

AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

CONSULTA DE VIABILIDAD No. CV-001-08
RESOLUCIÓN No. CV-001-08 de 10 de julio de 2008

EL SUSCRITO ADMINISTRADOR GENERAL DE LA AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EMITE CONCEPTO DENTRO DE LA CONSULTA DE VIABILIDAD SOBRE COASEGUROS, PRESENTADA POR ASSICURAZIONI GENERALI.

ANTECEDENTES:

La empresa aseguradora ASSICURAZIONI GENERALI, S. p. A. presentó consulta de viabilidad de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 20 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 el día 23 de junio de 2008, a través de la firma forense ARROCHA & Co.

La Consulta sometida a la consideración de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** (en adelante ACODECO) guarda relación con el contrato de coaseguro, en particular referido a las pólizas de seguro de incendio.

Los apoderados especiales de la empresa aseguradora, al referirse al coaseguro, expresan: " Todo riesgo tiene su límite de indemnización, particularmente en el seguro de daños, ese límite no se puede rebasar debido a la capacidad de retención que tenga una aseguradora por su insolvencia económica y sus reservas creadas. Cuando un negocio requiere una suma muy alta que rebasa estos límites surge la figura legal del coaseguro en donde otra aseguradora participa conjuntamente con la compañía líder en la aceptación del riesgo en un porcentaje determinado.

El coaseguro es un contrato de seguros suscrito de una parte por el asegurado y de otra parte, por varios aseguradores que asumen con entera independencia, los unos de otros, la obligación de responder separadamente de la parte del riesgo que les corresponda. Es un sistema utilizado para distribuir el riesgo, de forma que cada asegurador responde únicamente de una parte del riesgo total. Las Compañías Aseguradoras acuden al régimen de coaseguro para la cobertura de riesgos muy diversos, haciéndolo en los supuestos fundamentales: Cuando un riesgo concreto a asegurar sea de cuantía muy elevada, por cuanto el coaseguro permite repartir el riesgo entre las aseguradoras y ello con independencia de que puedan recurrir al reaseguro. Otro supuesto, en que el coaseguro se presenta como idóneo para las compañías de aseguradoras, será todo aquel en el que se trate de un riesgo nuevo a asegurar".

Y más adelante añade: "Es factible que un asegurador no pueda responder financieramente por la totalidad de un riesgo por no traspasar sus posibilidades económicas y actuariales reales, y es cuando aparece la figura del coaseguro, en virtud del cual son varios los aseguradores que intervienen independientemente en el seguro.

La figura del coaseguro es cada vez más utilizada en el mercado panameño precisamente por que facilita al cliente la cobertura del riesgo a un menor costo vs. lo que tendría que pagar de salir al mercado internacional de reaseguros y para las Compañías de Seguro, una posibilidad de distribución de riesgos, sobre todo cuando el riesgo asegurable representa una suma importante de dinero. De otra manera, el asegurado no podría obtener la cobertura y una sola Compañía de seguros no podría brindar el servicio requerido, de hecho las pólizas(sic) del Estado son aseguradas bajo la figura del coaseguro"

Luego de explicadas las razones por las que se considera viable el coaseguro, en el mercado panameño, los peticionarios consultan sobre si dicha fórmula contractual colectiva es una Práctica Monopolística. Cuestionamiento éste que es el objeto principal de la presente consulta.

SOBRE LA CONSULTA DE VIABILIDAD

La consulta de viabilidad es una herramienta que prevé la Ley de Defensa de la Competencia, que permite un control *ex ante* de conductas que de realizarse podrían considerarse violatorias de las normas que establecen prohibiciones a los agentes económicos, por lo que, es preferible que al acto o contrato que estos pretendan realizar o ejecutar, sea sometido a una suerte de control previo de cara a la normativa de competencia, a fin de evitar la realización de un acto prohibido por la ley, así como las consecuencias legales que de ello derivan.

El mecanismo en comento, está previsto en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 en el artículo 20, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 20. Consulta sobre viabilidad. El agente económico que desee establecer si un determinado acto, contrato o práctica que intente realizar constituye o no una práctica monopolística absoluta o relativa prohibida por esta Ley podrá formular consulta escrita, sobre la licitud de dicho acto, a la Autoridad.

Cuando se hubiera hecho uso de este derecho dos veces en un año sobre la misma materia, será potestativo de la Autoridad acceder a nuevas solicitudes.

La Autoridad deberá resolver la solicitud dentro de los treinta días siguientes a su presentación. Vencido el plazo sin que hubiera resolución expresa, se entenderá que el acto es lícito. Sin embargo, si el concepto favorable se hubiera emitido con base en información falsa o incompleta proporcionada por el agente económico interesado, tal concepto se tendrá como no expedido.

A pesar que la ley prevé la consulta de viabilidad, como medio para someter a la consideración de ACODECO, actos, contratos o prácticas, que pueden vulnerar o afectar el proceso de libre competencia en un mercado determinado, pocos son los agentes económicos que hacen uso de esta herramienta valiosísima, y muy por el contrario prefieren realizar el acto a riesgo de poder incurrir en una conducta prohibida (práctica monopolística) que pudo ser evitada, si se hubiese consultado con anticipación.

Para tales efectos, la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 establece entre las funciones de la ACODECO, en el artículo 86, numeral 1º, conocer de las consultas que sometan a su consideración los agentes económicos y los consumidores. Y el Artículo 96, referido a las funciones del Administrador, señala que corresponderá al Administrador el ejercicio de las siguientes funciones:

“13. Absolver las consultas que sobre asuntos de su competencia le eleven las autoridades gubernamentales, los agentes económicos y los consumidores”.

En cuanto a la facultad o atribución de ACODECO para absolver consultas singulares, debe tenerse presente que dichas atribuciones pueden recaer sobre actos o contratos específicos o concretos o la misma puede referirse genéricamente a prácticas que desean realizar determinados agentes económicos.

En ejercicio de las atribuciones legales antes señaladas procedemos a emitir concepto sobre la presente consulta de viabilidad.

CONCEPTO SOBRE LA CONSULTA DE VIABILIDAD PLANTEADA POR ASSICURAZIONI GENERALI, S.p.A.

Una vez revisados los argumentos del solicitante, nos corresponde emitir nuestras consideraciones en torno a la consulta de viabilidad.

El eje central sobre el cual gira la consulta presentada por la empresa aseguradora ***ASSICURAZIONI GENERALI, S.p.A.***, es la determinación de la legalidad, desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia, de un contrato que denominan de coaseguro, mediante el cual varias aseguradoras, que compiten en los diferentes mercados de servicios de asegurar riesgos, pueden participar de forma asociada y en colaboración para prestar el servicio a un mismo asegurado, en situaciones muy excepcionales donde el riesgo por asegurar es de una magnitud muy elevada, de forma tal que una sola empresa aseguradora no tenga la capacidad

financiera de asumir por si sola el riesgo asegurado, con lo cual podría compartir el riesgo, así como las primas, con otras empresas que ofrezcan los mismos servicios, y que habitualmente son competidores entre si para captar clientes.

En cuanto a la posibilidad de realizar válidamente el contrato de coaseguro, debemos señalar que dicha figura contractual no encuentra asidero legal expreso en nuestra legislación de Seguros, esto es, en el Código de Comercio, en la Ley 59 de 1996, que regula la actividad de seguros en nuestro país, y ni en otra Ley Especial conocida. Por lo que a falta de regulación se debe considerar como un contrato innominado. No obstante, ello no significa que no pueda ser utilizado en la práctica comercial, ya que de darse el mismo sería un ejemplo del pleno ejercicio de libertad individual que pregona que son válidos todos los acuerdos que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Ahora bien, dadas las características que presenta este contrato, en el cual se da un acuerdo de voluntades entre agentes económicos que participan en un mismo mercado ofreciendo servicios de igual naturaleza y que incluye elementos de colaboración por razones de eficiencia y subsistencia, que en determinadas circunstancias se ven en la necesidad de contratar en forma conjunta con un cliente (asegurado) que, en condiciones normales de competencia, cada uno tendría que competir por conseguir individualmente al cliente, es aceptable el mismo, siempre y cuando se den las circunstancias que justifiquen esta forma de contratar y obviamente no se convierta en un mecanismo para disimular una colusión.

Los solicitantes, luego de explicar las razones de la eficiencia y legalidad de la utilización del coaseguro, específicamente para el caso del seguro de incendio respecto de las empresas que operan en la Zona Libre de Colón, realizan una serie de cuestionamientos, que en el fondo constituye la consulta sometida a nuestra consideración. Por lo que para mejor precisión pasamos a absolver singularmente.

1. ¿Puede Generali compartir con mis coaseguradores el nivel de riesgo, cobertura y primá, en materia de coberturas de incendio, sin que se convierta en una práctica monopolística? Ésto es precisamente dado la mecánica del coaseguro.

R. En materia de coaseguro, es normal que la compañía aseguradora que haya otorgado a un cliente una cobertura determinada a cambio de una prima, ceda (siendo la cedente) parte de ese riesgo asumido a otras empresas o compañías aseguradoras, en el sentido de compartir el riesgo asegurado y también parte de la prima.

Precisamente, se podría hacer cuando se trata de riesgos muy grandes que sobrepasen los límites de indemnización por siniestros de acuerdo a los estándares de la industria en el ámbito nacional e internacional, en materia de incendios, que implican sumas de dinero que de otra forma si la compañía cedente las asumiera de manera individual, pondría en peligro su solvencia y posibilidad de cubrir dicho riesgo, ante la eventualidad de un siniestro.

Es compatible con las normas de libre competencia que la empresa cedente comparta parte de los riesgos y primas, de manera que se disminuyan los porcentajes de indemnización por daños, ante este y otro tipo de eventualidades. De tal suerte que se salvaguarda a las empresas aseguradoras ante el riesgo de una quiebra inminente, al dejar su solvencia comprometida si ocurre el riesgo cubierto.

Sin embargo, dado que esta modalidad se emplea cuando se trata de seguros que implican la cobertura de elevadas sumas aseguradas, y además con grandes riesgos, en el propio mercado de seguros se establecen los límites mínimos y máximos de cobertura en materia financiera que justifican o no el uso del coaseguro y los cuales varían según el tipo de riesgo a cubrir, según los estándares de la industria. Son estos límites, en función de los posibles recursos financieros a comprometer, que marcan la diferencia entre asumir si la manera más eficiente es que una sola empresa asuma dichos riesgos o bien si se hace bajo el esquema del coaseguro, como colaboración horizontal entre empresas.

De acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Unión Europea (CE) N° 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros establece algunas exenciones, tales como las se mencionan en los numerales (18), (19) y (23).

“(18) Las agrupaciones de coaseguro o de correaseguro (a menudo llamadas pools) pueden permitir a los aseguradores y reaseguradores ofrecer seguros o reaseguros de riesgos para los que, a falta de la agrupación, posiblemente sólo podrían brindar una cobertura insuficiente. También pueden ayudar a las empresas de seguro y reaseguro a adquirir experiencia en lo relativo a riesgos con los que no estén familiarizados. Ahora bien, estas agrupaciones pueden conllevar restricciones de la competencia, como la estandarización de las condiciones de las pólizas e incluso de los importes de la cobertura y de las primas. Por ello, conviene establecer las condiciones en las que dichas agrupaciones podrán acogerse a la exención.

(19) En el caso de los riesgos realmente nuevos no es posible saber de antemano qué capacidad de suscripción es necesaria para cubrirlos, ni si podrían coexistir dos o más agrupaciones de esta naturaleza para proporcionar este tipo de seguro. Por ello, un acuerdo de agrupación

destinado exclusivamente al coaseguro o correaseguro de tales riesgos nuevos (y no de una mezcla de riesgos nuevos y riesgos existentes) puede eximirse durante un período limitado. Un plazo de tres años debería ser un período adecuado para la recopilación de datos suficientes sobre siniestros con objeto de determinar si es o no necesario que exista una sola agrupación. Por consiguiente, el presente Reglamento concede una exención a las agrupaciones de nueva creación destinadas a cubrir un riesgo nuevo durante los tres primeros años de su existencia.

(23) Las agrupaciones de coaseguro o de correaseguro que no entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento pueden optar a una exención individual, dependiendo de las características de la propia agrupación y de las condiciones específicas del mercado en cuestión. Habida cuenta de que muchos mercados de seguros se hallan en constante evolución, será necesario proceder en tales casos a un análisis individual para determinar si se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado¹.

Claramente en el caso de la Unión Europea, si bien el coaseguro no es considerado como una práctica monopolística per se, sí se dejan establecidos las bases o criterios que justifiquen su uso en materia de eficiencia económica. Desde esta perspectiva el uso del coaseguro, dependiendo de los requisitos que justifican su figura en el plano de la eficiencia, la situación en que aquél se pueda convertir o no en una práctica monopolística absoluta (colusión disfrazada), dependerá de si se está por debajo de los límites razonables para cubrir riesgos, que de otra forma se pudieran ser asumidos eficientemente por una sola empresa, dependiendo de cada caso. De lo contrario se cargarían costos excesivos a los clientes en condiciones no justificables en materia de eficiencia. De esta forma se estaría en riesgo de violar la norma de competencia en materia de prácticas monopolísticas prohibidas (Ley N° 45 de 2007), en materia de prácticas monopolísticas absolutas. En otras palabras, el coaseguro en la medida en que no desnaturalice la razón de su existencia, no se convierte necesariamente en una práctica monopolística absoluta.

2. ¿Puede Generali establecer sus propias condiciones en la póliza de incendio teniendo los demás coaseguradores, que aceptar y convenir en todas su condiciones generales y particulares, sin ser una práctica monopolística?

R. Con sujeción a la respuesta anterior, si una empresa de seguros asume cubrir indemnizaciones financieras ante riesgos que deban cubrirse bajo la forma del coaseguro, en condiciones contractuales pactadas con los clientes, es de esperarse que las empresas que participen con la cedente asuman dichas condiciones generales y particulares y que participen proporcionalmente en los porcentajes de indemnización que se establezcan. Estos arreglos resultan eficientes, toda vez que el cliente o asegurado sólo firma una relación contractual con una sola empresa (la cedente) y ésta garantiza el pago de sus coberturas al coasegurarse con otras empresas, dándole una mayor cobertura al riesgo.

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0358:ES:HTML>

No obstante, los umbrales mínimos que justifiquen el coaseguro (que dependen tanto del monto del riesgo a ser asegurado, como de las condiciones financieras de las empresas que podrían participar de este *pool*, dada la imposibilidad técnico-financiera de poder asegurar el riesgo de forma individual), siguen siendo fundamentales bajo estas condiciones, para evitar que bajo el amparo de dicha figura se termine realizando una práctica monopolística prohibida por la Ley 45 de 2007, en el sentido de dañar a otros competidores, explotar a sus clientes y/o afectar el libre desempeño de esta industria. De más está mencionar que el ámbito de aplicación del coaseguro queda sujeto a la existencia de cualquier o cualesquiera normas que regulen la industria de los seguros en general, sin menoscabo de lo que atañe en materia de defensa de la competencia.

3. ¿Es el coaseguro una práctica monopolística?

La práctica de coaseguro no es considerada como una práctica monopolística, cuando se trata de la cobertura de riesgos financieramente muy elevados a ser cubiertos y que de ser asumidos por una sola empresa puede llevarla a una situación de quiebra o insolvencia financiera (naturaleza o razón de ser del coaseguro).

Se trata, en consecuencia, de un contrato de seguros el cual está suscrito por un lado por el cliente o asegurado y por el otro, por varias empresas aseguradoras, que bajo su entera independencia, entre las mismas, asumen la obligación de responder separadamente por la parte del riesgo que le corresponda.

No obstante, es importante tener en cuenta que precisamente dada la envergadura de los riesgos a cubrir, existan límites de cobertura bajo los cuales se justifica o no la figura del coaseguro, de tal suerte que no se constituya dicha actividad en una práctica monopolística como tal, aunque sea de forma disimulada, a la luz de las normas de competencia en el ámbito nacional e internacional. Ello no descarta la posibilidad de que las empresas, valiéndose de esta figura, puedan intercambiar información financiera no sólo sobre los clientes a asegurar, con el fin de realizar los cálculos de riesgo, sino el de compartir información estratégica (variables de competencia) entre competidores, sino que puedan utilizar el coaseguro en condiciones donde no se amerita, por ser riesgos de baja cuantía y que pudieran ser asumidos por una empresa bajo condiciones competitivas con el resto, situaciones éstas que evidentemente sí pudieran constituirse en actos de colusión o de facilitación de la misma.

CONCLUSIÓN

La figura del coaseguro desde la perspectiva contractual no está expresamente regulada en nuestro medio, no obstante ello, no implica que este prohibida su utilización máxime cuando en el derecho comparado se tienen referencias sobre su utilización. Sin embargo, mas allá del análisis eminentemente contractualista, como quiera que el coaseguro implica desde el punto de vista de la defensa de la competencia, un acuerdo de cooperación entre competidores (aseguradores), aunque no revista inicialmente de la intencionalidad que tienen los cárteles o los acuerdos colusorios, se debe analizar la figura, a fin de verificar si determinada operación de reaseguro, vulnera las normas de libre competencia y por tanto, pudiera configurarse una práctica ilícita.

La actividad del coaseguro en si misma no puede catalogarse como una práctica monopolística, ya que como se ha explicado líneas atrás, pueden existir situaciones específicas que justifiquen que en un momento determinado, empresas competidoras dentro de los diferentes mercados donde se aseguran riesgos, se vean en la necesidad de celebrar acuerdos de colaboración a fin de poder asegurar riesgos en determinadas actividades económicas, que requieren del servicio, pero que una sola aseguradora no está en la capacidad, por si sola de asegurar el o los riesgos. Ahora bien, siempre que agentes económicos se encuentren bajo circunstancias de hecho que motiven la celebración de este tipo de acuerdos, se tendría que realizar un análisis sobre la justificación de los mismos, de cara a la normativa de defensa de la competencia, a fin de determinar, si bajo las condiciones actuales del mercado se justifica o no que las empresas integrantes del acuerdo, realicen la operación de forma conjunta, o si por el contrario deben realizarla de forma individual, atendiendo al final de cuentas a si se respeta o no la naturaleza del coaseguro.

En fin, se trata en esencia de un análisis casuístico (caso a caso) para determinar si las condiciones del mercado y las distintas variables de competencia aplicables al caso concreto justifican el acuerdo de colaboración horizontal. Ya que de no justificarse el mismo, podría incurrirse en la comisión de una de las práctica monopolística previstas en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007.

Por las consideraciones anteriores, el suscrito Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en ejercicio de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: Señalar que, en atención a la consulta de viabilidad presentada por la empresa **ASSICURAZIONI GENERALI, S. p. A.**, referida a la práctica de realizar acuerdos

horizontales de colaboración en la forma de coaseguros, para ofrecer pólizas de seguro de incendio, que en general esta práctica no constituye a juicio de la Autoridad una práctica monopolística *per se*. No obstante, esto no impide que la Autoridad pueda evaluar caso a caso la pertinencia de iniciar una investigación por considerar que un contrato (o endoso) de coaseguro en particular, se realiza en condiciones que, al desnaturalizar la razón de ser del coaseguro, pueden afectar las normas de defensa de la competencia si se constituyen en una forma disimulada de división de mercado entre competidores (práctica monopolística).

SEGUNDO: La presente consulta será puesta en conocimiento de los interesados mediante notificación personal.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007. Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998, Ley 38 del 2000.

Comuníquese.


PEDRO MELLAN NÚÑEZ
ADMINISTRADOR


ROGELIO FRAIZ
SECRETARIO GENERAL