



Los seguros y la (in)seguridad jurídica: **Una mirada al mercado colombiano**

En el marco del Encuentro Internacional de Reaseguradores organizado por Fasecolda, Neil Beresford, partner de la firma Clyde & Co, fue el encargado de exponer la percepción del reasegurador en torno a la existencia de seguridad jurídica en Colombia.

Neil Beresford

Su exposición se centró en dos aspectos fundamentales: La seguridad jurídica como un elemento esencial dentro del proceso de suscripción y la percepción internacional de la seguridad jurídica en Colombia. Beresford escribió las siguientes reflexiones para la revista Fasecolda.

1. La seguridad jurídica como un elemento fundamental dentro del proceso de suscripción de seguros

Hablar de la existencia o falta de seguridad jurídica en una determinada jurisdicción responde a un concepto relativo y sujeto a diversos factores.

La seguridad jurídica es fundamental para la suscripción de un seguro de responsabilidad civil puesto que las aseguradoras están atándose a la ley y la jurisdicción del contrato y al ordenamiento en el que opera. Por ende, suscribir un riesgo de responsabilidad en un sistema percibido como inseguro es similar a suscribir un riesgo de propiedad en una zona sísmica.

En los mercados internacionales, donde se (re)aseguran los riesgos más grandes, la percepción de falta de seguridad jurídica puede afectar la capacidad disponible para la suscripción de seguros.

Los mercados valoran la previsibilidad y la certeza que se desprende de las decisiones administrativas y judiciales. Los países que cuentan con reputación de adoptar decisiones consistentes y con un buen registro estadístico de pérdidas, atraen la capacidad y suscripción de los mercados internacionales de reaseguros; lo cual también resulta en límites más altos y primas más bajas.

Por el contrario, los países que son percibidos por los mercados de reaseguros como inseguros o imprevisibles, enfrentan restricciones en la obtención de capacidad en los mercados internacionales. Así mismo, en el evento de obtener la capacidad, el costo reflejará la percepción del riesgo y será más alto.

La percepción de los mercados no está necesariamente ligada al nivel de desarrollo de los países. En muchas ocasiones, la percepción está ligada a los casos indivi-



Neil Beresford

Foto: youtalk-insurance.com

duales que deben ser decididos por los agentes estatales (jueces o autoridades con funciones jurisdiccionales). Por ejemplo, la pandemia dio lugar a sinnúmero de discusiones novedosas en el sector asegurador.

Por ejemplo, el Tribunal Comercial Inglés debió pronunciarse sobre si la pandemia constituía una sola o varias ocurrencias individuales bajo una póliza de seguros.

En igual sentido, la toma de decisiones en casos comerciales mediante jurados colegiados en los Estados Unidos merece una especial mención, pues se trata de una jurisdicción en la cual, generalmente, la impredecibilidad representa una constante:

- i) En el año 2021, un jurado de Florida reconoció USD1,000 millones a la familia de una víctima de accidente de tráfico, incluidos cien millones de dólares en daños compensatorios.
- ii) Hace pocas semanas se conoció una decisión judicial en contra de una compañía fabricante de

auriculares militares, en la cual un jurado de la Florida otorgó USD5 millones en daños compensatorios y USD72 millones en daños punitivos, a un ex militar por pérdida auditiva.

- iii) En mayo de 2022, una corte de la Florida aprobó un acuerdo conciliatorio surgido del colapso de la torre Champlain en Surfside, Florida, en el cual las familias de las 98 víctimas del siniestro recibirán USD997 millones.

➔ La seguridad jurídica es fundamental para la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

En comparación con las decisiones adoptadas en el sistema de jurados civiles de los Estados Unidos, Colombia es una jurisdicción relativamente estable y segura. En los últimos veinte años, sólo un reclamo a una aseguradora ha excedido los USD100 millones (Hidroituango). Adicionalmente, vale destacar que el mercado asegurador Colombiano tiene una excelente trayectoria frente al pago de grandes pérdidas.

Es cierto que un aspecto recurrente que afecta la percepción internacional del mercado de seguros en Colombia son los retrasos en los procesos judiciales y administrativos. Sin embargo, esta no es una dolencia exclusiva de Colombia. Por ejemplo, en el caso de un reclamo bajo una póliza de construcción en Alemania, solo se presentaron acciones judiciales bajo la póliza en el año 2022, pese a que los hechos se remontaban al año 2009. Así mismo, un reclamo de responsabilidad civil médica en Italia que se remontaba al año 1988 solo fue resuelto en 2021.

2. Percepción internacional de la seguridad jurídica en Colombia

En los últimos años, el mercado de seguros de responsabilidad civil colombiano para entidades estatales y proyectos públicos se ha venido reduciendo debido a la percepción negativa del ordenamiento jurídico colombiano, de cara a la seguridad que proporciona a los distintos agentes involucrados.

Los límites de las pólizas de Directores y Administradores (D&O por sus siglas en inglés) de las empresas más grandes de Colombia han caído de más de USD250 millones a menos de USD100 millones de dólares, y los agregados se han estirado para llenar el déficit. Al mismo tiempo, las primas se han multiplicado. No se puede desconocer que Colombia tiene un grave problema de imagen en los mercados internacionales.

Los suscriptores y corredores en Londres, Miami y Bogotá tienen una perspectiva ligeramente diferente sobre las razones por las cuales Colombia tiene una mala reputación, lo que ha llevado a que se reduzcan los límites de las pólizas y al incremento de los precios de las primas. Hay, al menos, cuatro temas recurrentes:

- i) Existe la percepción de que la Contraloría General de la República expide decisiones arbitrarias en contra de los terceros civilmente responsables.
- ii) Las pólizas y clausulados, en muchas ocasiones, no son satisfactorios y están bastante desactualizados, en comparación con los textos utilizados internacionalmente.
- iii) Existe poco desarrollo de principios y normativa colombiana en materia de reaseguros
- iv) Faltan datos actuariales detallados sobre cuestiones como el valor de una pérdida típica y los costos de defensa.



Continúe leyendo este artículo en la página 78



Los seguros y la (in)seguridad jurídica:
Una mirada al mercado colombiano
Neil Beresford



Continúa desde la página 44

Beresford identifica cuatro ítems internacionales aplicados en la industria Colombiana, que han derivado en la reducción de los límites de valores asegurados de las pólizas y al incremento de los precios de las primas.

1. La relación de la Contraloría General de la República con el mercado asegurador

Sin perjuicio de que, en los últimos años, ha existido una notoria mejoría en la relación entre la Contraloría y el sector asegurador, siguen existiendo dificultades en la homogeneidad y claridad de las decisiones de la máxima autoridad administrativa en temas de responsabilidad fiscal.

La Contraloría, sin duda, es uno de los mayores activos de Colombia. Esta entidad ejerce funciones para combatir la corrupción y mejorar la asignación de recursos en la economía y el Estado colombiano. Se trata de una entidad autónoma, con facultades necesariamente amplias. Es poco probable que exista otra entidad en el mundo como la Contraloría. La facultad que tiene de vincular directamente a los terceros civilmente responsables a un proceso de responsabilidad fiscal y de exigir la reparación del daño fiscal es absolutamente única.

Hace una década, la Contraloría General empezó a ser percibida por el mercado internacional como una entidad que decidía arbitrariamente en contra de las aseguradoras. El mercado internacional empezó a desconfiar del sistema Colombiano al encontrarse vinculados a procesos de responsabilidad fiscal en los cuales no había decisiones consistentes en relación con las pólizas de responsabilidad civil suscritas bajo la modalidad *claims made* o por reclamación.

Las pólizas *claims made* son el estándar internacional en materia de seguros. Su validez está reconocida en la

ley Colombiana y han sido, de igual forma, aceptadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia desde hace décadas. Sin embargo, la Contraloría ha desarrollado interpretaciones particulares frente a esta modalidad, a saber:

- i) Por ejemplo, en algunas decisiones trató las pólizas *claims made* como si fueran pólizas expedidas bajo la modalidad por ocurrencia, con lo que terminaba por exigir el pago de la indemnización por parte de la póliza vigente cuando surgía la pérdida y no cuando se notificaba el reclamo.
- ii) En algunas ocasiones, la Contraloría emitió decisiones en contra de varias pólizas a pesar de que el contenido de los contratos, sus exclusiones y cláusulas de hechos conocidos, lo impedía.
- iii) Otra práctica común era simplemente vincular varias pólizas de distintas vigencias a los procesos de responsabilidad fiscal y expedir una decisión sin identificar la vigencia a ser afectada. Las aseguradoras debían entrar a determinar qué vigencia y qué límite debía responder por la decisión de la Contraloría.

Afortunadamente, estas prácticas se dieron en el curso de procesos cuya cuantía era relativamente baja. Sin embargo, el proceso de responsabilidad fiscal de Reficar terminó por consolidar la percepción negativa que existía desde hacía unos años en el ámbito internacional. En este proceso, la Contraloría vinculó como terceros civilmente responsables a dos aseguradoras bajo diez vigencias distintas, suscritas bajo la modalidad *claims made*, con límites acumulados de cerca de USD2,000 millones.

Este proceso causó una alarma generalizada en el mercado asegurador y el apetito por los riesgos relacionados con el país desapareció de los mercados internacionales desde el momento en que se dio la vinculación de las aseguradoras en el año 2018. No hay duda de que este evento representó un retroceso en materia de seguros y reaseguros para Colombia.

No obstante, en los últimos años, la situación ha mejorado y ha habido cambios importantes en la percepción de riesgo. La Contraloría General ha investigado y decidido dos de los procesos de responsabilidad fiscal más grandes de la historia de Colombia, al tiempo que ha tenido en cuenta muchas de las preocupaciones del mercado (re)asegurador.

La primera señal de cambio fue la Circular 005/2020, en el cual la Contraloría manifestó públicamente que se debía respetar la redacción de las pólizas de seguro. Así, en los eventos en el que las pólizas por reclamación o *claims made* se vincularan a un proceso, éstas no debían tratarse como pólizas suscritas bajo la modalidad por ocurrencia. Como consecuencia de lo anterior, sólo debía llamarse la póliza vigente al momento de la “reclamación”, es decir, solo una vigencia. La Circular 005 constituyó un importante mensaje público y ha sido respetada y aplicada por la Contraloría en sus más recientes decisiones.

Otro paso importante fue la decisión en el proceso de responsabilidad fiscal relacionado con el daño emergente en Reficar. Después de haber llamado diez años de pólizas suscritas bajo la modalidad *claims made* a un único proceso, la Contraloría consideró que sólo una vigencia podía responder en dicha circunstancia. Sin embargo, dicha póliza no podía ser tenida como responsable porque contenía una exclusión. Adicionalmente, afirmó que las aseguradoras que no estaban llamadas a responder debían ser desvinculadas del proceso.

Igualmente, la Contraloría General emprendió un proceso de entrenamiento de sus funcionarios sobre distintos aspectos de derecho de seguros junto con la Universidad Externado en Bogotá y la firma internacional Clyde & Co. Esto da cuenta del gran cambio de mentalidad e interés que existe desde las mismas entidades públicas entender el funcionamiento y la estructura del contrato de seguro.

Sin perjuicio de estos avances, es natural que todavía exista alguna desconfianza, especialmente si el cambio de percepción responde a un proceso gradual que, sin duda, tomará tiempo. Reconstruir la confianza entre los distintos agentes del mercado para deshacer la persistente visión negativa no es un factor que pueda alcanzarse de forma automática. También es cierto que ha habido decisiones inconsistentes y que quedan varios casos de importancia por resolver. Así mismo, falta desarrollar más a fondo el conocimiento que se tiene sobre las pólizas *claims made* para identificar qué vigencia debería estar llamada a responder, pues el entendimiento de la Contraloría de ese tema no siempre es coherente con las prácticas del mercado.

➡ La primera señal de cambio fue la Circular 005/2020, en la que la Contraloría manifestó públicamente que se debía respetar la redacción de las pólizas de seguro.

No obstante, la evolución a lo largo de los últimos tres años ha sido inequívocamente positiva. La Contraloría no sólo ha escuchado las preocupaciones de los reaseguradores, sino que también ha adoptado medidas concretas para enfrentar las inquietudes.

2. La existencia de clausulados desactualizados

La segunda cuestión que se menciona a menudo en relación con el aseguramiento de los riesgos colombianos refiere a la incertidumbre de un grupo de pólizas estándar relativamente antiguas.

Los clausulados estándares emitidos a algunas de las grandes instituciones financieras colombianas están varias décadas por detrás de sus pares internacionales. Las pólizas globales bancarias, a menudo se suscriben bajo los clausulados conocidos como DHP73,

DHP84, KFA81 o NMA 2273. Los números, por si solos, revelan su edad. El próximo año, el clausulado DHP73 cumple medio siglo de uso.

Los intérpretes se enfrentan a contratos difíciles de leer, en mayúsculas y en letra de tamaño 8. Otras veces, contienen docenas de endosos que modifican los términos básicos e introducen términos de otros clausulados o modificaciones del momento que no se ajustan al contrato que están modificando.

Igualmente, los asegurados se enfrentan a coberturas de exceso de responsabilidad que no contienen, por ejemplo, ninguno de los términos estándar para la identificación de los límites de los excesos (attachment points) o cláusula drop down; todas ellas necesarias para que funcione adecuadamente este tipo de póliza.

➡ El mercado local e internacional tiene el deber de mejorar la certeza y claridad de los contratos suscritos en el país.

Hay razones históricas por las cuales todavía se usan estas viejas pólizas. Por una parte, existe una inercia que surge de la familiaridad con los clausulados. Colombia no es el único país que todavía las usa. Sin embargo, el uso de un clausulado de más de 50 años, escrito en mayúsculas y en un orden confuso no contribuye para que un reasegurador decida suscribir un riesgo. Incluso, una póliza confusa puede dificultar la toma de decisiones de la propia Contraloría y de los jueces que deben interpretar el contrato.

Un problema particular surge con las cláusulas que permiten la notificación de circunstancias bajo la modalidad *claims made*. La notificación de circunstancias permite considerar que un reclamo se hizo bajo una vigencia anterior, incluso si el reclamo fue noti-

ficado bajo una vigencia posterior, todavía no cuenta con una aplicación homogénea. Este tipo de disposiciones puede resultar confuso, incluso para abogados con gran trayectoria en el derecho de seguros.

El mercado local e internacional tiene el deber de mejorar la certeza y claridad de los contratos suscritos en el país.

3. La ley colombiana. Un ajuste necesario.

El tercer tema que a menudo se menciona en el contexto del aseguramiento de riesgos colombianos es la relativa incertidumbre respecto a la ley colombiana de reaseguros. El reaseguro facultativo de grandes riesgos colombianos generalmente está sujeto a la ley y la jurisdicción colombianas. A pesar de que esto ayuda a lograr una conexión entre la cobertura directa y la del reaseguro, lo cierto es que la ley colombiana no está al día con las dinámicas actuales de los principales centros de seguros internacionales.

La razón por la cual los reaseguros normalmente están sujetos a derecho Colombiano responde a consideraciones históricas: durante la década de 1990 y principios de la década de los 2000, varias aseguradoras colombianas tuvieron malas experiencias ante cortes en jurisdicciones extranjeras. A partir de estas malas experiencias, muchas aseguradoras colombianas evitan a toda costa que sus reaseguros estén sujetos a derecho extranjero, sea derecho inglés o de los Estados Unidos. Si bien la escogencia de la ley colombiana en el reaseguro responde a aspectos prácticos e históricos, esto se suma al problema de la inseguridad jurídica y la percepción del mercado internacional. En pocas palabras, las normas sobre reaseguros en Colombia no están lo suficientemente desarrolladas para poder resolver distintos problemas interpretativos y de aplicación del contrato de reaseguro. En cuestiones de reaseguro, es evidente que los distintos operadores tienen un conjunto de herramientas limitado con el cual realizar su trabajo.

Por ejemplo, la doctrina de la comunidad de suerte está implícita en los contratos de reaseguro colombianos en razón del artículo 1134 del Código de Comercio colombiano. Esta disposición solamente tiene tres párrafos. Además, no ha habido jurisprudencia alguna que interprete el alcance de dicho articulado ni su relación con la distinción y autonomía del contrato de seguro y del contrato de reaseguro. En consecuencia, no existe suficiente jurisprudencia ni elementos normativos para resolver diversas y complejas disputas en materia de reaseguros.

Lo anterior está en un punto entre la inseguridad jurídica y la incertidumbre contractual. Cuando la inseguridad jurídica creada por el sistema de jurados puso en crisis al mercado estadounidense de pólizas de responsabilidad civil a mediados de la década de 1980, el resultado fueron las pólizas Bermuda Form. La idea detrás de este tipo de pólizas fue la de combinar la ley del Estado de Nueva York con el arbitraje con sede en Londres. Así, se pudieron. De esta forma se podía garantizar el aseguramiento de la responsabilidad civil en los Estados Unidos sin estar sujetos a decisiones judiciales adoptadas por parte de jurados. Igualmente, el sistema se complementó con una póliza de exceso de responsabilidad civil que tuviera las cláusulas apropiadas para responder a las preocupaciones del mercado.

Así pues, al reflexionar sobre las tensiones entre Colombia y los mercados internacionales, se considera que algunas podrían resolverse mediante cambios en la redacción de las pólizas o mediante la elección de una ley y jurisdicción distinta a nivel de reaseguro.

4. Los datos y estadísticas: Un “mal” necesario

El cuarto punto que es una constante en la percepción es la falta de datos y estadísticas frente a algunos riesgos en Colombia.

En la última década en Colombia sólo ha habido una pérdida de gran tamaño, al menos frente a casos de conocimiento público. Aunque los procesos judiciales son

demorados, los gastos de defensa son generalmente bajos porque es común que los abogados pacten honorarios fijos. En otras jurisdicciones los gastos de defensa fácilmente pueden exceder varios millones de dólares, tal y como ocurrió en un caso en Alemania que involucraba una póliza de construcción, en donde los honorarios de los abogados ascendieron a más de USD90 millones.

A pesar de los cuatro problemas que se han identificado, es manifiesta la mejoría de la opinión de los mercados internacionales de seguros sobre Colombia, pues ha habido una reacción local para mejorar la seguridad jurídica en los últimos años.

Si bien, los límites de las pólizas de directores y administradores expedidas a empresas expuestas a procesos de responsabilidad fiscal ante la Contraloría son menos de la mitad del valor disponible en el año 2018 y éstas siguen siendo más costosas desde cualquier punto de vista; para algunos suscriptores, las más recientes renovaciones de las pólizas D&O de EPM y Ecopetrol, han sido una oportunidad de volver a asegurar riesgos colombianos. La aceptación por parte de la Contraloría de las pólizas suscritas bajo la modalidad *claims made* y la observancia de algunas exclusiones frente a asuntos específicos están ayudando, sin duda, a acelerar el proceso de recuperación de la credibilidad de Colombia.

Es claro que las recientes distorsiones relacionadas con las decisiones de la Contraloría están siendo controladas, empero, los agentes no-estatales del mercado también tiene un papel importante que desempeñar en la mejora de la certidumbre de los contratos, tanto a nivel directo como de reaseguro, así como en la reflexión sobre las estadísticas sobre las pérdidas colombianas que se comparten con los reaseguradores internacionales.

De resolver los anteriores aspectos, existe una alta probabilidad de que Colombia recupere la imagen de certeza y previsibilidad que hace unas décadas le era propia. 