
14. Cardona, Christopher. (2009). “El contrato internacional de reaseguro facultativo. Particularidades del mercado inglés y experiencia en el mercado latinoamericano”. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 31(18), Bogotá.

15. Carter, Robert. (1983). *Reinsurance*. Editorial Springer, Segunda Edición.
16. Carvallo, Javier & Sahurie, Emilio. (s.a.). *Las cláusulas de provisión de fondos y cut through en el derecho chileno*.
17. Cohen, Deborah; DeMasi, Timothy & Krauss, Aaron. (1994). “Uberrimae fidei and Reinsurance Rescission: Does a gentlemen’s agreement have a place in today’s commercial market?”. *Tort & Insurance Law Journal*, 29(3), Estados Unidos, pp.602-622.
18. Contreras, Osvaldo. (2020). *Derecho de Seguros*. Editorial Thomson Reuters, Cuarta Edición, Santiago.
19. Corral, Hernán. (2015). “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 42(2), Santiago, pp.397-422.
20. Clarke, Malcolm. (2005). *Policies & Perceptions of Insurance Law in the XXI Century*. Editorial Oxford University Press, Reino Unido.
21. Clarke, Malcolm. (2010). “The Contractual Nature of Reinsurance”. *The Cambridge Law Journal*, 69(1), Cambridge University Press, pp.24-25.
22. Clyde & Co. (2013). *Key components of insurance and reinsurance: Law and practice in Latin jurisdictions. A practical guide*. p.33.

23. Donati, Antigono. (1960). *Los seguros privados. Manual de Derecho*. Traducción por Arturo Vidal Solá. Editorial Bosch, Barcelona.
24. Dowsey, Paul & Tobin, Andrew. (2014). "Taking charge". *Best's Review*, junio de 2014.
25. Ehrenberg, Victor. (2019). *El reaseguro*. Traducción por José María Navas Müller. Editorial Olejnik, Argentina.
26. Gerathewohl, Klaus. (1993). *Reaseguro, teoría y práctica*. Reaseguros Gil y Carvajal S.A., España.
27. Guerrero, Roberto & Zegers, Matías. (2014). *Manual sobre Derecho de Sociedades*. Ediciones UC, Santiago.
28. Gurses, Ozlem. (2009). *Facultative Reinsurance and the Full Reinsurance clause*. Tesis doctoral de la Universidad de Southampton, Reino Unido.
29. Gurses, Ozlem. (2010). "The Construction of Terms of Facultative Reinsurance Contracts: Is Wasa v. Lexington the Exception or the Rule?" *The Modern Law Review*, 71(1), pp.119-130.
30. Hayvard, Rodrigo. (2014). "La naturaleza jurídica del reaseguro a la luz de la ley N°20.667". *Revista Chilena de Derecho de Seguros, AIDA Chile*, 16 (23), Santiago.

31. Heiss, Helmut. (2018). “From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: the Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)”. *Scandinavian Studies of Law*, 64. Artículo recuperado el 18 de enero de 2021 en el sitio web: <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl/Publications-about-the-PRICL.html>.
32. Hoffmann, William. (1993). “Common Law of Reinsurance Loss Settlement Clauses: A Comparative Analysis of the Judicial Rule Enforcing the Reinsurer’s Contractual Obligation to Indemnify the Reinsured for Settlements”. *Tort & Insurance Law Journal*, 28(4), Estados Unidos. Artículo recuperado el 26 de enero de la base de datos JSTOR.
33. Jequier, Eduardo. (2017). *Curso de Derecho Comercial. Tomo I*. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago.
34. Larroumet, Christian. (1998). *Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
35. Leichtling, Adam & Paredes, Laura. (2005). “Fundamental Concepts in Reinsurance in Latin American Countries”. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 37(1), Estados Unidos. Artículo recuperado el 17 de enero de 2021 de la base de datos JSTOR.
36. López, Jorge. (1986). *Los contratos: Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

37. López, Jorge. (1998). “Las cadenas de contratos o contratos coligados”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XIX), Valparaíso, pp.159-166.
38. López Frías, Ana. (1992). *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, España.
39. Noussia, Kyriaki. (2013). *Reinsurance Arbitrations*. Editorial Springer.
40. Ozog, Edward; Schlegel, Stephen; Kearney, Kimbley & Ellin, Jennifer. (1999). “The Unresolved Conflict Between Traditional Principles of Reinsurance and Enforcement of the Terms of the Contractual Undertaking”. *Tort & Insurance Law Journal*, 35(1), Estados Unidos. Artículo recuperado el 26 de enero de 2021 de la base de datos JSTOR.
41. Pizarro, Carlos. (2005). “La interdependencia de contratos que forman un mismo grupo contractual en el derecho francés”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(2), Bogotá, pp.66-74.
42. Pizarro, Carlos. (2007). “El efecto relativo de los contratos: Partes y Terceros”. Trabajo expuesto en el Congreso Internacional Conmemorativo del Sesquicentenario del Código de Bello. pp.1-14.
43. Pizarro, Carlos. (2008). “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”. *Estudios de Derecho Civil III*. (Ed: Alejandro Guzmán Brito). Editorial Legal Publishing, Santiago, pp.394-402.

44. Project Group on Principles of Reinsurance Contract Law. (2019). *Principles of Reinsurance Contract Law*. (Eds: Heiss, Helmut; Schauer, Martin & Wandt, Manfred). UNIDROIT, Zurich.
45. Sandoval, Ricardo. (2007). *Derecho Comercial (Actos de comercio. Noción general de empresa individual y colectiva). Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago.
46. Sapag, Rodrigo. (2021). *La ley del seguro. Regulación del mercado y del contrato de seguro en Chile*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
47. Sobrino, Waldo. (2018). *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Buenos Aires.
48. Stempel, Jeffrey; Swisher, Peter & Knutsen, Erik. (2020). *Principles of Insurance Law*. Editorial Carolina Academic Press, Quinta Edición, Estados Unidos.
49. Stiglitz, Rubén. (2001). *Derecho de Seguros. Tomo II*. Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires.
50. Thomas, Steven. (1992). “Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment”. *Duke Law Journal*, 41(6), Estados Unidos.
51. Uría, Rodrigo. (1992). *Derecho Mercantil*. Marcial Pons Editores, Decimonovena Edición, Madrid.

52. Vance, W.R. (1902). "The Contract of Reinsurance". *The Virginia Law Register*, 7(10), Estados Unidos. Artículo recuperado el 13 de junio de 2021 de la base de datos JSTOR.
53. Vial, Víctor. (2006). *Teoría General del Acto Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago.
54. William, Oliver. (2021). *Reinsurance and the Law of Aggregation. Event, Occurrence, Cause*. Editorial Routledge, Reino Unido.
55. Yáñez, Javier. (2021). Minuta sobre clasificación de los reaseguros.