

La Cláusula 'Drop Down' y su aplicación automática en los Reaseguros Facultativos de acuerdo al Código Civil y Comercial

por WALDO AUGUSTO SOBRINO
27 de Abril de 2021
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF210074

Ponencia presentada al XVII Congreso Nacional de Seguros Mendoza, 2, 3 y 4 de Mayo de 2018 - Comisión N° 5: Reaseguros.

Abstract:

En muchos seguros de empresas se suelen contratar Reaseguros Facultativos, con 'layers' o capas. Para que la cobertura sea eficiente, es indispensable que se aplique la Cláusula 'Drop Down', para cubrir correctamente los siniestros.

En el caso que no se hubiera pactado en forma expresa, entendemos que la Cláusula 'Drop Down' se aplica en forma automática, por imperativo de lo ordenado por los Arts. [984](#), [1073](#), [1100](#) y complementarios del Código Civil y Comercial (1).

1) Introducción:

1.1) En muchos casos, cuando el riesgo que se tiene que amparar a través del seguro, es de una gran importancia económica, o tiene características muy especiales, etc, se suelen contratar Reaseguros Facultativos (2).

1.2) Asimismo, en ciertos casos se puede colocar el riesgo en las Retrocesionarias Internacionales a través de Layers, es decir tramos, donde se van agregando distintas sumas aseguradas, en diferentes capas (3).

2) La utilización de Layers en los Reaseguros:

2.1) A través del correcto sistema técnico de los layers, se permite obtener mayores sumas aseguradas, dado que se van sumando Retrocesionarias que aportan capacidad a la colocación del seguro original.

2.2) Si bien, la existencia de layers es una forma interesante de brindar mayor capacidad, es que en los casos en que las coberturas son otorgados en el agregado anual, es que cuando se producen sucesivos siniestros, se pueden producir situaciones inconvenientes para el asegurado (4).

2.3) Yendo a un ejemplo concreto, podemos analizar un caso hipotético con una suma asegurada de U\$S 100.000.000, dividido en cuatro layers (5) (Compañías "A" + "B" + "C" + "D").

Así, la Suma Asegurada de U\$S 100.000.000 puede estar distribuida en:

Primer Layer: una primera aseguradora "A" de U\$S 0 a U\$S 20.000.000;

Segundo Layer: luego, en una segunda compañía "B", tiene una suma asegurada de U\$S 30.000.000 (en exceso de U\$S 20.000.000), formándose una suma asegurada de U\$S 50.000.000 ("A" + "B").

Tercer Layer: posteriormente, en una tercera empresa de seguros "C" (v.gr. tercer layer), se contrataba un monto asegurado de U\$S 25.000.000 (en exceso de U\$S 50.000.000), resultando una suma asegurada de U\$S 75.000.000 ("A" + "B" + "C");

Cuarto Layer: finalmente, en una cuarta aseguradora "D" (v.gr. cuarto layer), con un monto de U\$S 25.000.000 (en exceso de U\$S 75.000.000), que otorga un total asegurado de U\$S 100.000.000 ("A" + "B" + "C" + "D").

2.4) En este esquema, si en el Primer Layer de U\$S 20.000.000 se produce un siniestro de U\$S 17.000.000, es que dicho tramo va a quedar reducido a U\$S 3.000.000.

Y, si luego se produce un segundo siniestro, por ejemplo, de U\$S 25.000.000, se va a producir una situación paradójicamente extraña en la liquidación.

Ello es así, ya que el siniestro de U\$S 25.000.000 solamente va a tener cobertura de U\$S 8.000.000, dado que en el Primer Layer que originalmente tenía \$ 20.000.000, había quedado reducido a U\$S 3.000.000, como consecuencia del anterior siniestro de U\$S 17.000.000.

De esta forma, en el siniestro de U\$S 25.000.000, en el Primer Layer solamente se van a pagar U\$S 3.000.000 (y no los U\$S 20.000.000 originales) y del Segundo Layer se van a abonar U\$S 5.000.000 (dado que la empresa de seguros "B", tiene una cobertura de U\$S 30.000.000 en exceso de U\$S 20.000.000), produciéndose un total a pagar de: U\$S 8.000.000 (en lugar de los U\$S 25.000.000 del siniestro).

Reiteramos, el problema se produce porque en el Primer Layer al existir un siniestro previo de U\$S 17.000.000 que redujo la suma original de U\$S 20.000.000 a U\$S 3.000.000, es que se ocasiona un gap de cobertura.

Y, como el Segundo Layer es en exceso de U\$S 20.000.000 (del primer layer que quedó reducido a U\$S 3.000.000), es que el segundo tramo solamente va a contribuir en U\$S 5.000.000 en el pago del siniestro.

De esta forma, a pesar que el siniestro era de U\$S 25.000.000, el primer layer aportará solamente U\$S 3.000.000 (v.gr. U\$S 20.000.000 menos U\$S 17.000.00 del primer siniestro), más U\$S 5.000.000 del segundo layer.

2.5) Para solucionar este problema, desde la perspectiva técnica, se puede acudir a la Cláusula "Drop Down" (6).

Entre distintas versiones de la Cláusula Drop Down, podemos señalar una que se utiliza en el mercado argentino que determina:

".queda convenido que la cobertura de la presente póliza, opera exclusivamente como seguro subsidiario y en exceso del límite asegurado por la 'póliza primaria'.

En caso de siniestros a causa de un riesgo cubierto por la 'póliza primaria', la presente 'póliza en exceso' cubrirá de acuerdo a lo siguiente:

la 'póliza en exceso' cubrirá siempre sobre y una vez agotado el límite asegurado por la 'póliza primaria' # la 'póliza en exceso' cubrirá siempre por sobre cualquier límite asegurado remanente de la 'póliza primaria', en caso que dicho límite asegurado hubiera quedado reducido por haber afrontado indemnizaciones por otros

siniestros anteriores acaecidos.

en el caso que el límite asegurado de la 'póliza primaria' hubiese sido totalmente consumido por haber afrontado las indemnizaciones por otros siniestros anteriores acaecidos, la cobertura de la 'póliza en exceso' comenzará a cubrir desde la base, suplantando a la 'póliza primaria'...".

Así entonces, por medio de esta cláusula se determina que las sumas aseguradas de los tramos superiores o 'pólizas en exceso' (en el ejemplo dado, las Compañías "B", "C" y "D"), van a ir 'bajando' para ir cubriendo los montos que se fueron reduciendo o consumiendo, como consecuencia de los siniestros pagados por la 'póliza primaria'.

En el caso analizado, si hubiera existido la Cláusula "Drop Down", el Segundo Layer hubiera cubierto la parte del Primer Layer (que se había reducido de U\$S 20.000.000 a U\$S 3.000.000), de manera podrían pagar los U\$S 25.000.000 del siniestro.

Como consecuencia de todo ello, es que se van disminuyendo los excesos, a medida que se pagan los siniestros (7).

Y, también va disminuyendo la suma asegurada total, que en un principio era de U\$S 100.000.000, quedando reducida a U\$S 58.000.000, dado que se pagó un primer siniestro de U\$S 17.000.000 y un segundo siniestro de U\$S 25.000.000 (v.gr. U\$S 100.000.000 - U\$S 17.000.000 - U\$S 25.000.000: U\$S 58.000.000).

3) Situación legal de la empresa asegurada, cuando no contrató la Cláusula 'Drop Down':

3.1) En el ejemplo anterior, la situación se encontraría solucionada, en el caso que se hubiera contratado en forma expresa la Cláusula Drop Down.

3.2) Pero, seguidamente, vamos a analizar la situación legal de la empresa asegurada, cuando no se hubiera contratado la Cláusula Drop Down.

3.3) Para analizar esta cuestión, estimamos que es muy importante recalcar técnicamente en el Código Civil y Comercial (8), en particular:

(i) Art. 984: 'Contratos de Adhesión';

(ii) Art. 1073: 'Contratos Conexos';

(iii) Art. 1100: 'Deber de Información';

4) Art. 984: Contrato de Adhesión:

4.1) Salvo casos muy excepcionales (casi como un cisne negro de Nassim Taleb) (9) para las Empresas Aseguradas, los contratos de seguros, los contratos de reaseguros y las retrocesiones internacionales, son "Contratos de Adhesión", de acuerdo a las expresas pautas del Art. 984 del Código Civil y Comercial (10).

4.2) Ello es así, dado que las cláusulas de los contratos son "...predispuestas unilateralmente..." por "...la otra parte o por un tercero." sin que el adherente tenga participación en su redacción.

4.3) Y a ello, hay que agregarle, para agravar aún más la situación, que en la mayoría de estos casos, se trata de seguros incluidos en la ilegal Resolución de Grandes Riesgos (que viola en forma palmaria la [Ley 20.091](#)) (11).

4.4) Ello es correctamente explicado por la estudiosa Fabiana Compiani (12), quien respecto a los contratos de seguros afirma que no son aplicables las pautas de los contratos paritarios o contratos discrecionales "...ni siquiera con relación a los denominados 'Grandes Riesgos', los que en la experiencia argentina exhiben que el contenido del contrato viene impuesto por las empresas reaseguradoras...".

Ratificando ello, recordamos lo resuelto en el Taller sobre Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil referido al contenido y modificaciones según normas del Nuevo Código Civil y Comercial Unificado (organizado por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, Rama Argentina, con fecha 18 de Marzo de 2015, bajo la coordinación de la Dra. María Fabiana Compiani), respecto a los contratos paritarios "...se consideró que, en general, ni aún en contratos de Grandes Riesgos, habrá contratos paritarios..." (13).

5) Art. 1.073: Contratos Conexos:

5.1) Sentado lo expuesto, en el sentido que nos encontramos frente a un Contrato de Adhesión (Art. 984) del Código Civil y Comercial, es que seguidamente analizaremos la cuestión a la luz del Art. 1073 que introduce la categoría legal de Contratos Conexos.

5.2) Y a través de la aplicación de los Contratos Conexos, es que en nuestra opinión, se debe aplicar la Cláusula "Drop Down" en forma automática (14).

5.3) En efecto, a través de los Contratos Conexos se pretende que no se perjudique a la parte más débil, cuando los Profesionales del seguro instrumentan toda una arquitectura jurídica, compuesta de diversos contratos vinculados, con una clara "...finalidad supracontractual..." (como enseñan los Fundamentos del Código Civil y Comercial) (15).

Obvio es señalar que la aplicación Cláusula Drop Down, puede formar parte de la interpretación de los contratos conexos, es decir aquellos contratos autónomos que se encuentran vinculados entre si por una finalidad económica previamente establecida.

Y, lo fundamental es que "...uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido...", de manera tal que aunque las Compañías de Seguros y/o las Reaseguradoras Nacionales y/o las Retrocesionarias Internacionales no hubieran pactado la Cláusula de "Drop Down", la misma debe aplicarse en forma automática.

Ello es así, dado que la disminución de la suma asegurada de un layer y la aplicación de la suma asegurada de otro layer, más allá del exceso, es una cuestión interna de los contratos conexos, que resultan inoponibles a la empresa asegurada (debiendo aplicarse también dicha cuestión para el tema de la denuncia temporánea de los siniestros a las empresas de los distintos layers) (16).

5.4) Por ello, es que frente a la empresa asegurada, que es el único neófito participante de todo este ramillete de contratos conexos, conformado por profesionales del seguro y el reaseguro, ora nacional, ora internacional, la Cláusula "Drop Down", se va a aplicar siempre, tanto cuando figure expresamente en el wording, o también, en forma automática, aunque no hubiera sido expresamente establecida (por aplicación del Art. 1073 y concordantes del Código Civil y Comercial).

6) Art. 1100: Deber de Información:

6.1) La existencia del Deber de Información, es una manera de intentar disminuir la absoluta diferencia de conocimiento técnico entre los profesionales (v.gr. mercado de seguro) y los neófitos (v.gr. empresas aseguradas).

6.2) Dentro de los obligados al cumplimiento de dicho Deber de Información frente al asegurado, se encuentran: (i) los Productores de Seguros (o Brokers de Seguros), (ii) las Compañías de Seguros, (iii) los Brokers de Reaseguros nacionales; (iv) las Reaseguradoras Nacionales; (v) los Brokers de Reaseguros internacionales; (vi) las Retrocesionarias internacionales, (vii) etc.

6.3) También se debe recordar, que dentro del Deber de Información, se encuentran el "Deber de Consejo" (17), en general vinculado si el seguro le conviene y satisface las necesidades del asegurado; y el "Deber de Advertencia" (18), relacionado con el hecho de informar al asegurado si la contratación que está realizando lo puede perjudicar en sus intereses (19).

Así entonces el incumplimiento del Deber de Información general (20) o de los más específicos "Deber de Consejo" y "Deber de Advertencia", por parte de los Brokers de Seguros y/o Compañías de Seguros y/o Reaseguradoras; etc., va a generar una responsabilidad legal frente al asegurado, de todos los participantes de este ramillete de Contratos Conexos (Art. 1.073 del Código Civil y Comercial).

6.4) Y esta responsabilidad legal de todos los miembros partícipes de los contratos conexos (21), implica una responsabilidad solidaria frente al asegurado (v.gr. obligaciones concurrentes, [Art. 850 del Código Civil y Comercial](#)).

6.5) Por ello, en el caso que no exista la Cláusula Drop Down (por un evidente incumplimiento de Deber de Información; Deber de Consejo y Deber de Advertencia), igualmente se va a aplicar en forma automática, en virtud de la responsabilidad legal solidaria de todos los miembros del mercado de seguros (v.gr. Brokers de Seguros; Compañías de Seguros; Reaseguradoras; etc.) frente al asegurado, que son partes de Contratos Conexos (sin perjuicio de la acciones repetición interna que luego tengan entre ellos).

7) Conclusiones:

7.1) La Cláusula Drop Down es indispensable y fundamental para brindarle una correcta protección a las empresas aseguradas, cuando existen diferentes layers.

7.2) En los casos en que no se hubiera pactado la Cláusula Drop Down, la misma se debe aplicar en forma automática, de acuerdo a lo expresamente normado por los Arts. 984, 1073, 1100 y concordantes del Código Civil y Comercial (22).

Notas al pie:

1)SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo II, Capítulo XIX "Seguros de Empresas y el Código Civil y Comercial", Subcapítulo XIX.5) "Las Empresas Aseguradas: análisis de los 'Programas Mundiales de Seguros'; las 'Captives'; el 'Fronting', etc.", Acápito 9.2) "Cláusula 'Drop Down', páginas 1.596 y siguientes, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abril de 2018.

2)SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo II, Capítulo XIX "Seguros de Empresas y el Código Civil y Comercial", páginas 1.475 a 1.689, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley, Abril de 2018.

3)También se pueden establecer layers a través de Compañías de Seguros (con o sin participación de Reaseguradoras).

4)Ello es así, dado que si existe una suma asegurada de U\$S 20.000.000 y se produce un siniestro de U\$S 17.000.000, el monto del seguro queda reducido a U\$S 3.000.000.

- 5) FINK, Amy; "What are 'SIRs / Deductibles' ?", publicado en "50 Insurance cases every self-respecting Attorney of Risk Professional should know (an analysis of the top 50 Property-Casualty coverage cases and their implications)", página 31, donde señala que ".we conclude SIRs are not primary insurance and the principle of horizontal exhaustion does not apply.", www.irmi.com, 2012.
- 6) ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie; Insurance Coverage Litigation, Capítulo 13 "Issues arising under Umbrella and Excess Insurance Policies", página 13.01 y siguientes, Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015.
- 7) PASSANNANTE, William - GOLD, Joshua; "10 Traps in your Directors & Officers Insurance", explican en el Punto .5) "Exhaustion of Towers", que ".excess insurance companies often improperly deny coverage on grounds that the underlying coverage was not 'exhausted' when the policyholder accepts less than full payment from the underlying insurance company and makes up the difference with its own money.", señalando que el asegurado se puede proteger ".against exhaustion defenses by ensuring that each excess insurance policy purchased contains explicit language affirming that the policyholder can use its own money to bridge the 'gap' any time and underlying insurance company does not pay its policy limits in full.", publicado en Anderson Kill "Policyholder Advisor", Mayo / Junio de 2015.
- 8) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo II, Capítulo XIX "Seguros de Empresas y el Código Civil y Comercial", Subcapítulo XIX.5) "Las Empresas Aseguradas: análisis de los 'Programas Mundiales de Seguros'; las 'Captives'; el 'Fronting', etc.", Acápito 9.2) "Cláusula 'Drop Down'", página 1.596, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Abril de 2018.
- 9) TALEB, Nassim Nicholas; El Cisne Negro (el impacto de lo altamente improbable), Editorial Paidós, Buenos Aires, 2016.
- 10) Sin perjuicio de lo que se expone, es que queremos dejar sentado que en nuestra opinión la casi totalidad de los contratos de seguros de las empresas aseguradas también son 'Contratos de Consumo', en los términos del Art. 1.093 del Código Civil y Comercial, dado que -por definición- las empresas aseguradas son los "destinatarios finales", ya que no lucran con la contratación del seguro.
- 11) NUÑEZ del PRADO SIMONS, Alonso, "La exclusión de los 'Grandes Riesgos' de los beneficios de la ley de contrato de seguro en el Perú: el principio de la realidad", donde con relación a los "Grandes Riesgos" la ley 29.946 determina que ".el contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las pre redactadas.", publicado en la 'Revista CILA (Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA)', página 102 y siguientes, de fecha Mayo-Agosto de 2015.
- 12) COMPIANI, Fabiana; "El Contrato de Seguro y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", publicado en la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, página 102 (la letra en negrita, es nuestra), del mes de Octubre de 2012.
- 13) Dicho Taller sobre las Pólizas de Seguros de Responsabilidad Civil, se celebró con fecha 18 de Marzo de 2015, en la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.
- 14) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo II, Capítulo XIX "Seguros de Empresas y el Código Civil y Comercial", páginas 1.475 a 1.689, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley, Abril de 2018.
- 15) IANELLO, Romina; "La Conexidad Contractual y los Contratos de Consumo (Comentario al fallo 'Mercado

Libre S.R.L. vs. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial", publicado en EIDial.com DC 2295, de fecha 22 de Febrero de 2017.

16)SERAFIN, Catherine; "How to excuse Late Notice to an Insurer", donde señala que una de las excusas legales por la denuncia tardía podría encuadrarse en lo que denomina "Notice was timely under the circumstances", explicando que ".in the case of excess insurance, late notice may be excused if, under the circumstances, the policyholder reasonably believed that the claim would not reach the excess layer of coverage.", agregando que ".late notice may be excused where the policyholder had a reasonable belief that it was not liable in connection with the claim at issue.", publicado en la Revista 'Risk Management', Voulme 64, Issue 2, página 15, del mes de marzo de 2017.

17)PENNINO, Luis; "Responsabilidad Civil del Productor Asesor de Seguros. Marco Legal y Jurisprudencial", publicado en la Revista Temas de Derecho Civil (Persona y Patrimonio), Colección Compendio Jurídico, página 470, donde hace expresa referencia al Deber de Consejo y Deber de Advertencia del Productor de Seguros, Editorial Erreius, de fecha Junio de 2017.

18)TEVEZ, Alejandra; "El 'Deber de Advertencia' en las relaciones de consumo", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 5 de Mayo de 2015.

19)SOBRINO, Waldo; "El 'Deber de Información', de 'Consejo' y de 'Advertencia' en materia de Seguros", publicado en el Diario 'La Ley', página 1, de fecha 1° de Febrero de 2017.

20)CROVI, Luis Daniel; "El Deber de Información en los Contratos", publicado en el Diario 'La Ley', página 3, de fecha 6 de Diciembre de 2016.

21)Que también forman parte de la cadena de comercialización del Art. 40 de la Ley 24.240.

22)SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo II, Capítulo XIX "Seguros de Empresas y el Código Civil y Comercial", Subcapítulo XIX.5) "Las Empresas Aseguradas: análisis de los 'Programas Mundiales de Seguros'; las 'Captives'; el 'Fronting', etc.", Acápite 9.2) "Cláusula 'Drop Down', páginas 1.596 y siguientes, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abril de 2018.